

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319

Salvador
n.4, 2018.1, Dezembro 2018

REVISTA POPULUS

2018.1

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) 3373-7040/7221

Presidente

José Edivaldo Rocha Rotondano

Vice-Presidente

Edmilson Jatahy Fonseca Júnior

Membros do Tribunal

Antônio Oswaldo Scarppa

Diego Luiz Lima de Castro

Freddy Carvalho Pitta Lima

Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer

Ruy Carlos Barata Lima Filho

Procurador Regional Eleitoral

Cláudio Alberto Gusmão Cunha

Diretora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer

Coordenadora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Cintia Vilas Bôas Campos

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade 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 4, 2018.1 - . Salvador:
Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2018 -

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.4, 2018.1, Dezembro 2018

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. Daniel Castro Gomes da Costa (MS)	Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (CE)
Dr. Dirley da Cunha Júnior (BA)	Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (BA)
Me. Fernando Leal (BA)	Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG)
Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (RS)	Dra. Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva (Portugal)
Dr. Jaime Barreiros Neto (BA)	Dr. Sérgio Silveira Banhos (DF)
Dr. Jairo Nicolau (RJ)	Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (DF)
Dr. José Ricardo Ferreira Cunha (RJ)	Ma. Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer (BA)
Dra. Marilda de Paula Silveira (MG)	Dr. Wilson Alves da Silva (BA)
Ma. Marta Cristina Jesus Santiago (BA)	

PARECERISTAS

Dra. Ana Cláudia Santano (PR)	Ma. Lara Marina Ferreira (MG)
Dr. Cláudio André de Souza (BA)	Ma. Marcelly Fuzaro Gullo (SP)
Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis (DF)	Dr. Maurício Requião (BA)
Dr. Daniel Oitaven (BA)	Me. Mauro Sérgio dos Santos (DF)
Dra. Denise Vitale (BA)	Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva (BA)
Dr. Domingos Barreto de Araújo (BA)	Ma. Roberta Maia Gresta (MG)
Dra. Elaine Harzeim Macedo (RS)	Me. Rogério Carlos Born (PR)
Dr. Frederico Franco Alvim (SP)	Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG)
Dr. Gabriel Marques da Cruz (BA)	Dra. Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva (Portugal)
Dra. Giovana Reis Mesquita (BA)	

Capa

Felisberto da Silva Bulcão Filho

Editoração e projeto gráfico

Lia Mônica Borges Peres Freire de Carvalho

Camila Guerra

Revisão e normalização técnica

Elizabete Sales Pereira

Juliane Nunes do Nascimento

Tiragem deste número: 150

SUMÁRIO

CAPÍTULO I ENSAIOS E ARTIGOS DE CONVIDADOS

Inés Olaizola Nogales

“Medidas de regeneración democrática”. La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España.....11

Janaína Rigo Santin

Direito Administrativo e Princípio da Participação 39

Jorge Miranda

Divisão do Poder e Partidos Políticos 73

José Jairo Gomes

Bens jurídicos eleitorais e revisão da decisão das urnas..... 79

José Tudela Aranda

La democracia contemporánea - mitos, velos y (presuntas) realidades 97

Maria Holgado Gonzalez

El Estatuto jurídico-político del diputado entre la lealtad al partido y la lealtad a su electorado 121

Marília Futre Pinheiro

Ética, Política, Moral e Cidadania: uma lição dos clássicos..... 139

Marta Cristina Jesus Santiago

Responsabilidade Política 153

Suzana Tavares Calvo Loureiro

Democracia Transnacional..... 171

Vitalino Canas

Sistema de Governo Semipresidencial 187



CAPÍTULO II

Artigos submetidos ao *double blind review*

Andrea Gratteri

L'incerta evoluzione del sistema elettorale italiano: dal proporzionale al proporzionale?..... 229

Cláudio Alberto Gusmão da Cunha

O Ministério Público no exercício da função eleitoral..... 249

Eleonora Schettini Martins Cunha

Inovações democráticas do Brasil e da Índia: reflexões sobre participação, deliberação e redistribuição..... 263

Michele Pimentel Duarte

A Súmula 62 do Tribunal Superior Eleitoral e os problemas para a efetividade do contraditório substancial..... 293

Rafael da Silveira Petracioli

Hermenêutica constitucional e ativismo judicial no Direito Eleitoral: a questão da abrangência da causa de pedir na AIME e o combate ao abuso de poder nas eleições..... 313

Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Jéssica Teles de Almeida

O Tribunal Superior Eleitoral na vanguarda da concretização do direito à participação das pessoas *trans* no processo eleitoral..... 333

Ricardo Maurício Freire Soares e Marco Aurélio Nascimento Amado

Crise da democracia representativa e a (i)legitimidade política através do direito: a solução grega. 349

Wolgane Oliveira Carvalho e Izabelle Carvalho Lima

Filho de criação e inelegibilidade reflexa por parentesco: uma contribuição da realidade sertaneja para a teoria das inelegibilidades.. 367

CAPÍTULO III

Memória

Da natureza do voto

José de Alencar 393



APRESENTAÇÃO

Difundir a cidadania, fomentando o entendimento esclarecido acerca dos fundamentos da legitimidade democrática, de forma a permitir o livre e soberano exercício do sufrágio popular: esta é, sem sombra de dúvidas, umas das principais, senão a mais importante, missão da Justiça Eleitoral. Neste sentido, a Revista Populus, já em seu quarto ano de publicação, preconiza trazer, no plano das ideias, o debate jurídico-político apartidário, em elevado nível, a fim de contribuir para o aperfeiçoamento das instituições democráticas do País.

Nesta edição, a Revista Populus, buscando dar um salto de qualidade, em face dos seus já bastante qualificados volumes anteriores, internacionalizou-se, com a publicação de trabalhos produzidos por importantes estudiosos do direito e da política oriundos de países como Portugal, Itália, Espanha e Colômbia.

A Revista mereceu, ainda, uma reformulação em sua estrutura. Ao tempo em que publica artigos selecionados a partir do *double blind review*, acolhe também ensaios e artigos de professores convidados, brasileiros e estrangeiros, dedicando, ainda, um capítulo à publicação de excerto de obras célebres, de cunho jurídico-político, olvidadas no tempo, fomentando a cultura jurídica.

Dessa forma, a Revista Populus, primando pela excelência na divulgação de trabalhos de elevada qualidade, consolida-se como importante referência para estudos especializados do direito público (notadamente do Direito Eleitoral), da ciência política, da psicologia social, da sociologia e da filosofia, contribuindo, assim, para o fiel cumprimento institucional da missão educacional peculiar à Justiça Eleitoral brasileira.

Boa leitura!

Des. José Edivaldo Rocha Rotondano
Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia

Juíza Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer
Diretora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia



Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Ensaaios e Artigos
de Convidados

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



**“MEDIDAS DE REGENERACIÓN DEMOCRÁTICA”: LA NUEVA
REGULACIÓN DE LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS
EN ESPAÑA***

**“MEDIDAS DE REGENERAÇÃO DEMOCRÁTICA”: A NOVA
REGULAÇÃO DE FINANCIAMENTO DOS PARTIDOS POLÍTICOS NA
ESPANHA**

**“DEMOCRATIC REGENERATION MEASURES”: THE NEW
REGULATION OF THE FINANCING OF POLITICAL PARTIES IN SPAIN**

Inés Olaizola Nogales**

RESUMO

La financiación de los partidos políticos es todavía hoy un problema sin resolver en nuestro país. Dentro de las medidas de regeneración democrática lanzadas por el gobierno se incluye la reforma de la regulación sobre la financiación de los partidos políticos. Concretamente, la reforma se concreta en dos normas relacionadas con nuestro modelo de financiación. Una de ellas de carácter administrativo y otra de carácter penal. En este trato de analizar ambas regulaciones y valoro las ventajas e inconvenientes, que desde mi punto de vista, tienen de cada una de ellas.

Palabras claves: Partidos políticos. Corrupción. Norma administrativa. Norma penal.

RESUMO

O financiamento dos partidos políticos é ainda hoje um problema sem resolução em nosso país. Dentro das medidas de regeneração democrática lançadas pelo governo, inclui-se a reforma da regulação sobre o financiamento dos partidos políticos. Concretamente, a reforma se efetiva em normas relacionadas com nosso modelo de financiamento. Uma delas de carácter administrativo e a outra de carácter penal. Aqui trato de analisar ambas as regulações e valorar as vantagens e inconvenientes que, desde meu ponto de vista, têm cada uma delas.

Palavras-chaves: Partidos políticos. Corrupção. Norma administrativa. Nova penal.

* El trabajo se inserta en los Proyectos de investigación financiados por MINECO DER2013-47511-R y DER2016-76715-R, dirigidos por el Prof. Miguel Díaz y García Conlledo, de cuyos equipos investigador esformo parte. Este trabajo está publicado en la Revista de Estudios Deusto, v. 63, n. 1, p. 327-358, enero/jun. 2015.

** Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra.

ABSTRACT

Today, the control of the financing of political parties is still an unresolved problem in our country. The democratic revitalisation measures launched by the government include the reform of the regulation on the financing of political parties. Specifically, two regulations related to our financing model are currently being processed. One is of an administrative character whilst the other is of a criminal character. In this work, I endeavour to analyse both regulations and to assess, from my point of view, the strengths and weaknesses of each regulation.

Keywords: Political parties. Financing. Corruption. Administrative rule. Criminal legislation.

1 INTRODUCCIÓN

El control de la financiación de los partidos políticos en España es una cuestión sin resolver a pesar de haber sido el origen de muchos y variados escándalos de corrupción y haber afectado a casi todas las formaciones políticas¹. Así lo afirma con contundencia el GRECO en el informe adoptado en la 42ª Reunión Plenaria (15 de mayo de 2009) y hecho público el 28 de mayo de 2009 y se vuelve a poner de relevancia como problema en el Informe de la Comisión Europea de 3 de febrero de 2014².

En el presente trabajo trataré de analizar las últimas reformas legislativas relacionadas con la financiación de los partidos políticos. Concretamente LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos (LOFPP) así como la LO 1/2015, de 30 de marzo —con entrada en vigor el 1 de julio—, por la que se modifica el CP, e incorpora la tipificación autónoma del delito de financiación ilegal de los partidos políticos.

- 1 Septiembre de 1984: adjudicaciones irregulares de contratos de limpieza por parte de ayuntamientos del PSOE a empresas desde donde se recaudaban importantes cantidades de fondos para el partido; Noviembre de 1984: Escándalo Flick en el que se acusa al PSOE de haber recibido dinero negro procedente de fundaciones alemanas; Diciembre 1989: desvío de unos 3.000 millones de pesetas de la recaudación de casinos en Cataluña, de los que aproximadamente unos mil habrían ido a la financiación de CIU; Marzo de 1990: caso de las tragaperras en el que se concedían licencias de máquinas tragaperras sin seguir los cauces legales a cambio de comisiones que presuntamente en parte sirvieron para la financiación del PNV; Abril de 1990: caso Naseiro en el que se descubren indicios de que desde el PP se fuerza a empresas inmobiliarias a pagar al PP para poder construir; Mayo 1991: caso Filesa en este caso tres empresas cobraron importantes cantidades de dinero en concepto de asesoramiento para destacadas empresas y bancos que nunca llegaron a realizarse, el dinero servía para financiar al PSOE; mayo 1992: caso AVE desglosado del caso Filesa donde se investigaron presuntas comisiones pagadas en la construcción de la línea de alta velocidad Madrid-Sevilla, estas comisiones sirvieron para la financiación del PSOE; Mayo de 1995: caso Sóller en el que hubo presuntos cobros de comisiones a la empresa adjudicataria del contrato de construcción del túnel Sóller, comisiones que se dedicaron a la financiación del PP 2003: caso del 3%, en un debate en el Parlamento Catalán, el entonces Presidente de la Generalitat, Pasqual Maragall insinuó que el anterior gobierno de CIU cobraba comisiones del 3% a las empresas adjudicatarias de contratos de construcción; 2009: caso Gürtel, actualmente en proceso de investigación, se prevé que sea uno de los casos más importantes de corrupción de los relacionados con la financiación ilegal. Se trata básicamente de una trama de cobro de comisiones ilegales a empresas a cambio de adjudicaciones para la financiación del PP. 2013: caso Bárcenas es un derivado del caso Gürtel en el que el tesorero del PP pagaba presuntamente sobresueldos a altos cargos del PP que provenían a su vez de comisiones pagadas por empresas que resultaban adjudicatarias de contratos con la Administración. De dichas comisiones Bárcenas se fue quedando presuntamente con cantidades importantes; 2013: el denominado caso Pallerols por financiación ilegal de Convergencia de Cataluña en el que presuntamente se cobraron más de seis millones de euros de comisiones de distintas empresas.
- 2 Informe del GRECO de Evaluación sobre transparencia en la Financiación de partidos políticos en España. Informe de lucha contra la corrupción de la UE de 3 de febrero de 2014.

Como consideración previa en la que no me extenderé, porque ya la he analizado en otro trabajo³, puedo afirmar que el modelo de financiación público, privado o mixto, este último es el modelo español, no influye decisivamente en una mayor o menor corrupción. Lo que sí creo necesario es la articulación de requisitos y de límites, para evitar riesgos cualquiera que sea el modelo. Todos los modelos de financiación tienen unas ventajas y algunos inconvenientes. Así, por ejemplo, la financiación pública tiene la ventaja de que permite a todos los partidos políticos acceder a la arena del juego político, pero tiene la desventaja de que una financiación pública excesiva puede alejar a los partidos de los ciudadanos, puesto que no les necesitan y puede llevar a una importante oligarquización de los partidos. Al contrario, la financiación privada tiene como ventaja la mayor conexión entre los partidos y los ciudadanos, puesto que son ellos quienes les financian, pero se ve el peligro de que las formaciones políticas queden atrapadas por determinados intereses privados (grupos empresariales). En el informe de la Comisión Europea de 3 de febrero de 2014 se reconoce que, si bien en España se han realizado pocos estudios sobre los riesgos asociados a los grupos de presión, los recientes casos de corrupción indican la influencia potencial en la toma de decisiones a nivel local y regional de determinados grupos de interés relacionados con los sectores del urbanismo y de la construcción⁴. Es importante, por tanto establecer los límites tanto para un modelo como para el otro, para evitar los riesgos asociados a ellos.

En mi opinión, no obstante, son otras las causas que facilitan las conductas corruptas en este ámbito⁵. Así, el elevado y descontrolado gasto de los partidos políticos, tanto gastos electorales como gastos ordinarios, que, por cierto, se entremezclan haciendo difusa la frontera entre unos y otros, pero estando sin embargo regulados por diferente normativa. Otra posible causa es el bajo índice de afiliados. Según el informe del GRECO de 2009 somos el país de Europa con menor índice de afiliados, lo que, además de reflejar el importante desapego entre los ciudadanos y los grupos políticos, lleva aparejado un escaso nivel de esta fuente de financiación. La tercera causa sería la falta de transparencia en la financiación de los partidos, derivada de las dificultades de fiscalización y de control de sus cuentas. Sobre este tema volveré más adelante cuando analice las mejoras introducidas por la LOFPP en este aspecto. Como cuarta causa se puede señalar la excesiva discrecionalidad y ausencia de controles en algunos ámbitos de la actividad administrativa, concretamente en el sector urbanístico y en la contratación pública.

2 LA LO 3/2015, DE 30 DE MARZO, DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS (LOFPP)

La LO 3/2015 modifica la LO 8/2007 de financiación de partidos políticos, que ya había sido modificada parcialmente por la LO 5/2012.

3 OLAIZOLA NOGALES. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 91.

4 Informe de lucha contra la corrupción de la UE (Anexo España), de 3 de febrero de 2014. En el informe se hace especial referencia a las investigaciones en las que están implicados un ex tesorero de un partido político y casi noventa destacados políticos, empresarios y banqueros acusados de prácticas corruptas relacionadas con la contratación pública y la financiación ilegal de los partidos – clara alusión al caso Gürtel.

5 Ampliamente, OLAIZOLA NOGALES. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 102.

Esta LOFPP trata fundamentalmente de dar respuesta a algunas recomendaciones efectuadas por el GRECO en su informe de 2009, así como a las indicaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas en la moción aprobada por el 30 de octubre de 2001, a las que la LO 8/2007 y su reforma la LO 5/2012 no dieron respuesta.

Sin embargo, lo más comentado de esta LO ha sido la prohibición que se prevé para las donaciones de las personas jurídicas a los partidos políticos. Esta prohibición precisamente no ha sido recomendada ni por el Tribunal de Cuentas ni por el GRECO y a mi modo de ver, más allá de que genere un titular políticamente rentable, no es una buena decisión. Si bien es cierto que las donaciones provenientes de empresas pueden beneficiar a aquellos partidos con mayores conexiones ideológicas con los grupos empresariales y también puede existir el peligro de que se produzca lo que se denomina la captura del legislador, también es verdad que prohibir estas donaciones no las eliminará y únicamente las ocultará. Yo creo que estos peligros pueden neutralizarse si se adoptan algunas precauciones⁶. Así, las donaciones deben ser publicitadas para que los ciudadanos puedan hacer un seguimiento continuo del comportamiento de los partidos con sus donantes; es muy importante evitar las donaciones finalistas, para ello parece imprescindible modificar alguna normativa relacionada con la contratación pública y reducir el nivel de discrecionalidad de este ámbito; deben prohibirse también las donaciones de empresas públicas, las donaciones de contratistas de obras y servicios públicos que tengan contrato vigente con la Administración, así como de empresas de sectores regulados especialmente dependientes de decisiones político-administrativas, empresas promotoras de suelo y vivienda respecto de las autoridades urbanísticas; también deben controlarse los préstamos concedidos por las entidades de crédito a los partidos y se deben prohibir las condonaciones; por último debe limitarse la cuantía máxima de las donaciones para que ninguna empresa o grupo empresarial pueda ejercer una influencia excesiva sobre un partido político. Considero que con estos límites las donaciones de empresas serán más transparentes y controlables y se conjurarán los posibles peligros. Al contrario, prohibiéndolas lo que se generarán serán donaciones ocultas y fuera de control.

Más allá de esta prohibición, la LO 3/2015 presenta más novedades y se puede dividir su análisis en dos partes. Por un lado, aquellos preceptos que están relacionados con el fomento de la transparencia y del control y por otro lado, los que recogen el régimen sancionador.

2.1 REGULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA Y DEL CONTROL EN LA LOFPP

La LO 5/2012 mejoró, en cuanto a transparencia se refiere, la anterior LO 8/2007. Así, en concreto se indica que las donaciones privadas deben abonarse en cuentas de entidades de crédito abiertas exclusivamente para dicho fin. Además, debe señalarse la fecha de imposición, el importe de la donación y la identidad del donante; las donaciones superiores a 50.000 euros y en todo caso las donaciones de

⁶ Extensamente, OLAIZOLA NOGALES. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 95.

bienes inmuebles deben ser notificadas al Tribunal de Cuentas en un plazo máximo de tres meses⁷. También las cuotas y aportaciones de los afiliados o simpatizante deberán abonarse en cuentas de entidades de crédito abiertas exclusivamente para dicho fin y también deberá constar la fecha, el importe y la identidad del donante. Los partidos políticos deben llevar libros de contabilidad detallados. Deben presentar las cuentas anuales correspondientes a cada ejercicio económico ante el Tribunal de Cuentas y una vez emitido el informe por el Tribunal de Cuentas, los partidos políticos están obligados a hacer públicas, preferentemente a través de su página web, el balance y la cuenta de resultados, la cuantía de los créditos concedidos, el tipo de entidad concedente y las condonaciones de deuda correspondientes al ejercicio. Esta publicación debe ser de acceso gratuito y fácil para los ciudadanos. Los partidos políticos deben dar cuenta al Tribunal de Cuentas y al Banco de España de los acuerdos que lleguen con las entidades de crédito sobre las condiciones de la deuda que mantengan con ellas. Los partidos políticos deben prever un sistema de control interno y deben rendir cuentas externamente ante el Tribunal de Cuentas⁸. También se incorporan algunas medidas de transparencia relacionadas con las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos. Así, igual que los partidos políticos, las fundaciones y asociaciones deberán, una vez emitido el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, hacer públicas, preferentemente a través de su página web, el balance y la cuenta de resultados. Además, están obligadas a informar anualmente al Ministerio de Hacienda de todas las donaciones y aportaciones recibidas y deberán informar en un plazo de tres meses al Tribunal de Cuentas de todas las donaciones provenientes de personas jurídicas.

A pesar de estas medidas, tanto el Tribunal de Cuentas, como el informe del GRECO de 2009 observaban carencias algunas de las cuales no fueron resueltas por la LO 5/2012.

a) Se recomendaba, a efectos de control de la financiación, que el partido político se concibiera como una unidad territorial e institucional, debiendo incluirse en sus estados financieros las cuentas de toda la organización –a nivel estatal, autonómico, regional y local- como, en su caso, las cuentas de las fundaciones vinculadas a los partidos. Debe tenerse en cuenta que las cuentas locales de los partidos políticos no se consolidan con las cuentas estatales, autonómicas y regionales, quedando fuera de control. Esto, como es lógico genera un enorme peligro de corrupción, máxime si se tiene en cuenta las competencias que en materia de urbanismo tienen los entes locales. Por otro lado, también existe un importante riesgo de que las entidades vinculadas a los partidos (fundaciones) asumieran sus gastos, a través de un trasvase ilegal de dinero.

Esta recomendación no fue atendida por la LO 5/2012, pero sí es tenida en cuenta parcialmente por la LO 3/2015. Así, en su art. 14.5 se reconoce que las

7 En las donaciones en especie se acreditará también la entrega del bien donado haciendo mención expresa al carácter irrevocable de la donación.

8 Por lo que se refiere a la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General también requiere una contabilidad detallada de las campañas electorales. Los partidos políticos tendrán que contratar un "administrador electoral" para que gestione las finanzas relacionadas con la campaña. Hay que abrir una cuenta específica para la campaña a través de la que se canalizan todas las donaciones. Las donaciones tendrán que tener la identificación del donante. Una vez terminada la campaña electoral los administradores electorales presentarán en los 100-125 días siguientes un informe económico detallado de ingresos y gastos ante el Tribunal de Cuentas.

cuentas consolidadas de los partidos políticos se extenderán a los ámbitos estatal, autonómico y provincial y añade que las cuentas correspondientes al ámbito local y comarcal, si existiese, se integrarán en las cuentas de nivel provincial⁹.

Sin embargo respecto de las cuentas de las fundaciones no se menciona que dichas cuentas tengan que presentarse de manera conjunta con las de los partidos. Sí que se señala en la Disposición adicional séptima que las aportaciones que reciban las fundaciones y entidades vinculadas a los partidos estarán sometidas a los mecanismos de control y fiscalización y al régimen sancionador previsto en la ley. Sobre la regulación relativa a las fundaciones volveré más abajo.

b) Otra recomendación venía relacionada con el control de los préstamos otorgados a los partidos por las entidades bancarias. Por un lado se pedía control y límites sobre las condonaciones de los bancos a los partidos y por otro, que se tomaran las medidas adecuadas para controlar las condiciones en que se otorgaban los créditos, así como las cantidades prestadas, puesto que un excesivo nivel de endeudamiento podía hacer que los partidos se volvieran vulnerables/dependientes de las entidades de crédito. El Tribunal de Cuentas señaló en el año 2012 que la deuda total de los partidos políticos (de ámbito nacional y autonómico) con entidades financieras ascendía a 227 millones de euros en 2007¹⁰. Ya la LO 5/2012 limitó la posibilidad de condonación de deudas bancarias a 100.000 euros anuales. En el art. 4.4 LOPFP se aborda el tema de manera relevante. Por un lado, y de forma acertada a mi modo de ver, se prohíben todas las condonaciones de las entidades de crédito a los partidos. Entiendo que es una prohibición positiva, porque no se entiende con qué fundamento pueden justificarse dichas condonaciones, mientras que con ellas se puede generar el peligro de que el partido quede “capturado” por la entidad bancaria. Por otro lado, el art. 4.4. señala que los partidos políticos podrán llegar a acuerdos respecto de las condiciones de la deuda que mantengan con las entidades de crédito, por lo que se mantiene la posibilidad de obtener créditos ventajosos, pero deberán informar de tales acuerdos al Tribunal de Cuentas y al Banco de España y además el tipo de interés acordado no podrá ser inferior al que corresponda según las condiciones de mercado. Además, el art. 14.3 de la LOPFP indica que las cuentas anuales deben acompañarse de una memoria explicativa del Balance y de la Cuenta de Resultados y se acompañará en todo caso de un anexo donde se especifiquen pormenorizadamente las condiciones contractuales estipuladas de los créditos de cualquier clase que el partido mantenga con las entidades de crédito. El incumplimiento de estos deberes supondrá una infracción muy grave del art. 17. Sobre el régimen de infracciones y sanciones volveré más abajo.

c) Otra recomendación tenía que ver con la falta de transparencia de los ingresos y gastos de las fundaciones vinculadas a los partidos políticos, en el sentido de que dichas entidades debían someterse a un mayor control. Conforme a la LO 8/2007 el régimen de financiación de las fundaciones vinculadas a los partidos

9 Conforme a la Disposición transitoria tercera los partidos políticos dispondrán de un año desde la entrada en vigor del art. 14 de la LO 8/2007 en su nueva redacción para consolidar sus cuentas a nivel local. Este art. 14 entrará en vigor el 1 de enero de 2016.

10 Tribunal de Cuentas, Informe de fiscalización de los estados contables de los partidos políticos y de las donaciones percibidas por las fundaciones vinculadas orgánicamente, ejercicio 2007, informe aprobado el 29 de marzo de 2012.

políticos es un tanto especial. Por un lado, en los Presupuestos Generales del Estado se regula la posibilidad de conceder subvenciones a “las fundaciones de partidos políticos de ámbito estatal y con representación parlamentaria”. Por otro lado, conforme a la Disposición adicional séptima de la LO 5/2012, no habrá límite cuantitativo para las donaciones privadas otorgadas a las fundaciones, esto es, no están sometidas al límite de los 100.000 euros al que están sometidos los partidos. Únicamente se prevé que si la donación es superior a 120.000 euros deberán formalizarse en un documento público. También se permite que estas fundaciones reciban donaciones de empresas que tengan contrato vigente con la Administración, situación prohibida para los partidos políticos. En la Disposición adicional séptima de la LOFP se define qué se entiende por fundaciones y entidades vinculadas a partidos políticos o dependientes de ellos lo que supone una aclaración de conceptos; se obliga a las fundaciones vinculadas a inscribirse en el Registro de Partidos como requisito para recibir subvenciones y se recoge la competencia del Tribunal de Cuentas para fiscalizar la actividad económica-financiera de las fundaciones. Sin embargo sigue manteniéndose la ausencia de límites en cuanto a la cantidad de la donación y se permite la donación de persona jurídica. Se puede afirmar que el régimen financiero de las fundaciones sigue siendo muy especial¹¹.

d) Otra recomendación del Tribunal de Cuentas, refrendada por el GRECO iba en el sentido de introducir la obligación de que tanto los partidos como las fundaciones y asociaciones vinculadas hicieran públicas, a través de su página web, el balance, la cuenta de resultados, los créditos concedidos, la entidad concedente o las condonaciones. El art. 14.8 de la LO 5/2012 haciendo caso de esta recomendación introdujo la obligación de realizar esa publicación una vez emitido el informe del Tribunal de Cuentas. En la LOFP se mejora esta previsión porque se exige que la publicación por parte de los partidos se produzca en el plazo máximo de un mes desde la fecha del envío al Tribunal de Cuentas. Esto supone una enorme mejora en cuanto a transparencia, porque, teniendo en cuenta el retraso con el que actúa el Tribunal de Cuentas, la publicación después de la emisión de su informe podía demorarse mucho y por tanto resultar bastante inútil para los ciudadanos. Se introduce además la exigencia de que en la página web se publique las donaciones recibidas por los partidos superiores a 25.000 euros con referencia concreta a la identidad del donante. Esta última previsión es muy importante para que los ciudadanos puedan saber quién o quiénes son los financiadores de un partido político. En el caso de las fundaciones, estas deberán publicar en su página web únicamente el balance y la cuenta de resultados, así como las conclusiones del informe de auditoría y dicha publicación se hará una vez emitido el informe del Tribunal de Cuentas.

e) Otra recomendación importante relacionada con la transparencia era la de la unificación del sistema de auditoría interna de los partidos, ya que se dejaba a criterio de cada partido cómo organizar su supervisión interna. La carencia se mantiene en el art. 15 LO 5/2012, donde se indica que el control interno debe articularse conforme a los Estatutos del partido. En la LOFP no cambia el sistema,

11 En el mismo sentido, SANDOVAL, Juan Carlos. Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos. *Revista General de Derecho*, n. 22, p. 33, 2014.

puesto que el art. 15 no se modifica. Ahora bien, el art. 14 de la LOFPP introduce una serie de obligaciones relativas a la contabilidad de los partidos políticos que desciende a un gran nivel de detalle en las indicaciones de lo que los partidos deben reflejar en sus libros de contabilidad de manera que estos libros permitan en todo momento conocer la situación financiera y patrimonial del partido. Estas obligaciones contables no se refieren, sin embargo, a las fundaciones. Por otra parte, en el art. 14 bis se recoge, como novedad, la figura del responsable de la gestión económica-financiera que será una persona con suficientes conocimientos y se responsabilizará de la regularidad de las cuentas anuales.

f) En cuanto al control externo de los partidos es importante destacar la incorporación en la LOFPP de un control parlamentario, recogido en el art. 16 bis, conforme al cual el responsable de la gestión económico-financiera deberá comunicar anualmente al presidente de la Comisión Mixta para la Relaciones con el Tribunal de Cuentas, la remisión de la documentación contable al Tribunal. Además, la Comisión Mixta podrá solicitar la comparecencia del responsable en el plazo de dos meses desde la aprobación del informe de fiscalización por el Tribunal de Cuentas para que informe sobre su contabilidad. La medida es positiva sin lugar a dudas, porque refuerza el control externo a través del Parlamento. El problema es el de siempre, el retraso tan grande con el que actúa el Tribunal de Cuentas y que puede hacer que la comparecencia del responsable del partido se demore en el tiempo.

g) Otras cuestiones relacionadas con la transparencia que incorpora la LOFPP tienen que ver con la claridad de las cuentas donde se ingresan las donaciones. Tanto las donaciones de particulares como las cuotas de los afiliados deberán ingresarse en cuentas específicas (hasta aquí igual que en la LO 5/2012), pero la novedad reside, en el caso de las donaciones, en que las entidades de crédito deberán informar anualmente al Tribunal de Cuentas sobre las donaciones que hayan sido ingresadas en dichas cuentas y en el caso de las cuotas de los afiliados, deberán ser ingresadas mediante domiciliación bancaria de una cuenta de la cual sea titular el afiliado, o mediante ingreso nominativo en la cuenta que designe el partido.

2.2 RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN LA LOFPP

Aunque la LO 8/2007 y posteriormente la LO 5/2012 supusieron una mejora clara respecto a la LO 3/1987, que no preveía ningún régimen sancionador, el Tribunal de Cuentas y el GRECO también hicieron varias recomendaciones relacionadas con la necesidad de estructurar y regular un régimen sancionador adecuado.

Una de las novedades básicas introducida por la LO 8/2007 fue la regulación en su Título VI del régimen sancionador. Los artículos 17 y 18, mejorados por la LO 5/2012 pretenden desarrollar un régimen sancionador completo. El art. 17 recoge las infracciones y sus correspondientes sanciones e indica un plazo de cuatro años para la prescripción de las infracciones. El art. 18 articula el procedimiento sancionador y de recursos y el art. 19 incorpora un deber de colaboración con el

Tribunal de Cuentas tanto para los partidos políticos como para las entidades que hubieran tenido relaciones de naturaleza económica con los partidos.

En cuanto a las infracciones se catalogan todas como muy graves. La primera, recogida en la letra a) del art. 17.1, considera infracción la contravención de las limitaciones y requisitos establecidos en los arts. 5 y 7 de la Ley, esto es, los referidos a las donaciones anónimas, finalistas, revocables, las aportaciones de las personas extranjeras, así como los relacionados con los límites cuantitativos de la donación. Se equipara en cuanto a infracción y sanción la asunción, por terceras personas, de los gastos del partido en los términos indicados en la ley. La sanción correspondiente a esta infracción viene indicada a continuación y consiste en la imposición por el Tribunal de Cuentas de una sanción de cuantía equivalente al doble de la aportación ilegalmente percibida.

La segunda infracción se recoge en el art. 17.1 b) y consiste en no presentar las cuentas anuales ante el Tribunal de Cuentas o que se presenten de manera tan deficiente que el Tribunal no pueda realizar su labor fiscalizadora. La sanción consiste en la retención de la subvención anual hasta que se cumpla con el deber de rendición o se subsanen los defectos.

La tercera y última infracción tipificada consiste, sin perjuicio de lo establecido en la LOREG a la que luego haré referencia, en la superación de los límites de gastos electorales.

Entre las recomendaciones más importantes destacan:

a) El GRECO en su informe de 2009 recomendaba que las infracciones se tipificaran al menos según su gravedad y que las sanciones se graduaran según la gravedad de las infracciones. También recomendaba la introducción de eximentes, atenuantes y agravantes. En mi opinión, el catálogo de las infracciones recogidas en el art. 17 LO 5/2012 resulta poco detallado y escaso, dejando fuera algunas conductas graves, tales como la no apertura de cuentas específicas para las donaciones, la no publicación en la página web de las cuentas o la recepción de donaciones provenientes de empresas públicas, entre otras.

Esta situación mejora claramente en la LOFPP. El nuevo art. 17 diferencia entre infracciones muy graves, estas serán: a) las que contravengan los límites relacionados con las cantidades de las donaciones, su carácter anónimo, finalista o revocable, también la asunción por parte de un tercero de los gastos del partido. También constituirán infracciones muy graves la aceptación de donaciones que provengan de personas jurídicas o de gobiernos extranjeros o los acuerdos sobre condiciones de deuda que infrinjan la prohibición contenida en el art. 4.4. En estos casos la sanción será, conforme al art. 17 bis, una multa del doble al quíntuplo de la cantidad que exceda del límite, de la cantidad asumida por un tercero o de la cantidad condonada. También será muy grave: b) la superación en un diez por ciento o más de los límites de los gastos electorales, en cuyo caso la sanción será una multa del duplo al quíntuplo del exceso producido. Y por último: c) el incumplimiento durante dos ejercicios consecutivos o tres alternos de la obligación de presentar las cuentas anuales en plazo o la presentación de cuentas incompletas o deficientes. En este caso la sanción será de un mínimo de cincuenta mil y un máximo de cien mil euros. Las infracciones graves serán cuatro. La primera consistirá en la realización

de actividades mercantiles. En este caso la sanción será una multa entre veinticinco mil y cincuenta mil euros más una multa equivalente al cien por cien del beneficio obtenido. La segunda consistirá en la superación en más de un tres y menos de un diez por ciento de los límites de los gastos electorales, en cuyo caso la sanción será del doble al quíntuplo del exceso de gasto producido. La tercera viene conformada por el incumplimiento de presentar las cuentas anuales o de presentarlas de forma incompleta durante un ejercicio o el incumplimiento de cualquier otra obligación contable. La cuarta infracción grave será la falta de un sistema de auditoria o de control interno. Para la tercera y la cuarta infracción la sanción será de un mínimo de diez mil y un máximo de cincuenta mil euros. Las infracciones leves son dos. La primera consistirá en faltar al deber de colaboración que establece el art. 19, que consiste tanto en el deber de colaboración de los partidos con el Tribunal de Cuentas a efectos de remitirle la documentación requerida, como el deber de colaboración de las entidades que tienen relaciones de naturaleza económica con los partidos que también deberán enviar al Tribunal de Cuentas la documentación que les sea requerida, y la segunda será la superación por los partidos en más de un uno y hasta un tres por ciento de los límites de los gastos electorales. La sanción para el primer caso es de multa de entre cinco mil y diez mil euros y en el segundo caso la sanción irá del doble al quíntuplo del exceso de gasto producido.

b) Otra mejora que atiende a las recomendaciones del Tribunal de Cuentas es por tanto la consideración como infracción (leve) del incumplimiento del deber de colaboración. En la LO 5/2012 no sólo no se recoge como infracción tal conducta, sino que al contrario se hace referencia al deber de sigilo que respecto a esta información tienen los miembros del Tribunal de Cuentas y las responsabilidades administrativas o penales derivadas de su incumplimiento.

c) Otra recomendación del GRECO hacía referencia a la conveniencia de introducir como infracción, con la correspondiente sanción, la conducta del donante que realiza una donación ilegal. Esta recomendación no se recoge ni en la LO 5/2012, ni en la LOFPP.

d) Otras cuestiones que mejoran en la LOFPP relacionadas con el régimen sancionador, son la mayor pormenorización del procedimiento sancionador, mucho más detallado en el proyecto, y la diferencia de plazos de prescripción de las infracciones según sean muy graves –cinco años-, graves –tres años- y leves –dos años-.

2.3 CONCLUSIONES SOBRE LA LOFPP

En mi opinión el PLOFPP supone una mejora respecto de la ley anterior, la LO 8/2007, modificada por la LO 5/2012 de financiación de partidos políticos. Como se ha visto, atiende en gran medida a las recomendaciones del Tribunal de Cuentas y del GRECO y ello es positivo. Mejora tanto en el nivel de transparencia exigible como en el régimen de infracciones y sanciones. Así lo reconoce también el informe lucha contra la corrupción elaborado por la Comisión Europea de fecha 3 de febrero de 2014¹².

12 También considera que la reforma va en la dirección acertada, SANDOVAL, Juan Carlos. Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos. *Revista General de Derecho*, n. 22, 2014, p. 25,

No obstante, se puede realizar todavía algunas críticas. La primera es que sigue sin regularse con claridad el régimen de financiación de las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos. Al no exigirse los mismos límites para la financiación de estos entes que para la financiación de los partidos (ni cuantitativos, ni de procedencia, ni de transparencia) se mantiene el peligro de que a través de estas fundaciones se proceda a un trasvase ilegal de dinero a los partidos políticos.

Como segunda crítica, que ya he explicado más arriba, se puede decir que la prohibición de donaciones de empresas a los partidos políticos no supondrá que esta se eliminen, sino que queden ocultas y exentas de controles. No me parece una medida adecuada y tampoco responde a una recomendación ni del Tribunal de Cuentas ni del GRECO.

Como tercera objeción, esta más general, creo que es importante una propuesta de reforma de la LOREG. El Tribunal de Cuentas ha venido reclamando en sus informes que se regule adecuadamente el régimen de control en materia de financiación electoral, pero en las sucesivas reformas de la LOREG se ha hecho caso omiso a estas recomendaciones, por lo que las propuestas siguen teniendo plena vigencia. Es verdad, no obstante que en la Disposición final cuarta de la LOFPP se modifica la LOREG parcialmente y concretamente el art. 134.2 de dicha Ley. Se remite ahora dicho precepto –en los supuestos en los que se hayan superado los límites electorales- a la LO 8/2007, que habrá de entenderse en la nueva redacción dada en este punto al art. 17 por la LO 3/2015.

Convendría realizar una revisión íntegra de la LOREG e incluso estudiar la posibilidad de incluir toda la regulación sobre la financiación de partidos políticos en una sola norma. También resultaría interesante el estudio sobre la necesidad de diferenciar entre financiación ordinaria y financiación electoral, teniendo en cuenta los límites difusos que separan en muchas ocasiones los gastos electorales de los gastos ordinarios y que en ocasiones los gastos ordinarios sirven para pagar gastos electorales encubiertos.

Entre otras cuestiones, el Tribunal de Cuentas ha propuesto que los partidos políticos tuvieran que rendir cuentas cuando fueran a intervenir en procesos electorales. Conforme a la LO8/2007 la obligación de rendir cuentas se limita únicamente a las formaciones que han obtenido un anticipo de subvenciones públicas en atención a los resultados obtenidos en anteriores elecciones. Es verdad que en el art. 16 LOFPP se añade la posibilidad de que el Tribunal fiscalice las cuentas de todos los partidos y no sólo de los que hubieran recibido subvenciones públicas.

Se considera necesaria también una armonización de las normas electorales, tanto entre las Comunidades Autónomas entre sí, como entre estas y la normativa estatal.

Se entiende imprescindible la aclaración del concepto de gasto electoral y la fijación del límite máximo de gasto autorizado. El Tribunal ha planteado la necesidad de reducir los gastos de propaganda electoral y propone su sustitución por otras técnicas de información.

3 LOS NUEVOS DELITOS DE FINANCIACIÓN ILEGAL INTRODUCIDOS POR LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO QUE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DE CÓDIGO PENAL

3.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, introduce los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos.

La primera consideración que es conveniente hacer está relacionada con la ubicación de los preceptos. Se incluyen en un nuevo Título XIII bis, justo detrás del Título XIII que contiene los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Se puede convenir en que el orden y la ubicación de los preceptos en el CP tienen un sentido a la hora de interpretarlos¹³. En mi opinión, un posible delito de financiación ilegal no guarda ninguna relación con valores de carácter económico. Como se analizará más abajo, si hay algún bien jurídico que merezca ser protegido frente a este tipo de conductas será un bien jurídico relacionado con las funciones constitucionales que cumplen los partidos políticos, por lo que la ubicación de estos preceptos debería ser entre los delitos contra la Constitución. En este sentido recuerda la STC 3/1981, de 2 de febrero que los partidos tienen un *status* privilegiado frente al resto de asociaciones privadas, gozan de derechos como los de obtener ayuda financiera del Estado o la utilización gratuita de medios públicos de comunicación, pero a cambio tienen la contrapartida de cumplir con su función constitucional de concurrir a la manifestación de la voluntad popular.

La segunda consideración es para recordar que la ausencia de la tipificación autónoma o específica de un delito de financiación ilegal de partidos políticos no implica que muchas de las conductas que se producen en este ámbito no puedan ser sancionables penalmente. Las razones aducidas por los autores para la defensa de una tipificación autónoma son, por un lado, la existencia de lagunas de punibilidad, ya que hay conductas que con los tipos penales actuales no serían punibles, en segundo lugar, la complejidad de los procesos penales al no estar lo suficientemente claro qué tipos penales son aplicables y por último la existencia de un bien jurídico autónomo¹⁴⁻¹⁵.

Más allá de las posibles lagunas, que lo serán en la medida en que se considere que tales conductas deben estar tipificadas, y de la complejidad del proceso, independientemente de que haya delitos que se puedan aplicar o no, la razón que me parece importante para valorar si la tipificación autónoma es o no necesaria es la tercera, esto es la verificación de si hay o no uno o varios bienes jurídicos específicos merecedores de protección penal.

Según Nieto Martín, la financiación ilegal de partidos lesiona bienes jurídicos autónomos merecedores de protección penal, tales como la transparencia en la financiación, la igualdad de oportunidades entre las distintas fuerzas políticas y la

13 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*: Parte General I. Madrid: Universitas, 1996. p. 168.

14 NIETO MARTÍN, Adán. Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13). En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*: eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006. p. 120.

15 MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Corrupción y financiación de partidos: un análisis político-criminal*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real-Toledo, 2012. p. 377.

democracia interna dentro de los partidos políticos. Afirma este autor que la igualdad de oportunidades entre las fuerzas políticas y la transparencia patrimonial son requisitos indispensables para que el voto pueda ser verdaderamente responsable y por tanto libre¹⁶.

En sentido parecido se manifiesta Maroto Calatayud, al afirmar que el injusto específico de la financiación ilegal abarca la alteración del funcionamiento del sistema de partidos, tanto en lo que se refiere a la igualdad de oportunidades entre partidos como a la quiebra de la democracia interna y la oligarquización de las organizaciones políticas que implica¹⁷.

En mi opinión, el funcionamiento del sistema de partidos en si mismo no constituye un bien jurídico merecedor de protección penal. El criterio para decidir cuándo una conducta de financiación ilegal merece reproche penal y cuándo no, debe venir derivado de las propias funciones constitucionales que ejercen los partidos políticos hacia los ciudadanos. Dichas funciones se recogen en el art. 6 de la Constitución que indica que los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política.

Aunque volveré más adelante sobre ello, ya adelanto que el delito de financiación ilegal tendrá sentido sólo para proteger aquellas conductas que, no estando correctamente recogidas en los tipos actuales, perturben aquellas funciones de servicio a los ciudadanos que cumplen los partidos. Los partidos son los instrumentos necesarios para que los ciudadanos puedan participar en la vida política y canalizar a través de ellos sus intereses. Por tanto, no cualquier perturbación de la transparencia financiera de los partidos o de la igualdad entre las fuerzas políticas o de la democracia interna de los partidos será suficiente para ser tipificada penalmente a través de un tipo autónomo, sino que se sancionarán penalmente aquellas conductas que, trascendiendo del ámbito interno del partido, supongan una perturbación de la manifestación de la voluntad popular.

En mi opinión la posible tipificación autónoma del delito de financiación ilegal vendría justificada por las funciones que los partidos ejercen hacia los ciudadanos y que hace que los partidos políticos no tengan una naturaleza puramente privada y puedan obtener, por tanto, una protección reforzada.

3.2 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ACLARACIÓN DE CONCEPTOS

3.2.1 Bien jurídico

La cuestión más relevante por tanto es la de si se puede hablar de un bien jurídico penal merecedor de protección en las conductas de financiación ilegal de los partidos políticos¹⁸.

16 NIETO MARTÍN, Adán. Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13). En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006. p. 123.

17 MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Corrupción y financiación de partidos: un análisis político-criminal*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real-Toledo, 2012. p. 46.

18 Sobre el concepto de bien jurídico y de bien jurídico-penal, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011. p. 119.

Los partidos políticos cumplen una función básica para el funcionamiento democrático del Estado: concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, por ello son expresión del pluralismo político e instrumentos fundamentales de participación política –art. 6 CE- La principal función de los partidos será, por tanto aglutinar la voluntad popular para transformarla en voluntad del Estado a través de los órganos públicos representativos. Primero el partido político forma una voluntad programática unitaria. Posteriormente se concurre a expresar la voluntad popular definitiva en los órganos públicos representativos por medio de los representantes públicos seleccionados y presentados por los partidos políticos. Estas funciones pueden resumirse en una: la de ser los partidos los intermediarios entre la sociedad y el Estado¹⁹. Esa formación y manifestación de la voluntad popular es lo que debe producirse libre de injerencias extrañas que busquen favorecer intereses y voluntades particulares frente a la voluntad programática. Y este será el bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal. Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA la democracia exige objetividad. El criterio de objetividad rige como criterio rector del comportamiento de la Administración hasta tal punto que si decae, el Estado y su aparato administrativo dejarán de ser democráticos. La corrupción hace que los sectores económicos sean los que impongan los reales programas políticos aunque no se publiquen²⁰. De la misma manera, determinadas conductas de financiación ilegal pueden hacer que el real programa del partido político no sea el que verdaderamente se ofrece y al que los ciudadanos votan, produciéndose una perturbación grave de las funciones de formación y de manifestación popular.

¿Tiene este bien jurídico suficiente entidad para ser merecedor de protección penal? En mi opinión sí. Los partidos políticos son considerados hoy en día sujetos imprescindibles para el funcionamiento del Estado democrático representativo, denominado por buena parte de la doctrina e incluso por el TC como un “Estado de partidos”²¹. Aunque formalmente el art. 23.1 CE dispone que los ciudadanos tienen derecho a participar directamente en los asuntos públicos, en la práctica las fórmulas para la participación directa son poco operativas en España debido a los rigurosos requisitos que se exigen, por lo que se puede afirmar que en nuestro sistema los partidos constituyen el principal y casi único vehículo de expresión política ciudadana²².

Es cierto que para que la formación y manifestación de la voluntad popular puedan configurarse correctamente son básicos dos elementos: la democracia interna dentro del partido y la transparencia. En cuanto al requisito de democracia interna, estoy de acuerdo con los que afirman que la profundización de la democracia pasa por democratizar el funcionamiento y organización interna de los partidos. La voluntad popular final no puede ser fruto de la concurrencia de voluntades de las oligarquías dominantes en los partidos, aunque sean ratificadas electoralmente. Los partidos deben elaborar democráticamente su voluntad programática para

19 BAUTISTA PLAZA, David. *La función constitucional de los partidos políticos*. Granada: Comares, 2006. p. 16.

20 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 123.

21 Ampliamente, NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio. *Partidos políticos y “democracia interna”*. Centro de Madrid: Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. p. 238.

22 Por todos, *Ibidem*, p. 236.

que la voluntad final pueda considerarse popular en su plenitud^{23, 24, 25}. Además, estoy de acuerdo con que cuanto menor sea la democracia interna de los partidos, mayor será el riesgo de clientelismo, ya que cuanto menos democráticos sean los procesos internos del partido para la elección de cargos, confección de listas, etc. más dependerán los elegidos de los que ostentan el poder en el partido y mayor influencia podrán ejercer estos sobre aquellos^{26, 27, 28, 29}.

Dicho todo lo anterior, sin embargo, considero que la democracia interna en si misma no tiene suficiente entidad para ser reconocida como un bien jurídico penal, al menos autónomo. No creo que la perturbación de los procesos internos de los partidos políticos tenga entidad suficiente para constituir un injusto específico. Se puede hacer una equiparación entre los partidos políticos, como instituciones básicas en un sistema democrático, y la Administración pública. Igual que en el Título XIX no se protege a la Administración como institución en si misma, sino como un ente prestacional de servicios a los ciudadanos, en el caso de los partidos políticos tampoco se protegerán en si mismos, sino como entes que prestan a los ciudadanos un servicio básico en una sociedad democrática, como es la representación de la voluntad popular, como instrumentos canalizadores de los intereses ciudadanos. Por tanto, si bien la democracia interna será un requisito funcional necesario para que la manifestación de la voluntad popular sea correcta, no considero que tenga la categoría de bien jurídico. Es decir, será necesario que la conducta para ser tipificada autónomamente vaya más allá de la lesión o puesta en peligro de la democracia interna.

Tampoco considero que la transparencia sea un bien jurídico digno de protección penal autónoma. La publicidad de los donantes y de las donaciones permite a los ciudadanos estar alerta acerca de las posibles desviaciones y abusos de poder que puedan presentarse en el futuro como contrapartida de las donaciones. Además la transparencia sirve para que los ciudadanos conozcan la opción política a la que votan y los intereses que puede representar y para proteger la democracia interna del partido, pues permite el control de las bases sobre sus dirigentes. Las medidas de transparencia son el mejor antídoto contra la financiación ilegal de los partidos políticos y contra la corrupción que se deriva de ella. Apuesto por una transparencia completa, continua y oportuna. Por supuesto tiene que haber mecanismos de vigilancia, de control y de sanción en caso de incumplimiento, ya hemos visto como la LOFPP mejora este aspecto.

Dicho esto, creo sin embargo que la transparencia en si misma no es un bien jurídico penal.

23 Ibidem, p. 238.

24 BAUTISTA PLAZA, David. *La función constitucional de los partidos políticos*. Granada: Comares, 2006. p. 26.

25 FLORES GIMÉNEZ, Fernando. Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control de la corrupción. En: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CALATAYUD, Manuel (Dir.). *Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2014. p. 188.

26 URQUIZA, José Manuel. *Corrupción municipal: por qué se produce y cómo evitarla*. Córdoba: Almuzara, 2005. p. 174.

27 MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Corrupción y financiación de partidos: un análisis político-criminal*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real-Toledo, 2012. p. 452.

28 GUTIÉRREZ RUBÍ, Antoni. Combatir la corrupción, recuperar la política. *Temas para el Debate*, n. 223, p. 46, 2013.

29 OLAIZOLA NOGALES. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 205.

En mi opinión el auténtico peligro y la razón por la que la norma administrativa prohíbe las donaciones anónimas, exige además unos límites cuantitativos o prohíbe que las donaciones procedan de determinadas empresas es porque así se evita que los partidos políticos puedan, una vez alcanzada determinada cota de poder, favorecer los intereses privados de los donantes. De hecho, si lo que se protegiera fuera la transparencia no habría, por ejemplo, límites cuantitativos o no se prohibirían las donaciones provenientes de empresas con contrato con la Administración, etc., puesto que bastaría, para proteger la transparencia, que el ciudadano lo supiera. En mi opinión, las normas de transparencia son un instrumento necesario para evitar que las formaciones políticas se desvíen de su función de satisfacer los intereses generales a favor de satisfacer los intereses “del que paga”.

Si se conoce la identidad de los donantes será más fácil controlar si se le favorece especialmente, pero además, no basta con eso, sino que se impone un límite cuantitativo para que ninguna formación política sea dependiente en exceso de ningún interés particular, sea de una persona física o de una persona jurídica.

Teniendo en cuenta lo anterior y entendiendo que el peligro que se debe conjurar es que los partidos favorezcan intereses particulares a cambio de las donaciones, en vez de representar la voluntad popular, la pregunta será dónde debe comenzar a intervenir el Derecho penal. Considero que para que el Derecho penal intervenga será preciso que se constate al menos un peligro cercano de favorecimiento de intereses particulares, en detrimento de la voluntad programática y/o popular³⁰.

No cualquier conducta de financiación ilegal será merecedora de sanción penal, o al menos no cualquier conducta de financiación ilegal vendrá a integrar un posible delito autónomo de financiación ilegal.

3.2.2 Aclaración de conceptos: financiación irregular, financiación ilegal y financiación corrupta

Creo que es conveniente aclarar tres conceptos diferentes, que a veces se mezclan: financiación irregular, financiación ilegal y financiación corrupta.

En el trabajo que elaboré sobre la financiación ilegal de los partidos políticos explicaba ampliamente estos conceptos, asumiendo la definición que Malem Señá hacía de ellos. Según este autor, por financiación irregular debe entenderse determinadas estrategias utilizadas por los partidos para conseguir apoyo económico de forma no ortodoxa, pero sin infringir ninguna ley. Suelen ser supuestos en los que los partidos se aprovechan de lagunas legislativas³¹, así, por ejemplo, en la LO 8/2007 podrían constituir lagunas las posibles condonaciones de las entidades de crédito a los partidos o la falta de límites de las donaciones a las fundaciones. La financiación ilegal vendría integrada por los supuestos en los que se transgrede la ley. Por último, la financiación corrupta es aquella en la que quien recibe la do-

30 Ampliamente, OLAIZOLA NOGALES. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 203.

31 MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción: aspectos éticos, económicos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002. p. 112.

nación en nombre del partido se compromete a tomar una decisión o a influir para que otros tomen una decisión en el sentido querido por el donante. El elemento necesario para la financiación corrupta es el *quid pro quo*, esto es, el intercambio de prestaciones entre el donante y el que recibe la donación³². La mayoría de los escándalos de financiación ilegal de partidos políticos han estado relacionados con la adjudicación de contratos públicos, de diversa índole, a cambio de las donaciones. En estos momentos, en el escándalo *Gürtel*, diversas empresas están siendo objeto de investigación por haber sido beneficiarias de contratos públicos supuestamente a cambio de las donaciones. Esta clasificación, en mi opinión muy clara, sirve para graduar distintas posibles responsabilidades.

En principio la financiación irregular no podrá llevar aparejada responsabilidad jurídica, aunque sí responsabilidad moral y ética y, en último término, responsabilidad política. El hecho de que una determinada forma de financiación no sea ilegal, debido a una laguna, no quiere decir que sea correcta o éticamente aceptable. Creo que es importante deslindar las responsabilidades políticas de las jurídicas y/o penales³³.

En segundo lugar, la financiación ilegal podrá llevar aparejada, como ya se ha visto en la primera parte del trabajo, una sanción administrativa en aquellos casos en los que se infringe la LOFPP, también podrá llevar aparejada una responsabilidad penal porque se haya infringido algún precepto del CP, así, por ejemplo, porque se haya cometido un delito de falsedades, un delito contra la Hacienda Pública, un delito electoral, etc. e incluso algunos de estos supuestos con ciertos requisitos podrán constituir un delito autónomo de financiación ilegal.

Por último, la financiación corrupta será la que en mi opinión merezca siempre un reproche penal.

En mi opinión, la financiación corrupta se caracteriza por su carácter finalista, por lo que este tipo de financiación será en principio siempre ilegal, puesto que la LOFPP prohíbe en todo caso las donaciones finalistas.

Esta exigencia del *quid pro quo* es lo que puede perturbar la principal función de los partidos que es la representación de la voluntad popular. En primer lugar, porque la voluntad popular se sustituye por la voluntad del donante, quebrando así la posibilidad de que todos los ciudadanos puedan influir por igual en la actuación política a través de la regla de “una persona un voto”, por valer más el voto del que “paga”. En segundo lugar, porque las decisiones políticas no se tomarán atendiendo a las necesidades de los ciudadanos, sino atendiendo a en qué ámbitos de actuación puede haber más empresas dispuestas a pagar. Además, a la hora de tomar la

32 Ibidem, p. 114.

33 Resulta interesante la reflexión que sobre este punto hace Martínez Cousinou: “La exigencia de responsabilidades penales en lugar de políticas por los escándalos de corrupción fue la tendencia normal durante los años noventa. En teoría lo que se pretendía al enviar a la justicia penal los hechos de corrupción era evitar que se acusara sin gran fundamento, y evitar, por tanto, que se eliminara la presunción de inocencia, no obstante, en la práctica fue diferente: se terminó dejando la depuración de la responsabilidad política en manos de la Administración de Justicia. Con ello se dañaba la imagen de la judicatura como institución neutral en la lucha partidista y el funcionamiento de la democracia misma quedaba deteriorado” Esta autora se refiere a los años noventa, pero creo que se puede afirmar que la situación actual no dista en absoluto de aquella, lo que está generando un grado de decepción y de desconfianza cada vez mayor de los ciudadanos hacia la política. MARTÍNEZ COUSINOU, Gloria. El control de la corrupción política: el fracaso de la reforma de la ley de financiación de partidos políticos en España. *Documentos de trabajo Instituto de Estudios Sociales Avanzados Andalucía*, Córdoba, n. 3, p. 17, 2007.

decisión no se atenderá a criterios de competencia. En tercer lugar, porque estas decisiones no se explican a los ciudadanos ni a las bases del partido –quiebra de la democracia interna –, la corrupción hace que se oculten los verdaderos motivos por los que se toman aquellas – quiebra de la transparencia. Debido al secreto que rodea a todo acto corrupto, dichas decisiones quedarán sustraídas del programa político que el partido publicite.

Ahora bien, en una propuesta de regulación penal, relacionada con la financiación ilegal entiendo que no sólo se deben tener en cuenta aquellos casos en los que haya un pacto ya consolidado con una contraprestación concreta, sino que se incluirán también aquellos casos en las que no habiendo un pacto concreto, sí que hay determinadas conductas anteriores (de engrasamiento) que tienen como finalidad última llegar a ese pacto.

Al hilo de estos conceptos es interesante añadir la definición que otros autores realizan de la financiación corrupta. Especialmente destaca la clasificación de Villoria Mendieta³⁴, que dentro de la financiación corrupta incluye tres situaciones diferentes: La financiación de captura, en la que a través de la financiación, sea legal o ilegal³⁵, se capturan puestos relevantes o decisiones políticas o gubernamentales. Aquí, según Villoria Mendieta, la financiación supone un pago anticipado por la toma de decisiones que favorecerá al financiador. Es un acuerdo mutuo que beneficia tanto al financiador como al financiado. Entiendo que esta definición coincide con la financiación corrupta que indica Malem Seña, el acuerdo mutuo que menciona Villoria Mendieta, sería el pacto corrupto del que habla Malem Seña³⁶. En segundo lugar, la financiación ventajista sería aquella en la que el partido, aprovechando lagunas normativas o vulnerando la ley, trata de obtener ventajas sobre el resto de candidatos o de partidos. Según Villoria Mendieta, en estos casos no habrá captura porque los intermediarios en la financiación pueden realizar promesas a los financiadores, pero si el gobierno no se compromete no habrá captura. Como variantes de esta financiación este autor incluye: 1. Actividades que desobedecen las normas existentes de financiación política; 2. La aceptación de fondos provenientes de un delito; 3. Gastos ilegales en campaña; 4. El abuso de recursos estatales³⁷. Según Sandoval, esta financiación ventajista serán casos de financiación irregular o ilegal para Malem Seña, ya que se obtiene un beneficio extraposicional para el partido, pero sin que sus dirigentes se obliguen, en virtud de un pacto corrupto a realizar una determinada contraprestación que suponga un incumplimiento de su deber posicional³⁸. En mi opinión, estos casos serán supuestos de financiación ilegal o irregular, y en algunos de ellos podría ocurrir que, por la reiteración de la conducta

34 VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La corrupción política*. Barcelona: Síntesis, 2006. p. 198. En el mismo sentido, SANDOVAL, Juan Carlos. Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos. *Revista General de Derecho*, n. 22, p. 37, 2014.

35 En mi opinión esta financiación será siempre ilegal porque se tratará de donaciones finalistas y por tanto, sean del importe que sean, serán ilegales conforme a la LO 5/2012 de financiación de partidos políticos.

36 VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La corrupción política*. Barcelona: Síntesis, 2006. p. 197; en el mismo sentido SANDOVAL, Juan Carlos. Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos. *Revista General de Derecho*, n. 22, p. 37, 2014.

37 VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La corrupción política*. Barcelona: Síntesis, 2006. p. 199.

38 SANDOVAL, Juan Carlos. Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos. *Revista General de Derecho*, n. 22, p. 38, 2014.

o por la enorme cantidad de dinero donado, se pueda afirmar que, aunque no se ha producido el pacto para una concesión concreta, hay un peligro cierto de que dicho pacto se produzca y en este sentido se puedan incluir estas conductas en el delito autónomo de financiación ilegal. Por último, en tercer lugar, dentro de la financiación corrupta, incluye Villoria Mendieta la financiación coercitiva que supone la obtención de dinero por parte del partido mediante el uso de la extorsión y de la amenaza³⁹. En mi opinión estos casos, más allá de que puedan encajar en un posible delito autónomo de financiación ilegal, habrá que castigarlos también por los posibles delitos contra la libertad que se hubieran dado⁴⁰.

Estas clasificaciones sirven para aclarar conceptos, para diferenciar distintas situaciones y para valorar la respuesta política, jurídica o jurídica-penal que hay que dar en cada caso.

Como ya he indicado más arriba, entiendo que en una propuesta de regulación penal sobre financiación ilegal no sólo deberán incluirse casos en los que haya un pacto concreto y determinado – financiación corrupta en la concepción de Malem Seña –, en cuyo caso, como se verá más adelante, soy partidaria de incluirlos dentro de los delitos contra la Administración, sino también aquellas conductas que por sus características puedan favorecer claramente la obtención de ese pacto en un futuro, para los que propongo un tipo autónomo y específico de financiación ilegal - algunos supuestos de financiación ventajista en la concepción de Villoria Mendieta. Otros supuestos de financiación ventajista, ilegal o coercitiva habrá que analizarlos casos por caso y la mayoría de ellos o bien supondrán una infracción administrativa o podrán ser integrados en otros tipos penales.

3.3 PRECEPTOS CONCRETOS Y VALORACIÓN CRÍTICA

En la LO 1/2015, de 30 de marzo, se recoge un nuevo Título XIII bis que está integrado por los arts. 304 bis y 304 ter, con la siguiente rúbrica: “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”.

Art. 304 bis: «1. Será castigado con una pena de multa del triple al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos./ 2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triple al quíntuplo de su valor o del exceso cuando: a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.1, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido. b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros./ 3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad,

39 VILLORIA MENDIETA, op. cit., p. 200.

40 Sería parecido a la diferencia entre el delito de cohecho y el delito de concusión. Sobre ello, OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 243.

se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado./ 4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores./ 5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Art. 304 ter. 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley./ 2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones./ 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.»

Los preceptos son criticables tanto por razones de fondo como técnicas.

El primer párrafo del art. 304 bis recoge como conducta típica la pura infracción del art. 5.1 de la LO 8/2007. Habrá de entenderse que se trata del art. 5.1 modificado por la LO 3/2015⁴¹ Por tanto eleva la infracción administrativa a delito sin exigir ningún elemento que dote de lesividad al precepto. Esto genera un doble problema. El primero de fondo, ya que el legislador se olvida de que entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal debe haber una diferencia, sino cualitativa, sí al menos cuantitativa que diferencie ambos tipos de infracciones. El segundo problema es de índole práctico. Es decir, se plantea la cuestión de qué precepto será aplicable cuando un sujeto reciba una donación infringiendo el art. 5.1 LO 8/2007. Esto es, la duda será si se deberá aplicar el art. 17 bis de la misma ley, que impone una sanción administrativa o el art. 304 bis CP. No se puede deducir cuál será el criterio de distinción para aplicar un precepto u otro porque no establece ninguno y ello es insostenible. Pero además se plantea un problema añadido. En el párrafo 4 del art. 304 bis se indica que se impondrán las mismas penas, en sus respectivos casos, a quien entregare las donaciones. Como ya se ha analizado más arriba la legislación administrativa no sanciona al donante, por lo que éste responderá en todo caso por vía penal. Puede darse la paradoja de que el miembro del partido que recibe la donación sea sancionado por vía administrativa y el donante por vía penal. O que se considere que si el miembro del partido es sancionado por vía administrativa, la conducta del donante debe quedar impune.

En mi opinión el primer párrafo del art. 304 bis debe eliminarse y la conducta del donante en esos casos debe ser incluida como infracción administrativa.

41 Art. 5.1 LO 3/2015: “Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente:

- a) Donaciones anónimas, finalistas o revocables;
- b) Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales;
- c) Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica. Se exceptúan del límite previsto en la letra b) las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.2, letra e)”.

En el segundo párrafo del art. 304 bis se incrementa la pena que será de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso, atendiendo básicamente a la cantidad donada o recibida. Es el importe de la donación lo que va a diferenciar en estos casos las infracciones administrativas del delito. En mi opinión, el criterio de la cantidad donada puede ser un criterio acertado para la diferenciación. Entiendo que una cantidad excesiva puede favorecer “la captura” del partido o el pacto corrupto, lo que me parece criticable es que sea el único criterio.

Sin embargo, considero que este párrafo adolece de algunos defectos. El primero es que apostando por la técnica de la ley penal en blanco, se refiere únicamente al art. 5.1 de la LO 8/2007. Habrá que entender que será el art. 5.1 modificado por la LO 3/2015. Lo importante es que al referirse expresamente al art. 5.1 se olvida de otras posibles donaciones ilegales, así, por ejemplo, las condonaciones de las entidades de crédito –art. 4.4 LO 8/2007- o por ejemplo las donaciones de personas físicas que tengan contrato en vigor con la Administración están prohibidas –art. 4.2 a) LO 8/2007 ¿será necesario que superen en 500.000 euros el límite fijado para el resto de personas físicas? Partiendo de que en algunos supuestos de tipificación de la financiación ilegal es necesario acudir a la técnica de la ley penal en blanco, me parece erróneo limitarse a citar un precepto de la ley administrativa. Probablemente hubiera sido mejor que en el precepto se hiciera una referencia general a la LO 8/2007. En la misma línea tampoco se entiende del todo por qué en el apartado b) del párrafo se incluyen las donaciones del art. 7.2 de la LO 8/2007, referidas a donaciones provenientes de gobiernos o empresas públicas extranjeros y de empresas relacionadas directa o indirectamente con ellos, pero no se incluye el art. 7.1 LO8/2007, que se refiere a las donaciones privadas provenientes de personas físicas extranjeras, que están sujetas a los mismos límites que los nacionales, pero que parece que si sobrepasan el límite de los 500.000 euros no cometerán el delito. Lo que quiero decir es que si el criterio, para la consideración de estas conductas como delito, es el exceso de la donación, no se comprende por qué ese exceso sólo constituye delito en algunas ocasiones.

En todo caso lo que me parece más criticable de este precepto es que solo tiene en cuenta como criterio el exceso de la donación. En mi opinión una regulación completa sobre financiación ilegal debe empezar por distinguir los supuestos en los que se ve involucrada la Administración de los supuestos en los que no. Por ejemplo, el legislador se olvida de una cuestión trascendental y es, si tratándose de una cantidad que no llegue a los 500.000 euros, sin embargo sirve para pactar con el alcalde de una localidad una determinada adjudicación de una obra ¿basta con la aplicación del delito de cohecho al alcalde y al donante? ¿Qué pasará con el miembro del partido que se limita a recibir la donación? ¿Basta con la aplicación de un posible delito de blanqueo? ¿No se podrá aplicar un delito de financiación ilegal porque la cantidad no ha llegado a los 500.000 euros? Desde mi perspectiva, teniendo en cuenta que estos delitos no están pensados para proteger el orden socioeconómico, sino las funciones constitucionales de manifestación de la voluntad popular que tienen los partidos, el hecho de que esté o no involucrada la Administración debe ser un criterio decisivo para tener en cuenta en la regulación

de estos comportamientos. En estos supuestos, como luego detallaré, no se debe acudir a la técnica de a ley penal en blanco, sino que en los delitos clásicos contra la Administración pública deberían preverse cláusulas que recogiesen aquellos supuestos en los que se ve favorecido un partido político a través de la conducta delictiva del funcionario público.

El párrafo tercero recoge una agravación, la pena se impondrá en su mitad superior, en los casos de especial gravedad. Dado que el único criterio tenido en cuenta para tipificar estas conductas es el de la cantidad, entiendo que la especial gravedad deberá referirse a que la cantidad sobrepase de manera muy importante las señaladas en el precepto.

El párrafo cuarto señala la responsabilidad penal del donante. El legislador considera que cualquier donación realizada, que vulnere el art. 5.1 de la LO 8/2007 de financiación de partidos, constituye delito para el donante. Esto es, la conducta del donante en ningún caso, como se ha visto, se considera infracción administrativa, tal y como venía siendo recomendado por el GRECO, y sin embargo prácticamente todas las donaciones efectuadas ilegalmente van a constituir infracción penal. Además el párrafo señala que el donante puede entregar la donación por sí o por persona interpuesta. Probablemente el legislador esté pensando en los supuestos en los que para ocultar la donación se utilice a un tercero, queriendo sancionar de este modo conductas de ocultamiento, pero se olvida de otras formas de ocultamiento como, por ejemplo, el fraccionamiento de la donación.

El párrafo quinto recoge la posible responsabilidad de la persona jurídica. En este caso tanto la posible responsabilidad del partido político, puesto que a través de la reforma por LO 7/2102, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, se introdujo la responsabilidad de partidos políticos y sindicatos en el régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas, como también se aplicará este párrafo a la responsabilidad de la persona jurídica donante.

En cuanto al art. 304 ter se trata de un precepto muy indeterminado. En el primer párrafo se castiga la participación en estructuras u organizaciones de cualquier naturaleza cuya finalidad sea la financiación ilegal de partidos políticos. Debería acotarse qué se entiende por participar. El precepto eleva literalmente la participación a conducta de autoría sin ninguna restricción ¿qué entenderemos por participar? ¿A qué se refiere el precepto con estructuras u organizaciones? ¿Deben tener carácter estable? ¿Dará igual la relevancia de la participación? ¿Será indiferente que sea puntual o habitual?

Tampoco aclara el precepto si la finalidad de financiar ilegalmente a un partido político debe ser la única finalidad de la organización o puede tener más finalidades y además la de financiar ilegalmente a un partido. Entiendo que será más adecuada la primera opción, puesto que de esa manera se estará sancionando a aquellos que intervengan en empresas pantalla o falsas –caso Filesa- cuyo único propósito es conseguir financiación ilegal.

No queda claro tampoco la posible relación concursal entre ambos preceptos. Es decir cómo se resolverán los casos en los que el miembro del partido que recibe

las donaciones ilegales participa también en una estructura con dicha finalidad. Por otro lado, para que la conducta del art. 304 bis sea delictiva deben sobrepasarse determinadas cantidades, mientras que no se exige esto en el 304 ter que sólo se exige la participación en una estructura que tenga por finalidad la consecución de donaciones ilegales.

Tampoco acabo de ver el fundamento por el que el art. 304 ter prevé una pena superior al 304 bis.

En el párrafo segundo se impone la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones y en el párrafo tercero se prevé otra agravación, pudiendo incluso llegarse a la pena superior en grado, cuando los hechos revistan especial gravedad. En este caso no resultará fácil averiguar cuándo estaremos ante hechos de especial gravedad porque no queda claro cuál es el fundamento del precepto. Probablemente dentro de los criterios posibles estará el de la mayor o menor relevancia de la organización: cantidad de personal, ámbito espacial de actuación, estabilidad de la organización, tiempo de funcionamiento, etc.

Como conclusión sobre estos preceptos se puede decir que adolecen de defectos tanto de carácter formal como de fondo. Creo que se han introducido sin tener una idea clara de lo que intenta proteger con ellos y de qué conductas se quieren evitar. Considero que es una reforma hecha sin la suficiente reflexión.

3.4 PROPUESTA PERSONAL DE REGULACIÓN PENAL

En otro trabajo, ya publicado, expliqué con detalle cuál era, a mi modo de ver, la mejor propuesta de regulación penal sobre la financiación ilegal de los partidos políticos⁴². Por ello, en este caso, me limitaré a dar las pautas generales que propongo.

3.4.1 Supuestos en los que se ve involucrada la Administración

El criterio rector de la legislación que se propone se basa en diferenciar los casos de financiación en los que se ve involucrada la Administración Pública de aquellos en los que no. En los supuestos en los que se ve involucrada la Administración pública, los tipos penales de cohecho y tráfico de influencias pueden ser adecuados para responder frente a algunos casos de financiación corrupta, entendida esta como aquella financiación de partidos políticos en la que el donante busca una contraprestación concreta. La inclusión de los partidos políticos como posibles personas jurídicas responsables penalmente, hace que en muchos de los supuestos de financiación corrupta puedan responder los partidos.

Se pueden destacar, no obstante, algunos problemas relativos a la aplicación de estos delitos. Así, cuando se trata del delito de cohecho nos encontramos con que cuando el partido es el mero receptor del beneficio, esto es, el destinatario de la donación, no se le puede responsabilizar penalmente por este

42 OLAIZOLA NOGALES, Inés. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 197.

delito, por lo que podrá responder el donante y el cargo público, pero no el cargo del partido ni el propio partido. En estos casos cabría la posibilidad de aplicar el delito de blanqueo de capitales, pero en mi opinión el delito de blanqueo no es suficiente para recoger todo el desvalor de la conducta. En la vida real el partido político no es un mero receptor de la dádiva, sino que desde las cúpulas de los partidos se deciden las listas electorales, de ellos dependen qué personas van a ocupar los cargos públicos. Cuando el cargo público solicita una comisión a una empresa a cambio de, por ejemplo, la adjudicación de un contrato público y dicha dádiva toda o en parte la ingresa en las cuentas del partido lo hace porque sabe que ello repercutirá a futuro en su carrera política, sabe que el partido “se lo agradecerá” a él y a la empresa que ha realizado la donación. A su vez, se produce un peligro para el correcto ejercicio de las funciones constitucionales que los partidos cumplen hacia los ciudadanos, el peligro de ser finalmente capturados por sus donantes. En mi opinión, este desvalor no queda recogido con la única aplicación del delito de blanqueo⁴³.

Tampoco se puede apreciar el delito de cohecho cuando se producen donaciones de “forraje” al partido político sin que se pueda demostrar que dicha donación llega a un cargo público, bien como cohecho de facilitación, o para una contraprestación concreta. Podrían ser supuestos de “financiación ventajista”. Se trata de casos en los que no se produce la relación *quid pro quo*, que es básica en los delitos de cohecho y de tráfico de influencias. Son casos en los que las empresas van realizando donaciones al partido político –donaciones anónimas o que sobrepasan la cantidad legal permitida- con el fin de crear buen clima que permita a la empresa salir favorecida en un futuro. Estos casos, con algunos requisitos, podrán configurar un delito autónomo de financiación ilegal.

Cuando se trata del delito de tráfico de influencias el problema reside en que estos tipos no recogen la mera conducta de influir con prevalimiento, sino que esa influencia tiene que dirigirse a la consecución de una resolución injusta, por lo que aquellos casos en los que la influencia busque otra clase de actuación administrativa quedarán fuera de estos tipos penales.

Además, en los supuestos en los que se pueda aplicar el delito de tráfico de influencias nos encontramos con dificultades para hacer responder al donante, que en algunos casos sólo podrá responder como inductor y en otros no responderá. Así por ejemplo los supuestos en los que un cargo de un partido político solicita a una empresa una donación a cambio de interceder a su favor ante un cargo público⁴⁴.

En mi opinión, en los casos de financiación ilegal de partidos políticos en los que se ve involucrada la Administración, además de verse perturbado el correcto funcionamiento de la Administración pública, protegido en el Título XIX del CP, se pone en peligro el correcto ejercicio de la función constitucional de formación y manifestación de la voluntad popular, por ello abogo por añadir en los delitos de cohecho, de tráfico de influencias y de malversación cláusulas que agraven la

43 Desde luego el delito de blanqueo es un delito clave en los supuestos de financiación ilegal de partidos. No hay más que comprobar las investigaciones del caso Gürtel para ver la importancia del delito de blanqueo.

44 Sobre estos problemas extensamente, OLAIZOLA NOGALES, Inés. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 142.

pena y la eleven a su mitad superior⁴⁵. Con la introducción de estas cláusulas en los delitos actualmente vigentes queda clara la tipicidad de la financiación ilegal, el carácter pluriofensivo de estas conductas y no habrá riesgo de que la tipificación autónoma lleve a una sanción penal inferior de estos supuestos.

Con esta propuesta quedan tipificadas las conductas de financiación ilegal más graves. Aquellas en las que se ve involucrada la Administración y que por tanto tienen un carácter pluriofensivo. En los supuestos de delitos de cohecho y de tráfico de influencias se trata de donaciones finalistas y constituyen por tanto supuestos de financiación corrupta.

3.4.2 Supuestos en los que no se ve involucrada la Administración

Para estos casos se propone un tipo penal específico de financiación ilegal de partidos políticos ubicado en el Título XXI entre los delitos contra la Constitución, puesto que se protege como bien jurídico protegido la función que ejercen los partidos políticos hacia los ciudadanos, formando y representando la voluntad popular. Se trata de evitar las conductas que puedan suponer un peligro para este bien jurídico por acercar la posibilidad de un pacto corrupto, aunque dicho pacto no se llegue a producir efectivamente. La pena, que no he concretado deberá ser en todo caso inferior que las que sancionan los supuestos en los que se ve involucrada la Administración.

Sigo en parte las propuestas realizadas por Nieto Martín⁴⁶ y por Maroto Calatayud⁴⁷⁻⁴⁸, aunque con bastantes matices. La redacción concreta que se propone es:

1. Será sancionado con...quien con el fin de ocultar su identidad, la cuantía de una donación o cualquier otro beneficio económico, de forma contraria a la regulación relativa a la financiación de partidos políticos y de manera reiterada (aquí cabría indicar el número de veces), a favor de una formación política:

- a) fragmente la donación que efectúa o utilice una persona interpuesta;
- b) suministre datos falsos o incorrectos a la persona encargada legal o estatutariamente de llevar la contabilidad del partido político.

45 Ampliamente, *Ibidem*, p. 197. *Añadir en los arts. 419, 420, 421 y 422 – delitos de cohecho pasivo – las siguientes cláusulas*
"La pena se impondrá en su mitad superior cuando la dádiva, el regalo, o la retribución estén destinados total o parcialmente a favorecer a un partido político.

Con la misma pena será sancionado quien en nombre o por cuenta del partido reciba o acepte las ventajas a las que se refiere el apartado anterior".

Añadir en los arts. 429 y 430 –delitos de tráfico de influencias- las siguientes cláusulas

Art. 429: "La pena se impondrá en su mitad superior cuando el autor del delito sea un cargo de un partido político y busque con su conducta una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico al partido"

Art. 430: "La pena se impondrá en su mitad superior cuando la solicitud de la dádiva, del presente o de cualquier otra remuneración provenga de un cargo de un partido político y la dádiva, el presente o la remuneración tenga como destino total o parcialmente el partido político".

Añadir en los arts. 432 y 433 –delitos de malversación- la siguiente cláusula

"La pena se impondrá en su mitad superior cuando el destino de los caudales sustraídos sea un partido político. Con la misma pena responderá quien en nombre o por cuenta de un partido político reciba o acepte los caudales públicos sustraídos".

46 NIETO MARTÍN, Adán. Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13). En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006. p. 128.

47 MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Corrupción y financiación de partidos: un análisis político-criminal*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real-Toledo, 2012. p. 387.

48 Ampliamente expongo y explico los matices a estas propuestas en: OLAIZOLA NOGALES, Inés. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 193.

No se exigirá que la conducta sea reiterada, bastando con que se realice una única vez, cuando la cuantía de la donación supere de manera muy notable (aquí se puede dar una cantidad concreta de superación) la cantidad legal permitida.

2. Con la misma pena se sancionará a quien, en nombre o por cuenta del partido, solicite o acepte de forma reiterada (aquí se puede indicar el número de veces), de un mismo donante, donaciones que no cumplan la regulación relativa a la financiación de partidos políticos.

No se exigirá que la conducta sea reiterada, bastando con que se realice una única vez, cuando la donación solicitada o aceptada supere de manera muy notable (aquí se puede dar una cantidad concreta de superación) la cantidad legal permitida

3. Será sancionado con...el encargado legalmente de efectuar la contabilidad del partido político o cualquier otra documentación o comunicación que realice de forma reiterada (aquí cabría indicar el número de veces) anotaciones o comunicaciones incorrectas o fuera del plazo establecido, a favor de un mismo donante, con el fin de ocultar la existencia de una donación, su cuantía, la identidad del donante o cualquier otro beneficio económico, de forma contraria a la regulación relativa a la financiación de partidos políticos.

No se exigirá que la conducta sea reiterada, bastando con que se realice una única vez, cuando la donación supere de manera muy notable (aquí se puede dar una cantidad concreta de superación) la cantidad legal permitida.

4. Será sancionado con...el auditor de cuentas o cualquier otra persona encargada del control externo de la financiación o situación patrimonial del partido político que informe incorrectamente o silencie circunstancias relevantes con el fin de ocultar la existencia de una donación, su cuantía, la identidad de un donante o cualquier otro tipo de relación económica entre el partido y terceras personas.

En el primer párrafo se tipifican conductas de ocultamiento. El ocultamiento por sí solo puede constituir una infracción administrativa, pero la reiteración de estas conductas a favor de una misma formación política o la elevada cuantía de la donación suponen un mayor acercamiento del peligro de favorecimiento para dicho donante, en definitiva un mayor peligro de que la formación política se vea “atrapada” por dicho donante. Debe tenerse en cuenta que se elimina el *quid pro quo* que se exige, con carácter general en el delito de cohecho o en el tráfico de influencias, por ello, a cambio, se propone la inclusión del requisito de la reiteración o de la cuantía que acercan el peligro.

Propongo la introducción de un párrafo segundo en el que se sancione al miembro del partido que en nombre o por cuenta del partido acepte de forma reiterada las donaciones o cuando, aun siendo una única donación, esta sobrepase de manera muy importante el límite recogido en la Ley de financiación de partidos políticos.

Igual que en el supuesto anterior la lesividad penal de esta conducta provendrá de la reiteración o de la cuantía de la donación.

Debo advertir que a diferencia del primer párrafo, en el que se exigen conductas concretas de ocultamiento, esto es, no basta con que se efectúen, aunque sea reiteradamente, donaciones ilegales, en el segundo párrafo se sanciona la soli-

cidad o la aceptación de la donación por el cargo del partido, sin que sean precisas conductas de ocultamiento. En mi opinión, ello es coherente con la mayor exigencia a los partidos (representados por sus cargos) que a los particulares donantes, porque son los primeros los que tienen encomendadas directamente las funciones constitucionales de representación y manifestación de la voluntad popular. Por otra parte, el plus de lesividad que distingue a esta conducta, propuesta en el segundo párrafo, de la infracción administrativa correspondiente, radica en la exigencia de reiteración o en la cuantía.

En el tercer párrafo se tipifica una conducta de falsedad en la que el peligro proviene de nuevo de la reiteración de la conducta o de la cuantía de la donación. La falsedad tiene como finalidad las conductas de ocultamiento previstas en el primer párrafo. Probablemente estas conductas podrían constituir, en muchos casos, supuestos de participación de las conductas descritas en los párrafos primero y segundo, pero creo que no es incorrecta la tipificación expresa en un párrafo distinto por la importancia que tiene la tarea de los encargados del control interno del partido. Esta regulación expresa supone también incidir en la importancia que la transparencia tiene en este ámbito.

En el cuarto párrafo se incluye la sanción penal para el encargado del control externo que informa incorrectamente o silencie circunstancias relevantes. A diferencia de los casos anteriores, en este supuesto el autor es un sujeto ajeno a la formación política y goza por ello de una especial confianza por parte de las autoridades públicas de control, por ello no creo necesario introducir mayores requisitos.

REFERÊNCIAS

- BAUTISTA PLAZA, David. *La función constitucional de los partidos políticos*. Granada: Comares, 2006.
- FLORES GIMÉNEZ, Fernando. Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control de la corrupción. En: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CALATAYUD, Manuel (Dir.). *Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2014. p. 179-192.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000.
- GUTIÉRREZ RUBÍ, Antoni. Combatir la corrupción, recuperar la política. *Temas para el Debate*, n. 223, p. 46-48, 2013.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal: Parte General I*. Madrid: Universitas, 1996.
- MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción: aspectos éticos, económicos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.

- MAROTO CALATAYUD, Manuel. *Corrupción y financiación de partidos: un análisis político-criminal*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real-Toledo, 2012.
- MARTÍNEZ COUSINOU, Gloria. El control de la corrupción política: el fracaso de la reforma de la ley de financiación de partidos políticos en España. *Documentos de trabajo Instituto de Estudios Sociales Avanzados Andalucía*, Córdoba, n. 3, p. 3-103, 2007.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011.
- NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio. *Partidos políticos y “democracia interna”*. Centro de Madrid: Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- NIETO MARTÍN, Adán. Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13). En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006. p. 117-138.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- _____. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- PUENTE ABA, Luz María. *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.
- SANDOVAL, Juan Carlos. Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos. *Revista General de Derecho*, n. 22, p. 1-49, 2014.
- URQUIZA, José Manuel. *Corrupción municipal: por qué se produce y cómo evitarla*. Córdoba: Almuzara, 2005.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La corrupción política*. Barcelona: Síntesis, 2006.

DIREITO ADMINISTRATIVO E PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO*

ADMINISTRATIVE LAW AND THE PRINCIPLE OF PARTICIPATION

Janaina Rigo Santin**

RESUMO

O artigo apresenta, pelo método dedutivo, um estudo do princípio da participação no ordenamento jurídico brasileiro. A Carta Constitucional Brasileira de 1988 estabelece, em seu artigo 1.º, que o Estado brasileiro é um “Estado Democrático de Direito”, irradiando assim os valores democráticos sobre todo o ordenamento jurídico e sobre todos os elementos constitutivos estatais. Por sua vez, em seu parágrafo único optou-se pelo regime democrático representativo, isto é, as deliberações coletivas são tomadas não de modo direto pelos integrantes da sociedade, mas por representantes eleitos para esta finalidade. Porém, é importante ressaltar que este mesmo parágrafo tratou de institucionalizar formas de democracia participativa, a fim de que os cidadãos não apenas elegessem seus representantes, mas participassem pessoalmente de decisões sobre o interesse da coletividade, visando com isso uma participação democrática mais completa, capaz de ir além do direito de votar e ser votado. Intenta-se demonstrar que o princípio da participação está perfeitamente contemplado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um dos institutos que compõem a gestão administrativa moderna na busca de atingir um Estado Democrático de Direito, e não apenas um Estado de Direito.

Palavras-chave: Participação. Controle Social. Democracia Participativa. Poder Local. Constituição.

ABSTRACT

The article presents, by the deductive method, a study of the principle of participation in the Brazilian legal system. The Brazilian Constitutional Charter of 1988 establishes, in its article 1, that the Brazilian State is a “Democratic State of Right”, thus radiating the democratic values over the entire legal system and all the constituent elements of the state. On the other hand, in its single paragraph the representative democratic regime was chosen collective deliberations are taken not directly by the members of the society, but by representatives elected for this purpose. However, it is important to emphasize that this same paragraph sought to institutionalize forms of participatory democracy, so that citizens not only elect their

* Versão preliminar deste artigo foi publicada em 2006, na Revista Brasileira de Direito Constitucional n. 7, da Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), em São Paulo, p. 42-72. A presente versão encontra-se revisada e atualizada. Artigo publicado na Revista de Direito Público (Número 05. Janeiro-Junho de 2011), do Instituto de Direito Público de Lisboa. Direção Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia. Editora Almedina.

** Pós Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa, com bolsa CAPES. Doutora em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela UFSC. Advogada e professora do Mestrado em Direito e do Doutorado em História da UPF. E-mail: janainars@upf.br.

representatives but personally participate in decisions on the interest of the community, aiming at a more complete, to go beyond the right to vote and be voted on. It is tried to demonstrate that the principle of participation is perfectly contemplated in the Brazilian legal system, being one of the institutes that compose the modern administrative management in the quest to reach a Democratic State of Law, and not just a Rule of Law.

Keywords: Participation. Social Control. Participative Democracy. Local Power. Constitutional.

1 INTRODUÇÃO

A Carta Constitucional Brasileira de 1988¹ estabelece, em seu artigo 1.º, que o Estado brasileiro é um “Estado Democrático de Direito”, irradiando assim os valores democráticos sobre todo o ordenamento jurídico e sobre todos os elementos constitutivos estatais. Sua leitura atenta faz perceber que o Brasil elegeu o regime democrático de Estado de Direito, mediante uma democracia representativa, isto é, as deliberações coletivas são tomadas não de modo direto pelos integrantes da sociedade, mas por representantes eleitos para esta finalidade. Porém, tratou de institucionalizar formas de democracia participativa, a fim de que os cidadãos não apenas elegessem seus representantes, mas participassem pessoalmente de decisões sobre o interesse da coletividade, visando com isso uma participação democrática mais completa, capaz de ir além do direito de votar e ser votado. Classifica-se, portanto, o Brasil como uma democracia semidireta.

Além da tradicional participação política indireta, (por via da representação, com pluripartidarismo e sufrágio universal), tem-se também a participação política direta, definida no artigo 14 da Magna Carta por meio dos seguintes institutos: a) o plebiscito (o povo é chamado a decidir por meio de votação sobre mudança a ser introduzida nas instituições estatais) – art. 14, I; b) o referendo (submeter à apreciação do povo decisões de seus representantes) – art. 14, II e c) a iniciativa popular (o povo pleiteia coletivamente seus interesses perante seus representantes) – art. 14, III. Tais institutos configuram a primeira manifestação da democracia participativa.

Ocorre que, mesmo passados trinta anos da promulgação da Constituição de 1988, constata-se a exiguidade de proposições de leis por intermédio da iniciativa popular, possivelmente em virtude da imensa dificuldade em sua procedimentalidade. Há a exigência constitucional da adesão de um número considerável de eleitores (1% do eleitorado nacional), distribuídos pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Nota-se também a quase inexistência de referendos, talvez porque dependam de vontade política para tanto, situação também observada no plebiscito. A propósito, a utilização da instituição do plebiscito se deu, em concreto, apenas para decidir a formação de novas unidades federativas (artigo 18 parágrafos 3.º e 4.º da Constituição Federal) ou, como ocorreu em 1993, para escolha do regime político e da forma de governo

1 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

brasileiros (artigo 2.º do ADCT). E o referendo foi utilizado em 2005, de maneira inédita, para a decisão a respeito da política de desarmamento do país.

Assim, o presente artigo, pelo método dedutivo, pretende analisar o princípio da participação no direito administrativo brasileiro, tanto na esfera constitucional quanto infraconstitucional, bem como problematizar as dificuldades de sua real efetivação na gestão pública brasileira.

2 O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Além dos dispositivos de democracia participativa elencados no artigo 14 da Constituição Federal, há inúmeros outros dispositivos e institutos previstos na Constituição Federal de 1988, como os direitos fundamentais de acesso de todos à informação administrativa (art. 5.º, XIV e XXXIII) e o direito de petição e de certidão em repartições públicas (art. 5.º, XXXIV). Mencionam-se ainda: a participação dos trabalhadores em colegiados de órgãos públicos em que se discutam seus interesses (art. 10); direito de fiscalização pelos contribuintes das contas dos Municípios (art. 31, § 3.º); possibilidade de, na forma da lei, haver a participação do usuário na administração direta e indireta (art. 37, § 3.º); direito de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar irregularidades ou ilegalidade perante as Cortes de Contas (art. 74, § 2.º); obrigatoriedade de o sistema de seguridade social observar o caráter democrático e descentralizado da administração, numa gestão quadripartite (art. 194, VII). Por fim, observa-se a necessidade de uma gestão democrática no campo da saúde (arts. 197, 198, III e 227, § 1.º); da assistência social (art. 204, I); da educação (arts. 205 e 206, VI); da cultura (art. 216, § 1.º); do meio ambiente (art. 225); da criança e do adolescente (art. 227, §1.º); do aproveitamento de recursos naturais em terras indígenas (art. 231, § 3.º), sendo que aqui estão referidos alguns dos mais relevantes.

Para atendimento do valor democrático, José Afonso da Silva² entende que o funcionamento do Estado brasileiro deverá estar submetido à vontade popular, observando que o termo cidadania precisa ser visto com maior amplitude que a mera possibilidade de o cidadão ser titular de direitos políticos. A partir dessa visão, os participantes da vida do Estado devem ser reconhecidos como pessoas integradas a uma sociedade estatal, havendo uma conexão entre o conceito de soberania popular (art. 1.º, parágrafo único), o exercício dos direitos políticos (art. 14) e o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III). Esses elementos serão aliados ao direito à educação (art. 205), consubstanciando-se em base e meta essencial do regime democrático. Porém, no entender do autor³ os partidos políticos protagonizam quase com exclusividade a cena política. Nas palavras de Britto, os institutos participativos ainda são em reduzido número e têm “baixo teor de eficacidae, patenteando o abismo que se rasga entre as promessas de arejamento político da Carta em vigor e os efeitos práticos que ela pode deflagrar

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 104-105.

3 *Ibidem*, p. 145.

por si mesma”.⁴ A realidade demonstra que há grande dificuldade das instâncias governamentais em partilhar seu poder decisório com a população que os elegeu, tornando quase que inócuos os dispositivos constitucionais supra elencados.

Para enfrentar essa situação, Konrad Hesse dispõe que é preciso fortalecer a força normativa da Constituição. Baseando-se nos ensinamentos de Burckhardt, o autor salienta que aquele que se mostra “disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”.⁵

Logo, não há necessidade de se estabelecer uma lei específica que regule o princípio da participação popular, tendo em vista que este é um princípio intrínseco do ordenamento jurídico brasileiro, assim como o são os princípios da supremacia do interesse público ante o privado, da finalidade, da segurança jurídica, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação. Para esses, não se exige que estejam dogmatizados para serem reconhecidos e aplicados no regime jurídico-administrativo brasileiro, inclusive num patamar superior ao das regras dogmatizadas.

O que se busca defender no presente estudo é que o princípio da participação popular se configura como um subprincípio decorrente do princípio democrático, da própria definição do Brasil como sendo um Estado democrático de direito, no qual o poder é exercido tanto pela forma representativa quanto participativa (art. 1.º da Constituição de 1988). Portanto, é preciso reconhecer a força normativa do princípio da participação popular, assim como são reconhecidos os demais princípios administrativos constitucionais explícitos e implícitos integrantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Indo ao encontro do entendimento que eleva a categoria participação a princípio constitucional, advindo como derivação do princípio democrático, que lhe dá sustentação e efetividade, são as considerações de Humberto Bergmann Ávila.⁶ Para o autor, ao se aplicarem as regras estipuladas no ordenamento jurídico brasileiro tanto em âmbito constitucional quanto infraconstitucional deverá ser observado, em conjunto, o princípio democrático e da participação, ambos de força constitucional, bem como princípio da transparência, de força infraconstitucional.

Por sua vez, J. J. Gomes Canotilho⁷ posiciona o princípio democrático como norma jurídica constitucionalmente positivada. É superior a um método ou técnica de os governados escolherem os governantes, aspirando tornar-se impulso dirigente de uma sociedade. E continua afirmando ser o princípio da participação uma derivação do princípio democrático. No intuito de democratizar a democracia, o autor afirma que deverão ser intensificados os processos da participação direta e ativa dos cidadãos no processo decisório.⁸ Afinal, democracia, no dizer

4 BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 189, p. 122, jul./set. 1992.

5 BURCKHARDT apud HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 22.

6 ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 281-285.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 293.

de José Afonso da Silva,⁹ não é só um valor-fim, mas um meio e instrumento de realização e valores essenciais de convivência humana. Não é um “conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”. Trata-se de um “processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”.¹⁰ Para tanto, Antonio Carlos Wolkmer¹¹ enfatiza a necessidade de se atingir estruturas mais horizontalizadas na gestão pública, capazes de privilegiar uma aproximação maior do cidadão como usuário dos serviços públicos, métodos de gestão mais participativos e a instituição de critérios de avaliação de desempenho da representação política.

O Estado democrático funda-se nesses valores que expressam o princípio da soberania popular (poder emanado do povo, pelo povo e para o povo). A crítica que aqui se faz é que, em sociedades complexas como a atual, esses valores democráticos não estão sendo alcançados apenas pela democracia representativa tradicional, advinda do Estado liberal. É preciso uma participação efetiva da população na gestão da coisa pública, unindo-se institutos de representação com institutos de participação, visando responder à crise de legitimidade de que padece a democracia moderna.

Na democracia representativa, caracterizada pelo direito de escolher, por meio do voto, os representantes no exercício do poder, o povo não produz democracia, mas a recebe. Não é produtor, mas sim consumidor: escolhe, entre duas ou mais ofertas, aquela que mais lhe convém. A partir disso, observa-se na democracia representativa a força dos detentores do poder econômico e das classes privilegiadas da sociedade, os quais têm acesso facilitado aos meios de comunicação, participando “dos processos eleitorais de uma forma muito mais favorável”.¹² Isso não invalida a democracia representativa, mas alerta sobre a necessidade de serem criadas “novas e criativas formas de influir no poder, para torná-lo sempre mais democrático”. Um processo de democratização radical da democracia, obtido a partir de instituições novas, modificação das instituições já existentes ou ruptura de instituições tradicionais que apresentem um viés autoritário e unilateral.¹³

Permitir, a partir dessa nova realidade, a partilha das decisões administrativas, gerando “dois focos de poder democrático: um, originário do voto; outro, das instituições diretas de participação”,¹⁴ inaugurando novos métodos tanto de decisão como de controle do Estado e do governo. Nesse sentido, salutar as considerações de Clémerson Merlin Clève, para o qual a questão da democracia não pode ser posta apenas em termos de representatividade. Não há dúvida que em Estados como os modernos não há lugar para a prescindibilidade da representação política. Os Estados modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 126.

10 Ibidem.

11 WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

12 GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento participativo: a experiência de Porto Alegre*. 2. ed. São Paulo: Perseu Abramo, 1997. p. 17-18.

13 Ibidem, p. 18.

14 GENRO; SOUZA, op. cit., p. 19.

da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o Legislativo e para o Executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal.¹⁵

Assim, o princípio democrático abraça postulados de uma teoria democrática representativa e participativa, prevendo não só órgãos representativos, eleições periódicas, pluripartidarismo como também processos capazes de oferecer aos cidadãos efetivas condições de controle e de participação no processo decisório.¹⁶

Em realidade, em vista do acima exposto, constata-se que, mediante a efetivação do princípio da participação, surge uma “evolução da democracia representativa, exercida a cada quatro anos, para uma democracia participativa e permanente”,¹⁷ capaz de combinar a tradição política de democracia representativa (com eleições periódicas) com a participação popular (em formas de co-gestão), “para que os representantes eleitos pelo sufrágio universal e os participantes da democracia direta e voluntária gerem decisões cada vez mais afinadas com os interesses da maioria”.¹⁸

Acompanhando o entendimento de Carlos Ayres Britto, o princípio da participação popular é tido como expressão de poder político máximo, exercício da soberania do povo. Significa a participação do povo, de forma singular ou associativa, no exercício do poder de criar a norma jurídica estatal e na formação da vontade normativa do Estado. Uma instância deliberativa, exercida em conjunto com os representantes eleitos por esse mesmo povo. A participação popular, “[...] introduz na democracia representativa do Brasil um elemento da chamada democracia direta, ou ‘participativa’ [...] em que setores privados têm sua presença assegurada

15 CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 16-17.

16 Explicando o sistema constitucional português, J. J. Gomes Canotilho faz uma ligação entre o princípio democrático e o princípio da participação. Para o autor, “as premissas antropológico-políticas da participação são conhecidas: o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política (orientação de ‘input’). Entre o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia como otimização de participação, a Lei Fundamental ‘apostou’ num conceito ‘complexo normativo’, traduzido numa relação dialéctica (mas também integradora) dos dois elementos – representativo e participativo” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 282-283). Ressalva-se aqui o objetivo de visualizar a doutrina de J. J. Gomes Canotilho dentro do regime jurídico-administrativo brasileiro, já que ambos partem das mesmas premissas, diferindo apenas na questão terminológica. Os portugueses qualificam seu estado como Estado de Direito Democrático, qualificando o Direito e não o Estado. Já o Brasil define-se como Estado Democrático de Direito, qualificando diretamente o Estado, irradiando os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica, como bem lembra Afonso da Silva: “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) [...] participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 119-120).

17 GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento participativo: a experiência de Porto Alegre*. 2. ed. São Paulo: Perseu Abramo, 1997. p. 28

18 Ibidem, p. 22.

nos colegiados dos órgãos e entidades da Administração Pública. [...] Em suma, os novos institutos da democracia direta redimensionam o princípio constitucional da soberania popular, permitindo-nos falar de uma democracia participativa”.¹⁹

A respeito de participação popular e democratização, assim preleciona Pedro Jacobi:

A noção de participação é concebida, principalmente, enquanto facilitadora de uma maior eficiência da ação estatal e de ampliação das garantias de cidadania. Participação é o encontro entre instituições representativas, partidos e administração, por um lado, e os movimentos e organizações sociais que existem, independentemente dos partidos políticos e dos mecanismos participativos, por outro. Quando se fala de participação dos cidadãos, deve-se enfatizar que se trata de uma forma de intervenção na vida pública com uma motivação social concreta, que se exerce de forma direta, e de um método de governo baseado num certo grau de institucionalização das relações Estado/Sociedade. A extrema urgência do atendimento das demandas sociais força a necessidade de dar respostas, que viabilizem a possibilidade de implantar programas de forma ágil e democrática. Assim, num contexto de pressão social, a participação deve existir, num processo de interação entre Estado e Cidadãos. Neste sentido a administração se configura enquanto uma efetiva potencializadora de ampliação das práticas comunitárias através do estabelecimento de um conjunto de mecanismos institucionais, que reconheçam direitos efetivamente exercíveis. Para que isto ocorra é necessário que, da sociedade civil, surjam interlocutores coletivos, grupos comunitários e movimentos sociais, que tornem possível uma participação ativa e representativa, sem que o Estado exija quaisquer tipos de dependência administrativa e financeira, rompendo com os procedimentos populistas, autoritários e clientelistas.²⁰

No que tange à similitude entre o instituto do controle social e o princípio da participação popular, ressalta-se o alerta de Juarez Freitas:²¹ controle social não se equipara à participação popular na gestão da coisa pública, sendo esta mais abrangente que aquele. Embora para ambos seja imprescindível a atuação de uma cidadania ativa, tais mecanismos apresentam fins diversos. O controle social dá-se após os atos serem tomados pelo gestor público, dos quais deverá ser efetuada a devida prestação de contas e, a partir disso, a cidadania verificará o atendimento ao interesse público e aos princípios administrativos como a legalidade, eficiência, publicidade, moralidade, impessoalidade, dentre outros. Já a participação popular mostra-se um instituto democrático mais amplo, colocando a cidadania em posição conjunta ao poder público na definição dos destinos do governo e das políticas públicas.²²

19 BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

20 JACOBI, Pedro. Os desafios da participação e do protagonismo cidadão. In: PORTO ALEGRE. Prefeitura. *O papel do público e do privado na construção da cidade*: resumos. Porto Alegre, 1993, p. 21.

21 FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 11, p. 13-26, jul./set. 2001.

22 Na reflexão de Juarez Freitas, “O controle social não substitui nem faz dispensáveis os valiosos mecanismos da democracia participativa [...] o controle social deve viabilizar e fortalecer a democracia representativa, ciente de que representa, sobretudo,

Já Fernando Herren Aguillar entende, ao contrário, que a “participação popular é uma espécie do gênero controle social”. Entretanto, o autor afirma que isso é um mero jogo de palavras, importando em realidade o escopo nelas embutido. Para ele, é preciso regulamentar o controle social a ser exercido pelos administrados, institucionalizá-lo, pois a sua ausência permite um “domínio regulatório absoluto do Estado nas atividades sociais”. É mister garantir que a população possa influenciar o exercício do poder, abrindo espaços institucionais para tanto, sempre albergados pelo aparelho jurídico estatal e pelo Direito.²³

Contrariamente, Fabiana de Menezes Soares²⁴ conclui que o controle social está inserido dentro do princípio da participação, mais amplo. Para ela, o controle social “é modo de participação popular, é expressão do poder político, o mesmo que cria normas e dá forma às instituições, não se traduzindo de modo algum em mera faculdade”. De nada adiantaria contar com o poder de participar da gestão pública, do exercício do poder, se não houver condições de controlá-lo quando este não atingir a finalidade maior para a qual está instituído: o bem comum. Mas a autora alerta a necessidade de criação de canais de operacionalização dessa participação popular, impedindo que ela caia no vazio por dificuldades de efetivação.

Por sua vez, Carlos Ayres Britto²⁵ também distingue o princípio da participação popular do instituto do controle social do poder – mecanismo integrante do regime jurídico-administrativo brasileiro, atuante de modo conjunto ao controle externo e interno da administração – dizendo que este se trata de expressão de direito público subjetivo derivado do exercício dos direitos de liberdade e cidadania, regulados no Título II, capítulo I da Magna Carta e não expressão de poder, como é o princípio da participação popular. No mesmo sentido é a reflexão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,²⁶ para o qual a participação pode ser caracterizada como um fenômeno do poder, uma manifestação de poder que atua sobre outra. Logo, haverá “participação no sentido juspolítico sempre que seja reconhecida pela ordem jurídica a possibilidade de atuação, mais ou menos formal, de indivíduos ou de grupos (poder individual ou grupal), na ação do Estado (poder estatal)”.

Ao exercitar a faculdade do controle, a pessoa privada apenas peticiona ao Poder Público, encaminhando-lhe uma representação, reclamação, requisição de certidão, denúncia (como, por exemplo, no artigo 74, parágrafo 2.º da Constituição Federal de 1988). É um direito subjetivo, assim como é o direito de locomoção, o respeito à integridade física e moral e tantos outros dispositivos constitucionais. Logo, controle é direito e não forma de exercício do poder político. Já a participação popular é emanção da soberania popular, é o poder do povo de intervir nos negócios do Estado e, em conjunto com os representantes eleitos, decidir sobre as

preciosa maneira adicional de participação popular, cuja ampliação permite sonhar com uma gestão pública menos irresponsável e assimétrica, mais madura, justa e legítima”. FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 11, p. 16, 26, jul./set. 2001.

23 AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 292.

24 SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação*: cidadania, direito, estado, município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 77.

25 BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

26 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 202.

questões de políticas públicas. Mediante a participação popular há a introdução na representação brasileira de elementos participativos ou de democracia direta “em que setores privados têm sua presença assegurada nos colegiados dos órgãos e entidades da Administração Pública”.²⁷

Nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira de 1988 representou um avanço em termos de admissibilidade de modalidades de participação política, tanto individual como coletiva. Visou, mediante a mobilização da participação popular na condução da política e das atividades do governo, fortalecer a legitimidade do poder, quebrando-se anos de afastamento entre o Estado e a sociedade, amordaçada por anos de ditaduras e golpes de Estado.

O Estado de direito impõe a observância do princípio da legalidade; já o Estado democrático de direito exige também um controle da legitimidade das decisões administrativas.²⁸ Essa legitimidade só poderá advir da participação popular na gestão da coisa pública; portanto, a mera representação política mostra-se instrumento insuficiente, neste limiar do século XXI, para a legitimação do poder estatal. E ainda, a participação popular, além de conferir a legitimidade às decisões, configura-se também como solução pedagógica, pois

[...] devolve à grande massa o interesse pela política, o trato da coisa comum, levando-a a um aprendizado permanente pelo *trial and error* e pelo exercício do senso comum. [...] Em suma, se a crise de governabilidade deve ser entendida, basicamente, como uma crise de legitimidade, a participação política está na raiz da solução. Em outras palavras: para preservar a democracia nada mais é preciso senão mais democracia.²⁹

Para a concretização do princípio da participação será preciso elaborar uma articulação dialética entre a sociedade civil e o Estado. Romper-se com o modelo de desenvolvimento paternalista e altamente centralizado de o Estado assumir a responsabilidade total em resolver os problemas dos indivíduos. Reconhecer a ideia de que um Estado que devolve à comunidade o poder de decidir sobre seu futuro, potencializando a cidadania e a participação popular, fortalece-se a si mesmo.³⁰

Nesse sentido, reconhece-se a forte presença do princípio da participação na legislação tanto em âmbito da Constituição Federal de 1988 como também nas constituições estaduais e, por fim, em âmbito infraconstitucional, abordando-se no próximo item alguns exemplos de dispositivos legais que acompanham a teleologia do princípio da participação presente na Magna Carta de 1988. Trata-se de uma tendência a institucionalizar novas maneiras de participação direta dos indivíduos na gestão da coisa pública, ultrapassando o aspecto formal da representação política.

27 BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122, jul./set. 1992

28 MOREIRA NETO, op. cit., p. 65.

29 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 20-31.

30 MOLINA SAUCEDO, Carlos Hugo et al. *Apre(he)ndiendo la participación popular: análisis y reflexiones sobre el modelo boliviano de descentralización*. La Paz: Offset Boliviana EDOBOL, 1996.

3 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL

No que tange ao estudo do princípio da participação, é interessante trazer à baila a posição adotada pelo Estado do Rio Grande do Sul, em que o princípio da participação é recepcionado pela Carta Estadual. Desde o seu preâmbulo nota-se a adoção de um regime de governo democrático, a ser exercido mediante formas representativas e também participativas.

Ao trabalhar com o título I – Dos Princípios Fundamentais, em seu art. 1.º, a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul adota os mesmos princípios fundamentais e direitos individuais, coletivos, sociais e políticos universalmente consagrados pela Magna Carta de 1988. Já o seu art. 2.º dispõe que a soberania popular será exercida mediante sufrágio universal, voto direto, secreto e de igual valor e ainda mediante as manifestações diretas do plebiscito, referendo e iniciativa popular (este, em particular, tratado na subseção IV do referido diploma legal, arts. 68 e segs.).

Ao dispor sobre Administração Pública, em seu art. 19 a Carta Estadual elenca dentre os princípios a serem observados pela Administração Pública direta e indireta o princípio da participação. Salienta-se que aqui a carta estadual foi além da Magna Carta de 1988, tornando explícito para a Administração Pública estadual e municipal o princípio da participação. E reafirma no inciso III do referido artigo que a Administração organizar-se-á visando aproximar os serviços públicos dos beneficiários ou destinatários. E no seu parágrafo 2.º estabelece que a gestão deverá se dar de maneira partilhada com os conselhos populares.³¹

Em continuidade aos dispositivos da Constituição Estadual que reafirmam o princípio da participação observa-se o art. 23, o qual possibilita a todos o acesso à informação administrativa, repetindo dispositivos constitucionais. No art. 25 determina-se que as empresas sob controle estatal e fundações públicas deverão ter na sua diretoria, no mínimo, um representante dos empregados. Ao tratar das funções e atribuições do Ministério Público, a Carta Estadual rio-grandense, em seu art. 111, V, incumbe ao *parquet*, nos termos de lei complementar, “receber petições, reclamações e representações de qualquer pessoa por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal, nesta Constituição e nas leis”. No art. 126 possibilita-se a participação da sociedade civil atuante em Conselhos de Defesa e Segurança da Comunidade nos assuntos atinentes à segurança pública estadual, na forma da lei.

Ao tratar sobre finanças públicas, o art. 146 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul remete o assunto à lei complementar, devendo esta observar os princípios constitucionais e de lei complementar federal. Aqui se relembram os dispositivos da Magna Carta de 1988 referentes à participação popular, bem como

31 Art. 19. A administração pública, direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à preservação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõe, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação e o seguinte: [...] III - a administração pública será organizada de modo a aproximar os serviços disponíveis de seus beneficiários ou destinatários; [...] § 2.º A ação político-administrativa do Estado será acompanhada e avaliada, através de mecanismos estáveis, por Conselhos Populares, na forma da lei. RIO GRANDE DO SUL. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. Texto constitucional de 3 de outubro de 1989 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n.º 1, de 1991, a 73, de 2017. Porto Alegre, 1989. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358>. Acesso em: 5 ago. 2018.

os princípios e as regras dispostos na Lei Complementar n.º 101/2000. Salienta-se a positivação da participação popular na elaboração das peças orçamentárias (art. 149, parágrafo 4.º da Constituição Estadual com as alterações da Emenda Constitucional 30/2002), assim dispondo: “os orçamentos anuais, de execução obrigatória, compatibilizados com o plano plurianual, elaborados com participação popular na forma da lei, e em conformidade com a lei de diretrizes orçamentárias, serão os seguintes: [...]”.³² E ainda há a possibilidade, pelo art. 150, parágrafo 6º, de serem “apresentadas emendas populares aos projetos de lei do plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, desde que firmadas por, no mínimo, quinhentos eleitores ou encaminhadas por duas entidades representativas da sociedade”.³³

Note-se no seguinte parágrafo 7.º a obrigatoriedade de plena divulgação à cidadania das leis orçamentárias, franqueando-as ao público trinta dias antes de sua submissão ao plenário.

No que tange à política de desenvolvimento estadual e regional, a Constituição Estadual rio-grandense, em seu art. 167 determina que a definição das “diretrizes gerais, regionais e setoriais da política de desenvolvimento caberá a órgão específico, com representação paritária do Governo do Estado e da sociedade civil”. Garantido pelo art. 168 o acesso aos cidadãos de informações sobre “qualidade de vida, meio ambiente, condições de serviços e atividades econômicas e sociais, bem como a participação popular no processo decisório”.³⁴

Já a política estadual de habitação deverá estar articulada com as comunidades organizadas (art. 173). Quanto à segurança social, o art. 190 (com a redação da Emenda Constitucional 49/2005) dispõe que “será estimulada e valorizada a participação da população, através de organizações representativas, na integração e controle da execução das ações mencionadas neste artigo”.³⁵ A política de ensino, por sua vez, deverá embasar-se na democracia e no respeito aos direitos humanos (art. 196), primando pela gestão democrática do ensino público (art. 197, VI, o qual é regulamentado pela Lei n.º 10.576/95). Atenta-se para a instalação de um Conselho Estadual de Educação (art. 207), com poderes consultivos, fiscalizadores, normativos e deliberativos, composto em grande parte por membros indicados pela comunidade escolar. As escolas públicas deverão estar à disposição da comunidade e contarão com conselhos escolares constituídos pelos diretores da escola e por representantes da comunidade escolar. No que tange à cultura também haverá um Conselho Estadual de Cultura para atingir a gestão democrática da política cultural (art. 225), devendo ser composto por representantes das

32 RIO GRANDE DO SUL. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. Texto constitucional de 3 de outubro de 1989 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n.º 1, de 1991, a 73, de 2017. Porto Alegre, 1989. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&abid=3683&mid=5358>. Acesso em: 5 ago. 2018.

33 Ibidem.

34 RIO GRANDE DO SUL. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. Texto constitucional de 3 de outubro de 1989 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n.º 1, de 1991, a 73, de 2017. Porto Alegre, 1989. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&abid=3683&mid=5358>. Acesso em: 5 ago. 2018.

35 Ibidem.

entidades culturais. Já a política estadual de ciência e tecnologia estará destinada a órgão específico criado por lei, o qual deverá conter representação de segmentos da comunidade científica e dos cidadãos (art. 235). Para a comunicação social, a carta estadual possibilita amplo acesso dos meios de comunicação social estatais aos partidos políticos, sindicatos, organizações profissionais, comunitárias, culturais e ambientais defensoras dos direitos humanos e da liberdade de expressão e informação social (art. 239).

No que tange à saúde, o art. 242, IV determina que as ações e serviços públicos de saúde deverão observar a “participação, com poder decisório, das entidades populares representativas dos usuários e trabalhadores da saúde, na formulação, gestão, controle e fiscalização das políticas de saúde”.³⁶ Para a definição de políticas e programas de proteção da criança, adolescente e idoso, possibilita-se a participação e entidades da sociedade civil (art. 260 com redação da Emenda Constitucional 61/2011), destinando-se a coordenação, acompanhamento e fiscalização de tais programas a conselhos comunitários compostos também por segmentos da sociedade civil organizada (art. 260, parágrafo 1.º). E, no que tange à política de defesa do consumidor, deverá ser planejada e executada pelo Poder Público, sempre com a “participação de entidades representativas do consumidor, de empresários e trabalhadores” (art. 267).

Nessa feita, por todos os dispositivos acima elencados enfatiza-se a necessidade de observância do princípio da participação também em âmbito de Constituição Estadual, pelo menos no que tange ao Rio Grande do Sul. Trata-se de norma principiológica e também de regra, positivada em cada situação concreta acima tratada (saúde, educação, cultura, direito do consumidor, proteção à criança, adolescente, idoso, política de desenvolvimento estadual e regional etc.).

Por fim, ao tratar da política urbana, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 177, aponta a necessidade de participação das entidades comunitárias na formulação do Plano Diretor Municipal e das diretrizes gerais de ocupação do território Municipal:³⁷

Art. 177. Os planos diretores, obrigatórios para as cidades com população de mais de vinte mil habitantes e para todos os Municípios integrantes da região metropolitana e das aglomerações urbanas, além de contemplar os aspectos de interesse local, de respeitar a vocação ecológica, o meio ambiente e o patrimônio cultural, serão compatibilizados com as diretrizes do planejamento do desenvolvimento regional. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 44, de 16/06/04).

[...]

§ 5.º - Os Municípios assegurarão a participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração

36 RIO GRANDE DO SUL, op. cit., 1989.

37 RIO GRANDE DO SUL. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. Texto constitucional de 3 de outubro de 1989 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n.º 1, de 1991, a 73, de 2017. Porto Alegre, 1989. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358>. Acesso em: 5 ago. 2018.

e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes.

O dispositivo legal supra é destinado a atender ao mandamento constitucional federal disposto no artigo 29, XII, o qual prevê a efetiva participação das entidades locais no planejamento municipal. Dessa forma, no planejamento dos municípios integrantes do Estado do Rio Grande do Sul exige-se, como elemento obrigatório, a participação popular. Para tanto, não basta a mera publicidade dos atos administrativos dessa natureza, mas a efetiva asseguarção da participação – mediante audiências públicas – de entidades comunitárias legalmente constituídas para a elaboração do plano diretor, diretrizes gerais de ocupação do território, bem como para a elaboração e execução dos planos, programas e projetos a eles concernentes. Nesse sentido, observa-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem atendendo a esses dispositivos constitucionais, declarando a inconstitucionalidade formal de planos diretores e de suas alterações que não contemplem o princípio da participação popular, conforme arestos abaixo relacionados:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA. LEI 1.458/2000 QUE ESTABELECE NORMAS SOBRE EDIFICAÇÕES NOS LOTEAMENTOS E ALTERA O PLANO DIRETOR DA SEDE DO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. Ausência de participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do Plano Diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes. Violação ao § 5.º do art. 177 da Carta Estadual. Precedentes do TJRS. Eficácia da declaração excepcionalmente fixada, a teor do artigo 27 da Lei 9.868/99. Ação Precedente.³⁸ ADIN. Lei n.º 526/99 do Município de Imbé, que dispõe sobre normas para edificações. Inconstitucionalidade por vício formal na produção da norma. O art. 177, § 5.º da Carta Estadual exige que na definição do Plano Diretor ou diretrizes gerais de ocupação do território, os municípios assegurem a participação de entidades comunitárias legalmente constituídas. Dispositivo auto-aplicável. Vício formal no processo legislativo e na produção da lei. Ausência de controle preventivo de constitucionalidade. Leis municipais do Rio Grande do Sul sobre política urbana devem obedecer à condicionante da publicidade prévia e asseguarção da participação de entidades comunitárias, pena de materialização de vício formal por ofensa à democracia participativa. Violação frontal ao § 5.º do art. 177 da Carta Estadual. ADIN julgada precedente.³⁹

No mesmo sentido verifica-se a ADIN n.º 70002576239, interposta contra Lei Complementar n.º 45, de 19 de março de 2001, a qual acrescenta parágrafo

38 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 700003026564*. Relator: Desembargador Clarindo Favretto. Procurador-Geral de Justiça e Câmara Municipal de Vereadores de Capão da Canoa e Município de Capão da Canoa, 16 set. 2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2003

39 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 70001688878*. Relator: Desembargador Vasco Della Giustina. Procurador-Geral de Justiça e Município de Imbé, 03 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2003.

único ao art. 52 da Lei Complementar n.º 05, de 3 de maio de 1996, instituidora do Plano Diretor Urbano do Município de Bento Gonçalves, cujo teor da justificativa da ementa é o mesmo desta citação.⁴⁰

Nota-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul está trabalhando no sentido de garantir o atendimento dos dispositivos constitucionais concernentes à participação popular, em que pese privilegiar sua aplicação na definição do Plano Diretor e no planejamento municipal, a partir da fundamentação constitucional estadual acima posta. Mas, para os demais atos da gestão administrativa e nos demais Estados-membros da Federação brasileira há, ainda, dificuldades na efetiva aplicação do princípio constitucional da participação popular, como também das regras constitucionais que tratam desse assunto, como o artigo 29, inciso XII da Magna Carta e demais artigos supramencionados.

4 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A partir das considerações apostas nos itens supra, nota-se o acolhimento do princípio da participação no ordenamento jurídico brasileiro em âmbito da Magna Carta de 1988 e também na Constituição Estadual do Rio Grande do Sul. Deriva-se, em especial, do princípio democrático estabelecido no art. 1.º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, o qual proporciona na democracia brasileira a utilização de mecanismos representativos conjugados a mecanismos diretos de participação da cidadania na gestão pública. Porém, recepcionando os mandamentos constitucionais, verifica-se que o princípio da participação lança suas luzes por todo o ordenamento jurídico brasileiro, presente também na legislação infraconstitucional brasileira, reguladora da Administração Pública e do fenômeno estatal.

Talvez a forma mais prestigiada de participação popular prevista na legislação infraconstitucional brasileira seja a das audiências públicas. Acompanhando a reflexão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁴¹ a audiência pública caracteriza-se – e nisso se distingue dos demais institutos de participação – pela formalidade de seu processo e pela eficácia vinculatória de seu resultado. O autor classifica a audiência pública como uma espécie do subgênero participação administrativa, a qual está, por sua vez, inserida no gênero participação política. Trata-se de um instrumento de vanguarda para o aperfeiçoamento da legitimidade, contribuindo para que a democracia não seja apenas uma técnica formal de escolha periódica dos governantes, mas também de escolha permanente de como os administrados querem ser governados. Enfatiza-se aqui a relação que Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz entre a legitimidade do exercício do poder, consensualismo e as audiências públicas. Para o autor as audiências públicas constituem-se num processo administrativo de participação aberto a indivíduos e grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da

40 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 70002576239*. Relator: Desembargador Vasco Della Giustina. Procurador-Geral de Justiça e Município de Bento Gonçalves, 01 abr. 2002. Disponível em: < <http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2003.

41 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 199-219.

legitimidade das decisões da Administração pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual.⁴²

Além de garantir maior legitimidade às decisões, as audiências públicas servirão para o aperfeiçoamento do princípio da publicidade num duplo aspecto: de um lado, propicia a obtenção de dados sobre a gestão administrativa por parte dos administrados; de outro, leva a Administração a ter acesso a um mais amplo conhecimento acerca da realidade de seus administrados.⁴³

Agustín Gordillo lembra que as audiências públicas são a concretização de um princípio clássico do direito constitucional argentino: a garantia de ouvir os interessados (cidadãos) antes de se tomar uma decisão que possa afetar direitos ou interesses de uma comunidade. Essa conduta deverá ser um norte ao administrador, adotada, em especial, quando se trata do controle dos serviços públicos delegados à iniciativa privada, para os quais o autor ressalta a necessidade de incorporar a audiência pública como requisito prévio à emanação do ato de delegação, sob pena de nulidade absoluta. Lembra o autor que a obrigação de participação está reconhecida tanto na Constituição Argentina como também em outras normas e tratados supranacionais e internacionais: o Pacto de São José da Costa Rica (art. 23.1), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 21.1), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 25) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (arts. XIX e XX).⁴⁴

Mas a audiência pública não deve se restringir apenas às delegações de serviços públicos e sim ser estendida aos demais atos administrativos, tornando efetiva a participação popular como parte do procedimento decisório das políticas públicas. A cidadania participará do processo decisório de forma ativa, com direitos de natureza procedimental a serem respeitados e não só como mero telespectador passivo das decisões unilaterais dos governantes. Submeter ao debate público projetos de lei capazes de afetar substancialmente os interesses dos cidadãos, tudo com clareza, transparência e suficiente grau de detalhamento. Afinal, no dizer de Agustín Gordillo,⁴⁵ ouvir os administrados, consumidores e interessados em geral constitui um critério de sabedoria política, favorecedor dos próprios administradores, os quais ao realizar a consulta popular terão maior facilidade na efetivação das políticas públicas, menor possibilidade de erro na escolha das prioridades e, portanto, maior legitimidade no exercício do poder. Trata-se de um mecanismo idôneo de formação do consenso da opinião pública a respeito da conveniência e juridicidade dos atos administrativos; uma garantia objetiva de transparência dos procedimentos estatais; um elemento de democratização do poder e, por fim, um modo de participação do cidadão na gestão pública, indo ao encontro dos mais elevados princípios constitucionais e políticos e também das diretrizes supranacionais.

42 Ibidem.

43 MOREIRA NETO, op. cit., p. 206-208.

44 GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. tomo 2, p. XI-1 a XI-7.

45 Ibidem.

Infelizmente, é sabido que os gestores públicos são bastante reticentes em aplicar as regras de participação popular, em especial no que tange às audiências públicas, pois, em verdade, conforme denuncia Agustín Gordillo,⁴⁶ têm medo de confrontar-se com seus eleitores e/ou temem precisar alterar suas metas pessoais em prol das escolhas da cidadania. Preferem atuar por si, sem consulta popular, e enfrentar *a posteriori* as críticas da opinião pública e da justiça.

Nos itens seguintes será tratada a previsão da participação popular em algumas leis que integram o regime jurídico-administrativo. Nota-se que, apesar de todas elas positivarem a obrigatoriedade da realização de audiências, na prática muitas vezes observa-se frustração dos dispositivos constitucionais. As causas são as mais diversas: falta do interesse público em vincular-se aos mandamentos legais, descumprindo o procedimento obrigatório de participação popular; ausência ou quase nenhuma divulgação à população da realização da audiência pública, a qual se dá apenas para cumprir uma formalidade legal; desinteresse dos cidadãos em participar do processo de audiência pública, o que torna inócuo todo o procedimento; caráter meramente consultivo e não deliberativo das audiências públicas, o que possibilita que o gestor consulte a população, porém não esteja vinculado às proposições advindas dos anseios populares.

4.1 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO LICITATÓRIO

A participação popular no processo licitatório é observada em algumas regras que regulam o procedimento. Nesse sentido, a Lei de Licitações de n.º 8.666/93 permite a qualquer cidadão a participação em todas as fases do processo licitatório, desde que não venha a interferir ou perturbar os trabalhos (art. 4.º). Possibilita-se que qualquer cidadão participe da licitação, já que é pública e deverá respeitar o princípio da isonomia, selecionando a proposta mais vantajosa à Administração (art. 3.º).

Para facilitar o controle social, a lei de licitações garante a qualquer cidadão o direito de requerer “à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada” (art. 7.º, parágrafo 8.º). E na publicação do edital de licitação abre-se a possibilidade de qualquer cidadão o impugnar por irregularidades na aplicação da Lei n.º 8.666/93 (art. 41, parágrafo 1.º).

Já no que se refere ao mecanismo da audiência pública, tem previsão na matéria de licitações e contratos administrativos no artigo 39, caput da Lei n.º 8.666/93, o qual obriga a realização de audiências públicas para dar-se início ao processo licitatório sempre que o valor estimado do objeto de uma licitação ou de um conjunto de licitações sucessivas ou simultâneas exceder a cem vezes o limite previsto para a obrigatoriedade de concorrência para obras e serviços de engenharia acima de um milhão e quinhentos mil reais (estabelecido no artigo 23, I, alínea “c”).

Assim, o procedimento licitatório deverá ser iniciado, obrigatoriamente, por uma audiência pública concedida pela autoridade responsável, com antecedência mínima de quinze dias úteis da data prevista para a publicação do edital e com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos

⁴⁶ GORDILLO, op. cit., p. XI-10.

meios previstos para a publicidade da licitação. A ela terão acesso e direito a se manifestar e obter as pertinentes informações quaisquer interessados. Lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, se não realizada, poderá ser anulado todo o processo licitatório.⁴⁷

E, no seu artigo 43, parágrafo 1.º, há a obrigatoriedade de abertura dos envelopes-documentação para habilitação e dos envelopes-proposta na licitação na modalidade de concorrência deverá ser feita em sessão pública designada com antecedência, a fim de serem apreciados e/ou impugnados pelos presentes, cuja ata será assinada por todos.

4.2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

Em matéria ambiental, salienta-se que a ampla previsão participativa constitucional do artigo 225, *caput*, é regulada pelo artigo 8.º, II, da Lei n.º 6.938/31 (com as alterações da Lei 8.028/90), o qual autoriza o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) a determinar, sempre que necessário, a convocação de entidades privadas para prestar informações na apreciação de estudos de impacto ambiental e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional. Tal previsão está regulada na Resolução n.º 009/87 do Conama, dispondo no seu artigo 2.º, *caput*, que esta prestação de informações deverá ser processada por meio de audiência pública sempre que se julgar necessário ou quando solicitado por entidade civil, Ministério Público ou cinquenta ou mais cidadãos. Caso solicitada e não observada essa formalidade, poderá ser declarada inválida a licença ambiental que vier a ser outorgada.

Da mesma forma, a Resolução do CONAMA n.º 237 de 1997, em seu artigo 3, estabelece que “A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação”. Trata-se de disposição que está em consonância com o artigo 2, inciso XIII, do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001)

4.3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Com relação ao processo administrativo federal, regulado pela Lei n.º 9.784/99, verifica-se a positivação de cinco dispositivos que definem de modo específico alguns institutos de participação administrativa. Estão eles elencados nos artigos 31 a 35 daquele diploma legal, os quais tratam da consulta pública a ser aberta pelo órgão competente, mediante despacho motivado, se a matéria do processo envolver assuntos de interesse geral e não houver prejuízo para a parte interessada, a fim de possibilitar a manifestação de terceiros (art. 31). Diante da relevância da matéria em questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre o tema ou

⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 214.

outros meios de participação dos administrados, de modo direto ou por meio de organizações ou associações legalmente constituídas (arts. 32 e 33). A divulgação da consulta será realizada pelos meios oficiais, no intuito de que os interessados possam examinar os autos e oferecer alegações escritas (art. 31, parágrafo 1.º). Destaca-se que, conforme o art. 31, parágrafo 2.º, a consulta pública não tem caráter deliberativo, entretanto, embora esses terceiros não sejam reputados partes no processo, terão “direito a obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais”.

Note-se a positivação concreta de regras de participação popular, eis que, a juízo da Administração, em caráter facultativo, “antes da decisão, diante da relevância da questão poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria objeto do processo” (art. 32), ou então consulta pública (art. 31), sendo ambas utilizadas como instrumentos prévios à tomada de decisões administrativas relevantes. Também será possibilitado aos órgãos e entidades administrativas “em matéria relevante estabelecer outros meios de participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas” (art. 33). Nos casos supra, os resultados da consulta pública, da audiência pública ou destes outros meios de participação de administrados no processo administrativo “deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado” (art. 34).

Romeu Felipe Bacellar Filho, ao comentar os princípios constitucionais do processo administrativo e a permissão aos destinatários da ação administrativa em influir na decisão final, sustenta que o primeiro passo para a vinculação do administrador aos princípios constitucionais legiferantes já foi dado com a positivação nos dispositivos supra referidos do princípio da participação popular.

Já o segundo passo para o avanço democrático encontra-se na implementação de um sistema que permita ao cidadão participar, influir nas decisões que possam afetar diretamente sua esfera jurídica. Daí porque o consenso manifesta-se não somente de forma prévia (no momento de fixação da primeira regra abstrata de como os conflitos devem ser resolvidos), mas também de forma concreta (de como aquele conflito específico vai ser resolvido). [...] Afirmar a instrumentalidade democrática do processo e do procedimento administrativo não significa filiar-se a uma concepção procedimental e formal de democracia. O ‘democrático’ imprime ao Estado de Direito uma ordem ética. Através do processo e do procedimento administrativo pode-se controlar a vinculação da Administração aos valores constitucionais legitimantes.⁴⁸

Por fim, salienta-se o disposto no artigo 58 da Lei 9.784/99, o qual dá legitimidade para interpor recurso administrativo tanto para os partícipes do processo e aqueles “cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida”, bem como, nos incisos III e IV, amplia esta legitimidade para: “as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos”.

48 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 133-136.

4.4 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Também em matéria de concessões e permissões de serviços públicos estão previstos mecanismos de participação popular, em especial as audiências públicas. Na Lei n.º 8.987/95 seu artigo 3.º; artigo 7.º, incisos II, IV, V e VI; artigo 9.º, § 5.º; artigo 30, parágrafo único, e 31, III, estende a fiscalização das concessões e permissões, de competência do respectivo poder que concedeu ou permitiu o serviço, para a cooperação dos usuários do serviço público. No que tange à prestação de contas da gestão do serviço, exige-se que esta seja feita ao poder concedente e também aos usuários, nos termos contratuais. Tal procedimento, no entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁴⁹ “tacitamente autoriza a sua regulamentação específica pelo Poder Executivo para optar, discricionariamente, pelos institutos participativos que venha a considerar mais adequados”.

Verifica-se, na mesma lei, a confirmação dos dispositivos do art. 37, § 3.º, da Constituição Federal, com os direitos do usuário de “receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos” (art. 7.º, II); de “levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado” (art. 7.º, IV) e de “comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço” (art. 7.º, V). Salienta-se ainda o art. 22, o qual garante a todos os cidadãos o direito de obterem certidões sobre “atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões”.

Porém, nas palavras de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a maneira e a periodicidade de como se dará esse exercício de fiscalização concedido aos usuários dependerá de norma regulamentar editada pelo poder concedente. Nesse sentido, não há previsão de nenhum poder de fato dos usuários para interferir nas tomadas de decisão ou para compartilhar a gestão operativa do serviço. Importa ainda dar a devida ênfase para o reforço à participação dos usuários, introduzidos pelo art. 29, XII, da Lei 8.987/95, ao preceituar que as instituições políticas teriam e têm a obrigação de ‘estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço’ (art. 29, XII). Tal estímulo, porém, não é suficiente para garantir o acesso das organizações populares ao processo decisório.⁵⁰

As prescrições supra-referidas foram novamente retomadas na Lei n.º 9.074/95, a qual estabeleceu “normas para a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos”. Em seu artigo 33, houve uma transferência explícita ao Poder concedente da escolha da forma de participação dos usuários na execução dessa fiscalização. A partir disso, conclui-se que o regulamento de cada modalidade de serviço público deverá estabelecer a maneira como se dará a participação dos usuários na fiscalização, prestando ao público, se solicitado, relatórios sobre os serviços prestados.⁵¹

49 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 217.

50 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 137, abr./jun. 2002.

51 De acordo com as conclusões de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “nesse sentido encontram-se várias normas contemplando diferentes formas de participação do cidadão, com a instituição de ouvidores junto a diferentes órgãos públicos, audiências

4.5 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ESTATUTO DA CIDADE

O Estatuto da Cidade, normatizado pela Lei n.º 10.257/2001, também instituiu processos de gestão democrática e participativa na cidade, concretizando o princípio da participação popular em muitos de seus dispositivos e dando grande relevância à participação do povo na gestão administrativa local, na evidente busca de reerguer a cidadania na cidade.⁵²

Tendo em vista os inúmeros problemas apresentados por gestões municipais burocratizadas, afastadas dos cidadãos e das reais necessidades da comunidade, conjugados com o alto índice de endividamento das administrações municipais, mostrou-se fundamental a edição de um estatuto capaz de introduzir a gestão democrática em âmbito municipal.⁵³

Coadunando conceitos como de participação popular, legitimidade, eficiência e controle do poder, Mattos bem coloca a importância do Estatuto da Cidade na formação da gestão democrática municipal:

A garantia da participação popular, a par de conferir legitimidade à gestão das cidades, tem uma outra faceta, qual seja, a de funcionar como o *mais eficaz aparato de fiscalização dos atos da administração e do legislativo municipal*. Esse controle social é importantíssimo para assegurar a efetiva aplicação dos instrumentos de reforma urbana trazidos pelo Estatuto da Cidade, ainda mais quando

públicas, consulta pública, criação de Conselhos, sistemas de 'disque-denúncia', coletas de opinião e tantas outras, devendo ser destacadas suas virtualidades no Estado Democrático de Direito como instrumentos de legitimidade do poder, aproximando o Estado e a sociedade. Assim é que as leis que disciplinam as atividades das agências reguladoras foram mais avançadas nos mecanismos de participação estabelecidos do que a Lei das Concessões. É o caso da Lei 9.472, de 16.06.1997 (Lei Geral das Telecomunicações)" (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 137-138, abr./jun. 2002). Note-se que a política de instituição de agências reguladoras para fiscalização e regulação dos serviços concedidos traz consigo o intuito da participação popular, ao estabelecer a necessidade de audiências públicas para definição de tarifas e política geral de prestação daquele serviço público tutelado pela agência reguladora. Com exemplo tem-se a Lei 9.427/97, a qual "institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel", a qual disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. Note-se a exigência de audiência pública quando o processo decisório puder afetar direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou consumidores (art. 4.º, parágrafo 3.º). Na Lei n.º 9.478/97, a qual dispõe sobre a política energética nacional e atividades petrolíferas e institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, em seu art. 18 observa-se que o processo decisório e as sessões deliberativas da sua diretoria destinadas a resolver problemas entre agentes econômicos e entre estes e os consumidores e usuários de bens e serviços petrolíferos deverão ser públicos, possibilitando-se a sua gravação ou transcrição. Já o art. 19 dispõe que "as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP". Salienta-se que o modelo de agências reguladoras brasileiro foi inspirado nas agências reguladoras norte-americanas. Para aprofundamento sobre a regulação econômica norte-americana ver MATTOS, Paulo et al. (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

52 No que tange à palavra gestão, relevantes as constatações de Maria Paula Dallari Bucci, para a qual "deve-se frisar o sentido da palavra 'gestão', que difere do mero 'gerenciamento', na medida em que a primeira compreende grande amplitude de responsabilidades de coordenação e planejamento, enquanto a segunda, mais usual na tradição das cidades brasileiras, diz respeito à simples execução cotidiana de tarefas e serviços de administração. Assim, a gestão democrática das cidades implica a participação dos seus cidadãos e habitantes nas funções de direção, planejamento, controle e avaliação das políticas urbanas". BUCCI, Maria Paula Dallari. *Gestão democrática da cidade*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 323.

53 Para um maior aprofundamento sobre os dispositivos legais previstos no Estatuto da Cidade, em especial no que tange à concretização do princípio constitucional da participação em âmbito municipal, ver: SANTIN, Janaina Rigo. O estatuto da cidade e a gestão democrática municipal. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 220-229, set./out. 2003; SANTIN, Janaina Rigo; RIBEIRO, Homero Cruz. Direito de Superfície: instrumento para efetivar a função social da propriedade à luz do Estatuto da Cidade. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 21, 2004; SANTIN, Janaina Rigo. *Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do Poder Local*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

outras modalidades de controle, previstas na Constituição, sobretudo a legislativa e a judiciária, têm-se mostrado de duvidosa operacionalidade e eficiência. As normas contidas no Capítulo IV do Estatuto preveem, assim, diversas formas de participação que dão concreção a essa dupla função social da participação popular: a de aferir legitimidade às ações municipais e a de exercer o controle dessas mesmas ações.⁵⁴

Nesse sentido, para concretização da gestão democrática da cidade será necessária a realização de debates, consultas e audiências públicas para a aprovação do Plano Diretor e demais projetos de lei, planos e programas de desenvolvimento urbano (artigo 43). As audiências públicas também serão requisito obrigatórios para a aprovação pela câmara municipal das peças orçamentárias municipais (artigo 44). Constituem “passos valiosos, a depender, no entanto, de leis municipais, para a concretização crescente, entre nós, do princípio da participação popular”.⁵⁵

Ao tornar plena a eficácia dos dispositivos democráticos na gestão da coisa pública previstos no Estatuto da Cidade, regulamentando-os no Município, o gestor público instrumentaliza o princípio constitucional da participação, conjugando democracia representativa com democracia participativa. Há uma evolução da tradição autoritária da gestão pública, na qual relevantes decisões eram “tomadas no interior de gabinetes e simplesmente impostas à população”. A gestão democrática municipal exige do administrador público tanto competência decisória quanto a correspondência de suas escolhas às necessidades e objetivos da população. Para atingir este escopo conta-se não só com a sensibilidade do governante em captar as aspirações sociais, mas, em especial, em adotar mecanismos para garantir direito de vez e voz à comunidade. Afinal, no dizer de Regis Fernandes de Oliveira, a democracia do século XXI deve superar sua visão de governo da maioria, pois para isso basta o processo eleitoral. A democracia deverá observar as regras do jogo, respeitar as minorias, possibilitar a participação dos cidadãos na tomada das decisões públicas, numa interação entre administrador e administrados. Logo, democracia é respeitar o “intersubjetivismo de ações e reações como forma de sentir o pulsar da coletividade” num processo complexo de tomada de decisões, capaz de superar a apatia do mero assentimento ou negação para ir mais além: captar o efetivo sentimento que pulsa dentro da sociedade. O autor afirma a necessidade de se combater o messianismo e os métodos carismáticos de gestão pública, baseados no líder incontestado e dono absoluto do destino do Município. O que deverá prevalecer nas administrações municipais são os debates, as audiências públicas e as consultas mediante plebiscito e referendo. Afinal, no dizer do autor, “os debates são a essência da democracia. A ausência do debate leva à falta de raciocínio dialético, em que prevalece apenas uma opinião e, o mais das vezes, nem sempre a correta”.⁵⁶ Portanto, o processo decisório municipal, em especial após a edição do Estatuto da Cidade, deverá receptionar a complexidade e a intersubjetividade presente na cidadania.

54 MATTOS, Paulo et al. (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 301.

55 FREITAS, Juares. O controle social do orçamento público. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 11, p. 22-23, jul./set. 2001.

56 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109.

Restringir a participação do povo nos processos decisórios que digam respeito ao seu Município é recusar sua cidadania e, além disso, uma afronta aos princípios constitucionais fundamentais. É preciso criar canais institucionais que possibilitem à cidadania a tomada de decisões com igualdade de oportunidade, o que ocasionará a racionalização de recursos e a redescoberta da cidadania em cada um e em grupo, levando a um maior comprometimento da população com o coletivo. Só assim será inaugurada uma gestão democrática participativa, de todos e para todos, a partir da construção de uma cidade mais humana e mais digna de se viver.

4.6 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

No que tange ao princípio da participação, com a edição da Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000, também chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal, pode-se apontar a evolução – quando não se dizer revolução, tendo em vista a quebra de paradigmas por ela gerados – apresentada por esse diploma legal na gestão pública brasileira e no próprio regime jurídico-administrativo. Essa evolução deu-se a partir de dois aspectos: a responsabilidade fiscal dos administradores públicos e a concretização do princípio da participação popular na gestão pública.⁵⁷

A Lei de Responsabilidade Fiscal veio coroar uma tendência já presente no regime jurídico-administrativo brasileiro, em especial no que tange ao aspecto orçamentário e fiscal: o repensar na importância dos princípios na estruturação de um Direito realmente comprometido com valores substantivos da conduta humana – sem abandonar as conquistas dogmáticas – fator que fora esquecido e quase sepultado pelo positivismo jurídico.

A Lei de Responsabilidade Fiscal atribuiu grande destaque aos princípios garantidores de uma gestão eficiente, responsável e participativa, atualizando aqueles estabelecidos na Magna Carta de 1988 e propondo novos princípios complementares que passaram a integrar o regime jurídico de Direito Administrativo, a fim de que todos estejam mais afinados com o princípio maior que orienta todo o espírito da nova Lei Complementar: o princípio da participação. Reconhece-se e positiva-se o princípio da participação inserido na Constituição Federal de 1988, complementando-o com tantos outros dispositivos que agora passam a integrar o regime jurídico-administrativo brasileiro.

Não basta apenas a publicidade dos atos do gestor público, mas é necessária uma atitude positiva maior: a conduta administrativa transparente e a participação

⁵⁷ Na reflexão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto “Uma triste tradição de irresponsabilidade fiscal e orçamentária dos governantes brasileiros, em que o gastar mais do que se arrecada, o iniciar obras sem saber se é possível terminá-las, o superfaturar para obter proveitos ilícitos, o paralisar investimentos iniciados pelo antecessor e o endividar dos erários, entre outras mazelas administrativas do mesmo jaez, que se incorporaram ao cotidiano político, parece estar, enfim, com seus dias contados, assim como o flagelo da inflação, inevitável produto dessas práticas obnóxias. [...] Inaugura-se um novo conceito de gestão fiscal, em que o equilíbrio das contas públicas erige-se em dever do administrador público que, para cumpri-lo cabalmente, além de sua sujeição à legalidade, precisa ainda submeter-se à legitimidade, inclusive no exercício da prudência fiscal. [...] Esse novo passo importava na ampliação da responsabilidade legal dos governantes e dos administradores públicos, em geral, com a dilatação dos marcos políticos e administrativos que já haviam sido postos pelo Estado de Direito, introduzindo-se parâmetros inovadores, de responsividade legítima, indispensáveis à realização do Estado Democrático”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 306.

dos administrados nas decisões sobre disposição e execução orçamentárias. Por privilegiar a transparência como princípio norteador de uma gestão fiscal responsável, possibilita-se um controle social mais eficaz da administração pública, configurando-se a transparência como “um dos elementos fundamentais para a manutenção do equilíbrio das contas públicas”.⁵⁸ Ao exigir dos gestores públicos uma atuação sincera e clara a respeito da prestação de contas de seus mandatos, cria-se a possibilidade de acesso a informações documentais detalhadas das respectivas gestões.⁵⁹

Mas não foi apenas no aspecto principiológico que a nova Lei de Responsabilidade Fiscal inovou. Também no que tange à positivação de regras, o diploma legal em questão instituiu em vários dispositivos mecanismos formais para a participação popular na gestão do dinheiro público e nos processos decisórios sobre matérias públicas, mediante o acesso à população das contas públicas e à formação, elaboração e execução da peça orçamentária. Tais dispositivos estão expressamente elencados nos seguintes artigos: art. 1.º, parágrafo 1.º; art. 32, parágrafo 4.º; art. 45, parágrafo único; art. 48 e seus parágrafos (incluídos pela Lei Complementar 156/2016); art. 48-A; art. 49 e seu parágrafo único; art. 51; os relatórios previstos nos artigos 52 a 55; a prestação de contas do art. 56, parágrafo 3.º; art. 67.

Com participação efetiva da população tanto no controle da atividade de seus governantes – com vistas a garantir uma atuação responsável por parte do representante e que suas decisões realmente representem os interesses daqueles que o elegeram – como na decisão de como será aplicado o dinheiro público, potencializam-se todos os demais princípios que norteiam a gestão fiscal responsável (planejamento, equilíbrio fiscal, prudência, controle, responsabilidade, transparência e responsividade ou *accountability*). Alia-se a atuação dos representantes com a atuação dos administrados visando à melhoria da atividade pública brasileira e do modelo estatal.⁶⁰

Assim, a Lei de Responsabilidade Fiscal representa um avanço na maneira de administrar os recursos que os contribuintes colocam à disposição dos governantes com vistas ao bem-comum. A partir desse novo regramento todos os governantes, nos três entes federativos (União, Estados-Membros e Municípios) e nos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário, incluindo aqui o Ministério Público), passarão a seguir regras e limites claros para administrar suas finanças de modo transparente e equilibrado, conferindo ainda à população o acesso na elaboração das peças orçamentárias, na prestação das contas e na execução orçamentária.

Comprometem-se os governantes com a elaboração de orçamentos programáticos e com o cumprimento das metas fixadas quando da operacionalização da

58 ALVES, Benedito; GOMES, Sebastião Edilson R.; AFFONSO, Antônio Geraldo. *Lei de responsabilidade fiscal comentada e anotada*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 119.

59 Ibidem.

60 No entendimento de Juarez Freitas, “não faz nenhum sentido que, ao cuidar do orçamento público, a participação popular se esgote em alguma das suas fases, ou seja, por exemplo, a escolha de prioridades deve ser vista como uma etapa decisiva, mas não a única, pois tão ou mais importante é a fiscalização do cumprimento das metas orçamentárias. Daí segue que a transparência alcançada por meios tecnológicos inovadores precisa ser real e dinamicamente considerada (exemplo: os relatórios de gestão fiscal, além de disponíveis eletronicamente, não podem continuar sendo peças cifradas e excluídas da observação do cidadão medianamente informado). [...] A participação popular é um processo dialético de avaliação e inovação, não funcionando como algo abstrato, formal e congelável no tempo ou no espaço”. FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 11, p. 48, jul./set. 2001.

atividade financeira estatal. Fixam-se limites às despesas, para as quais é necessário sempre corresponder uma receita. Evitam-se o déficit, com o nítido objetivo de impor a honradez dos compromissos financeiros assumidos pelo agente político sem o conseqüente comprometimento do orçamento e das metas por ele propostas.⁶¹ Além disso, a participação popular é assegurada na determinação de realização de audiências públicas tanto pelo Executivo quanto pela câmara municipal durante os processos de elaboração e de discussão do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual e posterior execução orçamentária.⁶²

A participação do povo na gestão fiscal é instrumento fundamental para que as pessoas compreendam o funcionamento da administração pública e os seus limites, passando a decidir com efetivo conhecimento de causa. São informadas e deliberam sobre a aplicação do dinheiro público. Passam a saber qual é a receita e qual é a despesa, o que vai para cada secretaria, o que rende cada tributo, quais os principais tributos, quanto se destina para a folha de pagamento, onde e o que é possível investir. Assim, as pessoas tornam-se conhecedoras da origem e do destino das verbas públicas, e responsáveis por parte desse destino. Desnuda-se o Estado, aprendendo-se como ele funciona, como se organiza, ganhando-se o controle sobre ele.

Tudo isso é exercício de cidadania. O que antes era reclamação, requerimento ou reivindicação muda de qualidade, adquirindo natureza e força política e tornando o indivíduo um cidadão. Essa consciência é fundamental para desenvolver o sentido de “pertencimento”, no qual cada um passa a ser um elemento politizador e conscientizador.

Ao aproximar-se o poder de decisão e de controle às pessoas que arcarão com o benefício ou prejuízo das decisões de seus representantes, ou seja, de uma boa ou má gestão, estando, por isso, interessadas nos resultados, por certo se impedirá que os governantes administrem o dinheiro público de maneira irresponsável, conseguindo pagar suas contas sem comprometer seu orçamento, orçamentos futuros ou aumentar impostos, reduzir investimentos ou cortar gastos da área social.

Dessa forma, a Lei de Responsabilidade Fiscal faz parte de uma “democracia do futuro”, adotando-se as palavras de Norberto Bobbio.⁶³ Confere à população o poder de não só controlar onde será destinado o dinheiro público, verificar quanto e como gastam os recursos da sociedade e se realmente as verbas estão sendo destinadas para o interesse da comunidade, mas também de controlar como é feita a arrecadação e se o governante está tomando todas as providências cabíveis para combater a sonegação.⁶⁴ Afinal, a responsabilidade fiscal pressupõe tanto

61 ALVES, Benedito; GOMES, Sebastião Edilson R.; AFFONSO, Antônio Geraldo. *Lei de responsabilidade fiscal comentada e anotada*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

62 KHAIR, Amir Antônio. *Lei de responsabilidade fiscal: guia de orientação para as prefeituras*. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão: BNDS, 2000.

63 Acompanhando a reflexão de Norberto Bobbio, a palavra democracia, na antiguidade, era diferente por completo do que se tem agora, assentada numa visão liberal e individualista da sociedade. Significava “o poder do *demos*, e não, como hoje, poder dos representantes do *demos*”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 372). Logo, a liberdade democrática seria autonomia, que corresponde a uma liberdade positiva. Segundo esse entendimento, devem os governantes tomar suas decisões às claras, permitindo que os governados vejam como e onde as tomam. Sem transparência democrática e visibilidade no poder nenhum controle do poder é possível. A partir disso, “a democracia do futuro goza do mesmo juízo de valor positivo da democracia dos modernos, embora retornando em parte, através da ampliação dos espaços da democracia direta”. (Ibidem, p. 382).

64 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

a responsabilidade na realização de gastos como a preocupação com o controle das receitas. Permite-se, portanto, que os mecanismos de mercado e o processo político sirvam como instrumento de controle e punição dos governantes que não agirem de maneira correta, e ao mesmo tempo reconhecimento da população e do mercado aos bons administradores.

Aplicando a Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas ao presente estudo, com a participação ativa da população na gestão da máquina pública, estar-se-á inserindo mecanismos de racionalidade comunicativa dentro do mundo sistêmico estatal, dominado por uma racionalidade instrumental. Habermas busca resgatar o potencial emancipatório da razão comunicativa – fundada na linguagem e expressada na obtenção do consenso entre os indivíduos, por intermédio do diálogo – encontrado na esfera cotidiana do “mundo da vida”. Para ele, é necessário fazer cessar a “reificação” e a “colonização” exercidas pelo “sistema” sobre o “mundo da vida”, mediante a lógica dialogal da ação comunicativa.⁶⁵ E os mecanismos de gestão democrática participativa e transparência inseridos na Lei de Responsabilidade Fiscal podem ser entendidos como um permear nas estruturas sistêmicas com as estruturas comunicativas do mundo da vida, conjugando instituições políticas representativas tradicionais e instituições democráticas participativas.

Entretanto, para a efetiva concretização do princípio da participação popular na gestão pública brasileira não bastam apenas mecanismos positivos e formais. Em qualquer sociedade em que se reduz o campo político ao campo do Estado, a democracia é apenas formal, ensejando a existência, em verdade, de um modo totalitário e “mascarado” de exercício do poder. Conforme preleciona Pedro Jacobi,⁶⁶ a reflexão em torno do tema da participação está na ordem do dia, numa estreita vinculação com os processos de descentralização político-administrativas e de ampliação das possibilidades de democratização da gestão municipal, estimulando os caminhos que possibilitem a consolidação dos instrumentos de controle popular. A noção de participação é concebida como facilitadora de uma maior eficiência da ação estatal e de ampliação das garantias de cidadania.

Participação é, pois, o encontro entre as instituições representativas, partidos e administração, por um lado, e os movimentos e organizações sociais existentes, por outro. Nesse sentido, a Administração Pública detém um grande potencial de ampliação das práticas comunitárias, mediante o estabelecimento de um conjunto de mecanismos institucionais. Mas, para que isso ocorra, é necessário que da sociedade civil surjam interlocutores coletivos, grupos comunitários e movimentos sociais, capazes de tornar possível uma participação ativa e representativa, sem que o Estado exija quaisquer tipos de dependência administrativa e financeira, rompendo com os procedimentos populistas, autoritários e clientelistas.⁶⁷

A força que a associação dos componentes da sociedade civil pode deter, independente de sua classe social, não passou despercebida por Aristóteles,⁶⁸

65 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1992. v. 1-2.

66 JACOBI, Pedro. Os desafios da participação e do protagonismo cidadão. In: PORTO ALEGRE. Prefeitura. *O papel do público e do privado na construção da cidade*: resumos. Porto Alegre, 1993. p. 21-23.

67 JACOBI, Pedro. Os desafios da participação e do protagonismo cidadão. In: PORTO ALEGRE. Prefeitura. *O papel do público e do privado na construção da cidade*: resumos. Porto Alegre, 1993. p. 21-23.

68 ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 195.

afirmando que se a soberania se encontra na massa do povo, então onde houver democracia os pobres irão possuir maior autoridade que os ricos, já que são em maior número. Porém, não é isso que ocorre nas sociedades modernas, em que minorias privilegiadas dominam o cenário político, cultural, social e econômico em detrimento das maiorias.

Portanto, é preciso o engajamento maciço da cidadania organizada no intuito de que os mecanismos de controle e de participação previstos na nova Lei de Responsabilidade Fiscal não fiquem expostos apenas como meros postulados formais e teóricos, mas que integrem a realidade política e social brasileira.

Nesse sentido, o espaço local mostra-se como um *locus* privilegiado para a efetivação dos mecanismos positivados tanto em âmbito constitucional como infraconstitucional relativos ao princípio da participação popular na gestão da coisa pública expostos neste artigo, sem pretensões de exaurir a matéria. Ora, por estar o Município mais próximo ao cidadão, facilita-se o controle direto da cidadania sobre os atos de seus gestores públicos, assim como a participação da sociedade civil, tanto individual quanto coletiva, nas decisões sobre as políticas públicas a serem executadas em âmbito municipal.

5 CONCLUSÃO

Atualmente, quase a totalidade dos países mundiais se afirma democrática. O conceito de democracia é uma construção histórica, advinda desde a tradição grega, passando-se pela idade média e chegando até a idade contemporânea. Assim, o próprio conceito aqui apresentado advém de toda uma tradição histórica, por meio de tentativas de acerto, prova e erro, em que cada conceito tem sua história e que essa história está relacionada com o destino das sociedades e de suas organizações políticas. Mas afirma Giovanni Sartori⁶⁹ que o homem, ao tentar definir a democracia, pode não se dar por satisfeito com esse conhecimento herdado, mas sim a partir dele construir algo novo. Aprender com o passado com olhos para o futuro, a fim de se buscar não o que a democracia foi, mas o que ela pode e deve ser. E é isso que visou o presente artigo.

A democracia é um ideal de todas as nações, um processo de busca, em que novos valores vão sendo incorporados, com o rompimento dos contrários e que, como tal, ela nunca se realiza inteiramente, pois a cada nova conquista feita abrem-se outras perspectivas, novos horizontes ao seu aperfeiçoamento. Cada nação deve encontrar o seu caminho, de acordo com a época vivenciada e o lugar, a cultura, as tradições, segundo o nível e caráter do seu povo. Mas é consenso geral de que tudo leva às formas democráticas, como ideal maior, o qual marcha lado a lado com o reconhecimento do princípio da participação popular e a afirmação de que o poder emana do povo e para ele deve ser exercido.

A tradição administrativa brasileira e o modo como os gestores administravam as finanças públicas foram sempre e secularmente fincados no patrimonialismo, no clientelismo e no personalismo, fator agravado pelo exercício formal da democracia.

69 SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia: 2. Los problemas clásicos*. Tradução de Santiago Sánchez González. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

É impossível a democracia prescindir da representação, ante a magnitude dos Estados contemporâneos, totalmente diferentes das *polis* gregas. As eleições são fundamentais para a democracia, como um procedimento instrumental da expressão da confiança popular em seus representantes. Mas não absorvem a plenitude da democracia, que deve ser mantida viva durante toda a gestão pública do eleito. Assim, para efetivar realmente a democracia é preciso que o povo imponha limites e controle efetivos do poder, podendo impugnar sua atuação pelo caráter crítico, aberto e dialógico que devem possuir as sociedades democráticas.

Mas, o que nesse artigo se afirma é que não basta apenas o controle do poder. É preciso também que o povo participe do poder, indo além da representação, para conjugar-se a democracia representativa com a democracia participativa. Não se pode resumir a democracia apenas no poder do povo em eleger seus representantes de quatro em quatro anos. Essa concepção favorece o desinteresse sistemático dos administrados pela vida política, favorece a apatia, a abstenção, a resignação ante a corrupção, a falta de confiança nos governantes e a abdicação da participação na vida pública, fatores que corroem o ideal democrático. Tal é a realidade constatada nas democracias atuais, a qual gerou a profunda crise pela qual se deparam as democracias modernas, fundadas apenas na representação.

A falta de confiança do povo na classe política é a expressão do sentimento de alienação do poder de participar da gestão da coisa pública, a qual não é mais vista como questão sua, senão dos próprios titulares da gestão, que se apropriam dela e de seus fins, em uma ruptura com a legitimidade do sistema. O povo precisa sentir-se como o verdadeiro titular do poder e precisa crer que seus interesses são o verdadeiro objetivo dos governantes, como funcionários públicos que são.

Para tanto, é preciso absoluta transparência na atuação dos governantes, os quais como qualquer outro administrador precisam prestar contas aos administrados. A democracia não se constrói com palavras nem com dogmas, mas com fatos, fatos que o povo, reconhecido efetivamente como protagonista do sistema, precisa compreender e participar. Liberdade de informação, liberdade de investigação da gestão pública, liberdade de crítica, direito de pedir justificações ao poder e submeter este a um juízo independente, capaz de controlar todos e cada um de seus atos caso surgir qualquer dúvida razoável na correção de sua atuação.⁷⁰

Essa visualização formal da democracia faz com que se esvazie seu próprio escopo de prática de resistência ao poder do Estado. Um discurso destinado a oferecer a segurança que afasta toda a possibilidade de interrogação, interpretação e questionamento sobre as instituições estatais. Tal forma de encarar a democracia não é nada mais que um totalitarismo mascarado, um modelo com poucas oportunidades de práticas de resistência e criatividade; um modelo de democracia que funciona sutilmente como expressão dissimuladora de uma forma totalitária de poder.⁷¹ Eduardo García de Enterría,⁷² acompanhando as observações de Luis Alberto Warat,⁷³ alerta que a ausência de queixas ou de reclamações pode ser devida a

70 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000.

71 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. v. 3.

72 GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit.

73 WARAT, op. cit.

um consenso manipulado, um fatalismo, desesperança, apatia, internalização do dominado dos valores e crenças do dominador, adaptação do oprimido à opressão, o qual desenvolve, caracteristicamente, uma cultura do silêncio.

Uma sociedade democrática é aquela que realiza práticas democráticas, aceitando a pluralidade e a heterogeneidade de seu povo; que aceita a interpretação crítica de suas instituições e que principalmente aceita o conflito, negando as formas absolutas, plenas e completas de verdades. Realizar uma crítica desmistificadora às atitudes do poder. Reconhecer no conflito o caráter de elemento constitutivo da vida, da política e do saber, a fim de evoluir e alcançar o novo. Produzir resistência às práticas de dominação e disciplina mediante ações dialógicas, impedindo a solidificação das opiniões, condutas e crenças, para que novos direitos sejam reconhecidos, superando-se aqueles que já não refletem os anseios sociais.

Assim, para a efetivação do princípio da participação popular são necessários dois fatores: a institucionalização, pelo poder público de canais, que possibilitem essa participação, tornando efetivos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam da participação popular, e vontade dos administrados em participar das decisões que afetam a todos.

O regime jurídico-administrativo brasileiro ainda encontra-se bastante apegado ao caráter positivista, o qual necessita a dogmatização dos princípios gerais de direito administrativo para seu reconhecimento e efetiva aplicação. Conforme já exposto, e fundado na teoria de Robert Alexy, Ronald Dworkin e J.J. Canotilho, dentre outros, não se concorda com tal posição.

Assim, com relação ao primeiro fator, conforme abordada a questão do princípio da participação popular na Lei de Responsabilidade Fiscal, não há necessidade de regulamentação de seus dispositivos, eles já são imediatamente aplicáveis, sem maiores ressalvas. Como o artigo 48, parágrafo único, onde não há dúvidas que o direito de participar da discussão e da elaboração dos orçamentos já está consagrado. Mesmo que alguns disponham que haja necessidade de “disciplinar o seu procedimento de modo a torná-lo efetivo e dotado de complementares mediações implementadoras”,⁷⁴ conforme conclusão do mesmo autor, não se pode admitir que tal ausência “represente óbice ao imediato acatamento do princípio da participação popular, o qual deve ser visto, invariavelmente, dotado de eficácia”.⁷⁵ E ainda, salienta-se o artigo 44 do Estatuto da Cidade, o qual determina ser condição obrigatória para a aprovação das peças orçamentárias pela câmara de vereadores municipal a participação dos cidadãos no seu processo legislativo.

Com relação ao segundo fator, afirma-se que nada adianta o Poder Público instituir canais de participação popular no exercício e no controle do Poder, se os cidadãos, que devem ser o sujeito ativo desse processo, não tiverem interesse em participar da gestão pública de seu país. É necessário o envolvimento dos cidadãos a iniciar a derrocada das fronteiras burocráticas que os separam do Estado, passando a cobrar dos gestores públicos que suas ações reflitam diretamente o interesse de sua comunidade, daqueles que os elegeram. Sair da comodidade

74 FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 11, p. 13-26, jul./set. 2001.

75 *Ibidem*.

representada pela inércia e pela ignorância política e participar de toda a avaliação crítica sobre as necessidades prioritárias dentro da sociedade e sobre os limites do poder público no atendimento das demandas. Cobrar a concretização das metas deliberadas e fiscalizar a aplicação do dinheiro público.

Não é o cidadão que está a serviço do Estado, mas o Estado que deve servir ao cidadão. Mas tal exigência só se realiza se houver uma cidadania atuante e organizada sob processos de gestão democrática. Dessa forma, o Estado e a máquina estatal serão tão úteis e eficazes quanto for qualitativa a cidadania organizada que os sustentam.

As condições necessárias para concretizar a participação popular no processo de formação das tutelas jurídico-políticas incluem o aprimoramento das instituições de educação e de responsabilização públicas e a necessidade de práticas políticas que encorajem as pessoas a deliberar sobre política. Pois participação sem uma educação que desenvolva a capacidade de autonomia, discernimento e visão crítica da população poderá facilmente tornar o povo presa fácil das militâncias organizadas e das ideologias, legitimando oportunistas ideológicos e carismáticos.

Ou seja, é necessário que se faça no Brasil uma revolução cultural, a qual somente poderá ser atingida mediante o processo educativo, que deverá incluir dentre as suas metas desenvolver a pessoa como um cidadão. Trata-se de um processo longo e difícil, já que o Brasil é um país sem cultura participativa. A transformação do nível de conscientização das pessoas é lento, mas não deve ser subestimado.

A Constituição de 1988 e os demais dispositivos infraconstitucionais, como o Estatuto da Cidade e a Lei de Responsabilidade fiscal, apontam o caminho e fornecem as ferramentas formais. Urge que o povo brasileiro valorize o poder da participação popular e da mobilização organizada. Urge que utilize o poder de transformação que detém. Urge que assimile o seu dever político como cidadão e reconheça a sua responsabilidade para com o seu país. Viabilizar, com a sua participação, uma administração responsável, enxuta, competente e capaz de traduzir em ações os interesses públicos, da coletividade que elegeu os representantes políticos, a fim de que o princípio da participação, bem como as regras constitucionais e infraconstitucionais que o concretizam sejam um norte inviolável por parte do administrador público. Somente assim será possível concretizar o ideal democrático, em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Benedito; GOMES, Sebastião Edilson R.; AFFONSO, Antônio Geraldo. *Lei de responsabilidade fiscal comentada e anotada*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 11, p. 42-73, jul./set. 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 8. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1996.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LCP%5BTNOR%5D&s3=%2200101%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 10 jun. 2004.

_____. *Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 27, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 1993. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22008666%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 08 jun. 2004.

_____. *Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22008987%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 08 jun. 2004.

_____. *Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LEI%5BTNOR%5D&s3=%22009074%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=NJUR>>. Acesso em: 08 jun. 2004.

- _____. *Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <<http://wwwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LEI%5BTNOR%-5D&s3=%22009784%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=N-JUR>>. Acesso em: 8 jun. 2004.
- _____. *Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <<http://wwwwt.senado.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?sect2=NJURLEGBRAS&s1=&s2=LEI%5BTNOR%-5D&s3=%22010257%22&s4=&s5=&l=20&u=%2Flegbras%2F&p=1&r=1&f=s&d=N-JUR>>. Acesso em: 8 jun. 2004.
- _____. Ministério do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA n.º 009, de 3 de dezembro de 1987*. Dispõe sobre a questão de Audiências Públicas. Brasília, DF, 1987. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama>>. Acesso em: 8 jun. 2004.
- BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 11, p. 13-26, jul./set. 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administracion*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000.
- GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento participativo: a experiência de Porto Alegre*. 2. ed. São Paulo: Perseu Abramo, 1997.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. tomo 2.

- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 132-144, abr./jun. 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1992. v. 1-2.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- JACOBI, Pedro. Os desafios da participação e do protagonismo cidadão. In: PORTO ALEGRE. Prefeitura. *O papel do público e do privado na construção da cidade: resumos*. Porto Alegre, 1993.
- KHAIR, Amir Antônio. *Lei de responsabilidade fiscal: guia de orientação para as prefeituras*. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão: BNDS, 2000.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: EDIUPF, 2001.
- MATTOS, Liana Portilho. Da gestão democrática da cidade. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MATTOS, Paulo et al. (Coord.) *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada*. 3. ed. Curitiba: ZNT, 1998.
- MOLINA SAUCEDO, Carlos Hugo et al. *Apre(he)ndiendo la participación popular: análisis y reflexiones sobre el modelo boliviano de descentralización*. La Paz: Offset Boliviana EDOBOL, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- _____. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RIO GRANDE DO SUL. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. Texto constitucional de 3 de outubro de 1989 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n.º 1, de 1991, a 73, de 2017. Porto Alegre, 1989. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358>. Acesso em: 5 ago. 2018.

- _____. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 700003026564*. Relator: Desembargador Clarindo Favretto. Procurador-Geral de Justiça e Câmara Municipal de Vereadores de Capão da Canoa e Município de Capão da Canoa, 16 set. 2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2003.
- _____. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70001688878*. Relator: Desembargador Vasco Della Giustina. Procurador-Geral de Justiça e Município de Imbé, 03 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2003.
- _____. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70002576239*. Relator: Desembargador Vasco Della Giustina. Procurador-Geral de Justiça e Município de Bento Gonçalves, 01 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2003.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1981.
- SANTIN, Janaína Rigo. *Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do Poder Local*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- _____. O estatuto da cidade e a gestão democrática municipal. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 220-229, set./out. 2003.
- _____; RIBEIRO, Homero Cruz. Direito de Superfície: instrumento para efetivar a função social da propriedade à luz do Estatuto da Cidade. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 21, 2004.
- SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia: 2. Los problemas clásicos*. Tradução de Santiago Sánchez González. Madrid: Alianza Editorial, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, estado, município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. v. 3.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.



DIVISÃO DO PODER E PARTIDOS POLÍTICOS*

DIVISION OF POWER AND POLITICAL PARTIES

Jorge Miranda**

1. Ao considerar-se o tema da separação dos poderes, defrontamo-nos sempre com dois postulados de base, que, nem por serem por demais conhecidos e objecto de análise convém deixar de repetir e reiterar.

Primeiro postulado: nenhum Estado existe sem um mínimo de limitação do poder pelo Direito – porque é sempre o Direito que o constitui e legitima e porque a própria lei decretada pelos governantes obriga-os enquanto estiver em vigor e pode adquirir um dinamismo próprio que os ultrapassa. Mas Estado de Direito é muito mais do que isso: é limitação material, e não apenas formal; é limitação para garantia de direitos fundamentais; é expressão de institucionalização e de racionalidade máximas.

Segundo postulado: a experiência histórica demonstra que esta limitação material é inseparável da divisão do poder, pois contra o poder só o poder. Montesquieu continua actual: só existe liberdade onde o poder aparece distribuído por vários centros ou sujeitos. E, sobretudo, Montesquieu é actual pela sua análise de um *pouvoir d'empêcher* a par de um *pouvoir de statuer*.

Daí – independentemente das disputas doutrinárias – as grandes aquisições do constitucionalismo moderno, do Estado de Direito ou do *rule of law*. Recordem-se:

- princípio representativo, por envolver dissociação entre titularidade e exercício do poder (ao contrário do que se verifica na democracia directa e na monarquia absoluta);
- pluralidade de órgãos da função política;
- a independência dos tribunais e a sua reserva da função jurisdicional;
- a atribuição das grandes decisões legislativas ao Parlamento tanto pelo seu carácter electivo e pluralista quanto pelo seu procedimento;
- o controlo jurisdicional da legalidade dos actos administrativos e da constitucionalidade das leis.

Assim como:

- a divisão territorial de poder, através do federalismo, do regionalismo político e até da simples descentralização administrativa local;
- a divisão pessoal, através da incompatibilidade entre cargos públicos;

* Texto português da comunicação apresentada à mesa-redonda da Associação Internacional de Direito Constitucional realizada em Lisboa, em 2 de Junho de 2000, sobre o tema geral de separação de poderes. Texto publicado na Revista O Direito, Ano 133º, 2001, III (Julho-Setembro). p. 547 a 555.

** 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. 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*

- a divisão temporal, através da fixação de tempo de exercício dos cargos e de limitações à renovação de mandatos;
- a divisão político-temporal do poder, através da previsão de durações diferentes de mandatos dos titulares dos órgãos representativos e da não cumulação das datas das respectivas eleições;
- a divisão jurídico-administrativa, através de formas variadas de descentralização (autarquias locais, associações públicas, Universidades e institutos públicos).

2. Restam não poucos problemas, uns vindos desde há muito, outros da nossa época ou, nesta, com maior projeção e importância.

Refiro-me, como não podia deixar de ser:

- às zonas de fronteira entre política e administração, às leis-medidas e às leis individuais e ao controlo jurisdicional desses actos e dos actos de governo;
- às zonas de fronteira também entre administração e jurisdição, à distinção de poderes de instrução do juiz e os das comissões parlamentares de inquérito e às funções, ditas de regulação, das autoridades ou entidades públicas independentes;
- às fronteiras ainda entre a justiça constitucional e a liberdade de conformação do legislador, à interpretação conforme com a Constituição, às sentenças aditivas e apelativas dos tribunais constitucionais, à fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

E, mais no plano da realidade constitucional do que no das normas:

- na estrutura interna e na limitação dos poderes dos partidos enquanto associações de Direito Constitucional;
- na afirmação da autoridade democrática perante os diversos e pujantes corporativismo, especialmente os dos grandes corpos do próprio Estado (como a magistratura, os militares ou os dirigentes da função pública), assim como perante os grupos de interesses da sociedade civil (sejam económicos, sejam sindicais, desportivos, culturais ou clericais);
- na emergência da sociedade da informação e daquilo a que se vai chamando democracia electrónica;
- no controlo democrático do poder económico, seja poder económico privado, seja poder dos gestores públicos;
- em geral, enquanto liberdade e poder aí se interpenetram, na eficácia de direitos, liberdades e garantias nas relações de desigualdade entre particulares;
- enfim, na era da integração comunitária e da globalização, na necessidade – em nome ou não de um princípio de subsidiariedade – de se deixar espaço ao poder do Estado no cotejo dos poderes supra e transnacionais.

3. De todas estas questões, imensas e complexas, as únicas (tendo de escolher) a que vou dedicar um pouco mais de atenção vão ser as concernentes aos partidos políticos.

Uma divisão de poder autêntica e efectiva passa por eles – não só na dialéctica maioria-minoria e Governo-oposição, mas também nas perspectiva da divisão de

poder entre partidos e cidadãos e entre partidos e Estado. E passa igualmente por eles, em múltiplos aspectos, a revitalização da democracia representativa, de modo a vencer-se a crise que a vai corroendo em Portugal e noutros países.

Cabe aqui mencionar especificamente:

- a aplicação dos princípios constitucionais no enquadramento interno dos partidos;
- o exclusivo ou não do impulso político, nomeadamente propositura de candidaturas, dos partidos;
- a relação entre o Parlamento e o referendo, ou entre democracia representativa e democracia semidirecta;
- a separação entre Governo ou partido de Governo e Administração, à luz das exigências de institucionalização e isenção desta;
- a relação entre direcções partidárias (eleitas, pressupondo que seja observado o método democrático, pelos militantes) e os Deputados (eleitos por todos os cidadãos).

4. Em democracia pluralista, os partidos não são seguramente órgãos de Estado, não lhes compete praticar actos imputáveis ao Estado; concorrem, sim, para a formação da vontade popular e, por meio desta para a designação de titulares daqueles órgãos. Mas tão pouco se reduzem a meras entidades privadas. Pelo relevo que adquirem e pelos direitos e poderes que, da Constituição formal ou da lei recebem, o seu estatuto não pode deixar de ser um estatuto de Direito público.

Por isso justifica-se inteiramente que se lhes estendam os grandes princípios constitucionais de organização política, desde os relativos às eleições até aos respeitantes à divisão do poder. Não faria sentido que a tantos direitos e poderes não correspondessem deveres e ónus, nem que a democraticidade fosse exigida para o Estado e não também para os partidos, sujeitos determinantes do contraditório político em sufrágio universal.

Não se trata, evidentemente, de uma rígida predefinição uniformizadora da vida interna dos partidos. Trata-se apenas de uma transposição de certos princípios como o do voto individual, directo, secreto e periódico, o da liberdade e igualdade das candidaturas, o da pluralidade dos órgãos partidários ou o do controlo dos seus atos. Trata-se de impedir o culto da personalidade, o domínio dos aparelhos e a corrupção.

Em Portugal, na última revisão constitucional (de 1997) não só se estabeleceu que os partidos deveriam reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democrática e da participação de todos os seus membros (artigo 51º, nº 5 da Constituição) como se atribui ao Tribunal Constitucional competência para julgar as acções de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos [artigo 223º, nº 2, alínea h). É cedo, porém, para avaliar o impacto destes preceitos.

5. Só os partidos são capazes de gerar governos e programas de governo e, por conseguinte, com ou sem previsão constitucional, cabe-lhes o essencial das iniciativas políticas a nível nacional e regional.

Não quer isto dizer que não possa ou que não deva existir impulso político por parte dos cidadãos. Ele decorre, pelo menos, do exercício da liberdade de expressão, da liberdade de reunião e das demais liberdades públicas; e decorre da

actividade dos grupos que se constituam por causa deste ou daqueles problemas colectivos; e quando admitidos, da petição colectiva e da iniciativa popular. Tudo está em saber em que grau os grupos de cidadãos conseguem influenciar as decisões governativas e qual a independência que conseguem preservar diante dos próprios partidos e de outras organizações.

Problemática delicada vem a ser a das candidaturas. Há constituições, como a portuguesa, que procuram reparti-las: candidaturas para o parlamento são reservadas aos partidos, candidaturas para a Presidência da República reservadas a grupos de cidadãos, candidaturas para os órgãos do poder local provenientes de uns e outros. Na prática, o papel dos partidos apresenta-se prevalecente (se bem que nas eleições presidenciais e nas municipais surjam factores de ordem pessoal que se repercutem, muitas vezes, nos resultados).

Naturalmente, certos sistemas eleitorais poderão depois conferir aos eleitores em geral um maior ou menor poder de escolha: assim, quando se estabeleça lista não bloqueada ou voto cumulativo, ou voto único transferível, ou círculos uninominais, ou circunscrição de candidatura. Tal como pode ser preconizada a adaptação nos países europeus do modelo norte-americano de eleições primárias abertas tanto aos militantes quanto aos simpatizantes dos partidos. Mas de todo o modo, parece ineliminável alguma desigualdade entre cidadãos inscritos em partidos – que se supõem mais envolvidos na intervenção e na responsabilidade política permanente – e os demais cidadãos.

6. O referendo é uma instância de decisão que só faz sentido desde que seja um complemento – de propulsão ou de correcção – da decisão do Parlamento, e não uma instância de repetição ou de substituição. Ora, para assim ser, o referendo tem de repousar nos cidadãos, directa e livremente, e poderá revelar-se um excelente estímulo a diferentes e novos movimentos sociais, utilíssimos também para o arejamento da democracia.

A lei portuguesa assegura a grupos de cidadãos, em número não inferior, cada um, a 5000, a participação nas campanhas referendais, com os correspondentes direitos de propaganda. Os partidos não ficam excluídos, mas deveriam aceitar certa autocontenção, não constringendo, nem instrumentalizando aqueles grupos. Nos dois referendos nacionais até agora efectuados infelizmente, tal não se verificou.

Mais ainda: o referendo não deveria incidir sobre questões inerentes a um programa de Governo ou de cuja resolução dependesse a subsistência do Governo (até porque também cabe aqui salvaguardar a separação de poderes – a separação de poderes entre o Povo e o Parlamento). Senão, a não aceitar-se esta tese, um Governo derrotado em votação referendária terá de demitir-se ou o Parlamento terá de ser dissolvido.

7. Muito haveria a dizer acerca da isenção político-partidária da Administração pública. Um Estado de Direito democrático pressupõe-na.

A meu ver, mesmo os escalões mais elevados devem estar-lhe vinculados, o que implica, por um lado, um acesso exclusivamente por carreira e garantia de estabilidade (ou até inamovibilidade) dos dirigentes; e, por outro lado, em contrapartida, uma neutralidade político-partidária, sem que esses dirigentes possam pertencer a qualquer partido. Há países (Portugal, por exemplo) que não têm alcançado este nível de exigência, com as consequências negativas que se conhecem.

Outra coisa é a designação pelo Governo ou pelo Poder Executivo para cargos de natureza política ou de confiança política fora da Administração. Aí, toda a identificação partidária é legítima. A única restrição – a defender com rigor, em virtude ainda do princípio da separação dos poderes – refere-se a Deputados e, por maioria de razão, a juizes: um Deputado que aceite um desses cargos, ainda que não remunerado, deve perder ou renunciar ao mandato e um Juiz deve sair da magistratura.

8. Adote-se a representação proporcional ou maioritária, reserve-se ou não aos partidos o exclusivo de apresentação de candidaturas, em todos os países democráticos são os candidatos propostos por partidos que ocupam a totalidade ou quase totalidade dos lugares dos Parlamentos. E ainda que em círculos uninominais o contato eleitor-deputado seja muito mais forte do que aquele que pode dar-se em círculos plurinominais com sufrágio por lista, mesmo ali os deputados aparecem enquadrados por organizações partidárias – tal como, em contrapartida, não deixa nunca de ser relevante o factor pessoal na escolha dos candidatos e na sua colocação nas listas nos países de representação proporcional.

Que relação deve haver, contudo, entre Deputados e partidos? Qual o grau de autonomia de cada Deputado enquanto membro dos Parlamento? Como inserir os Deputados eleitos pelos diversos partidos uns em face dos outros, formando todos uma mesma câmara? E como proceder em caso de conflito?

Uma tese radical tenderia a afirmar que a representação política se converteu em representação partidária, que o mandato verdadeiramente é conferido aos partidos e não aos Deputados e que os sujeitos da acção parlamentar acabam por ser não os Deputados, mas os partidos ou quem aja em nome destes. Deveriam ser, pois, os órgãos dos partidos a decidir (com maior ou menor democraticidade ou com maior ou menor centralismo democrático) sobre as orientações de voto dos Deputados, sujeitos estes a uma obrigação de fidelidade a que não poderiam escusar-se senão em casos-limite de consciência.

Esta concepção ignora que, embora propostos pelos partidos, os Deputados são eleitos por todos os cidadãos e não apenas pelos militantes ou pelas bases activistas dos partidos e que juridicamente representam todo o povo. Levada às últimas consequências, com as comissões políticas ou os secretariados, exteriores ao Parlamento, a dizer como os Deputados haveriam de votar, essa concepção transformaria a assembleia política em câmara corporativa de partidos e retirar-lhe-ia a própria qualidade de órgãos de soberania, por afinal ela deixar de ter capacidade de livre decisão. Porque, 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?

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 são escolhidos. E, se em partidos fortemente ideológicos correspondentes a bem identificadas minorias políticas como

os colocados em extremos do espectro político, não será muito grande o desfazamento entre eleitores e militantes, já nos restantes partidos ele será acentuado; e cabe perguntar se os Deputados eleitos pelas listas de um partidos estão mais vinculados aos militantes do que aos cidadãos eleitores, ou se têm mais base de apoio os órgãos representativos de 20.000, 50.000 ou 100.000 militantes ou os Deputados votados por um ou mais milhões de cidadãos.

Não por acaso, por isso, mesmo quando há reserva constitucional de candidatura aos partidos, garante-se aos Deputados a subsistência dos seus mandatos independentemente dos partidos. Uma vez feita a verificação dos poderes, eles não podem ser substituídos contra a sua vontade. E, no limite, se deixarem de pertencer aos respectivos partidos, por decisão sua ou por expulsão, não perderão o mandato – pelo menos, como sucede em Portugal, se não se inscreverem em partido diverso daquele por que foram propostos ao eleitorado [artigo 160º, nº 1, alínea c da Constituição].

Por conseguinte, dando como certo o carácter bivalente da representação política, é preciso procurar o enlace, o ponto de encontro específico dos Deputados e partidos. Ora, esse enlace não pode ser senão o que oferecem os grupos parlamentares como conjuntos dos Deputados eleitos pelos diversos partidos (em que, de resto, nem sempre é obrigatória a inscrição dos Deputados). São os grupos parlamentares que exercem as faculdades de que depende a actuação 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 concepção individualista, que visse o Deputado isolado ou desinserido de uma estrutura colectiva, quer uma pura concepção partidocrática em que os homens dos 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 colocados à verdadeira luz – que 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 colectiva dos Deputados – dos Deputados que, por serem eles a deliberar, mas obrigados ficam a votar, salvo objecção de consciência, conforme a maioria se pronunciar.

Que, não obstante, possam surgir divergências entre os grupos parlamentares e outros órgãos dos partidos, não se exclui *a priori*. Mas serão pontuais e não degenerarão em conflitos, desde que se verifiquem autenticidade na vida interna dos partidos e constante diálogo (eventualmente, por meio de comissões mistas ou de reuniões alargadas) e desde que os principais dirigentes partidários sejam também Deputados – como deverão ser, se quiserem prestigiar a instituição parlamentar – e participem nos trabalhos dos grupos parlamentares (mesmo se não escolhidos directamente pelos Deputados dos respectivos partidos). Só um partido em crise conhecerá oposição permanente entre o *partido oficial* e o *partido parlamentar*.

**BENS JURÍDICO-ELEITORAIS E REVISÃO
DA DECISÃO DAS URNAS
LEGAL AND ELECTORAL ASSETS AND REVIEW
OF THE BALLOT BOX DECISION**

José Jairo Gomes*

RESUMO

O presente texto discute os bens jurídico-eleitorais contemplados no art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Após apresentar uma noção de bem jurídico e sua relevância no Direito, passa-se a explicitação de possíveis sentidos daqueles bens. São também tratadas as formas de controle de investidura político-eletiva e a legitimidade de seu exercício pela Justiça Eleitoral.

Palavras-chave: Bem jurídico. Processo Eleitoral. Representação. Sufrágio. Abuso de poder.

ABSTRACT

This paper discusses the legal-electoral assets contemplated in art. 14, paragraph 9, of the Federal Constitution. After presenting a notion of legal good and its relevance in the Law, we pass on the explanation of possible meanings of those goods. Also treated are the forms of control of political-elective investiture and the legitimacy of its exercise by the Electoral Justice.

Keywords: Legal assets. Electoral procedure. Representation. Suffrage. Power abuse.

1 NOÇÃO DE BENS JURÍDICO-ELEITORAIS

A ideia de bem jurídico passou por longa maturação histórica. Sua concepção e desenvolvimento se deram sobretudo no Direito Penal, onde tem a função de

* José Jairo Gomes doutorou-se em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, onde foi Professor Adjunto. É Professor em cursos de pós-graduação, especialização e aperfeiçoamento. É Procurador Regional Eleitoral, atuando perante o TRE/DF. É também Procurador Regional da República, atuando perante o TRF da 1ª Região (Brasília/DF). É, ainda, coordenador nacional do Grupo Executivo Nacional da Função Eleitoral (GENAFE), órgão vinculado ao Gabinete da Procuradoria-Geral da República. Foi Procurador Adjunto na Procuradoria-Geral Eleitoral – PGE (atuando perante o TSE) em 2012 e 2013. Foi Procurador Regional Eleitoral em Minas Gerais de 2002 a 2010. Foi também Promotor de Justiça e Promotor Eleitoral de 1993 a 1997. Após aprovação em concursos de provas e títulos, foi nomeado: no ano de 1996 – Juiz Federal Substituto no Tribunal Regional Federal da 3ª Região (SP); e, no ano de 1997 – Juiz Federal Substituto no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (DF). A convite do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, foi Observador das eleições presidenciais do Congo Belga (África), no ano de 2006.

Livros publicados: • *Direito Eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018; • *Recursos eleitorais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018; • *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*; 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018; • *Direito Eleitoral Essencial*. São Paulo: Atlas, 2018; • *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Atlas, 2012; • *Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009; • *Propaganda político-eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. (esgotado); • *Curso de Direito Civil*: introdução e parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. (esgotado); • *Responsabilidade Civil e Eficácia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. (esgotado); • *Lei de Introdução ao Código Civil em Perspectiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (esgotado); • Apontamentos sobre a improbidade administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). *Improbidade administrativa*: 10 anos da Lei n. 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 239-294. (esgotado).

orientar a escolha de objetos passíveis de proteção legal, contribuindo, pois, para o desenho do injusto penal.

Compreende-se por bens jurídicos os que se encontram sob a tutela do Direito, notadamente da Constituição Política. Trata-se de bens fundamentais, pois consubstanciam valores e interesses essenciais da pessoa humana e da sociedade que – assevera Aníbal Bruno¹ –, por sua grande importância para a vida social, “a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito”. Note-se que tais bens transcendem a situações puramente materiais, alçando-se à proteção de valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura, políticos, valores construídos na experiência histórica da comunidade, e no mais das vezes enfeixados na contextura do Estado Democrático de Direito.

Prevalece atualmente a concepção constitucional do bem jurídico. De modo que, em sua definição, é fundamental a prevalência dos valores do Estado Democrático de Direito, especialmente os inscritos na Constituição Federal, que por definição constitui a tábua axiológica de todo o sistema jurídico. A grande vantagem de tal compreensão reside na desnecessidade de se recorrer ao Direito Natural, ao jusracionalismo ou a razões divinas ou transcendentais para se identificar bens merecedores de maior e mais estrita proteção legal.

O só fato de se identificar um bem e reconhecer que é dotado de dignidade constitucional e, pois, merecedor de tutela, não transforma sua transgressão em ilícito ou delito. Para tanto, há mister a interferência de outros fatores, notadamente, no Direito Penal, a incidência de princípios como a necessidade e fragmentaridade. Mas tal identificação contribuiu sobremodo para a delimitação das fronteiras do permitido e do proibido, bem como para o desenho de um esquema protetivo.

Max Scheler², para quem o conceito fundamental da Ética é o de valor (e não o de dever como pretendia Kant), propõe uma hierarquia de valores, devendo haver, nessa perspectiva, valores mais elevados que outros, ou, pelo menos, detentores de uma posição preferencial dentro do sistema. Por certo, há bens e valores cuja essencialidade para o normal desenvolvimento da vida social justifica maior proteção estatal.

Há relevância em se admitir a existência de uma hierarquia axiológica ou de valores. Isso significa dizer que, por serem superiores, alguns valores gozam de primazia em relação a outros, tal como ocorre com a vida em relação ao patrimônio. Assim, embora não haja hierarquia entre normas postas na Constituição – afirma Barroso³ – é possível “cogitar de uma certa hierarquia axiológica”.

A análise de alguns institutos eleitorais sob a ótica do bem jurídico é bastante proveitosa.

Pode-se dizer que a legitimidade da conformação imposta pelo Direito Eleitoral e das restrições e sanções dele emanadas requer a presença de um bem

1 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral: introdução, norma penal, fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. tomo 1, p. 15.

2 SCHELER apud REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*: do romantismo até nossos dias. 4. ed. São Paulo: Paulus, 1991. v. 3, p. 568.

3 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. nota 17.

jurídico-político-eleitoral, em nome do qual aquelas se exercem. Isso inclusive no âmbito não penal, ou eleitoral propriamente dito.

Nessa perspectiva, o bem jurídico eleitoral deve configurar-se como o que é essencial para a existência e desenvolvimento livre, plural, digno, igualitário, harmônico e pacífico da vida no plano político-social. Tais bens são necessários à configuração da forma legítima de transmissão do poder político e, portanto, da definição da lúdima ocupação dos cargos político-eletivos, formação do governo e regular funcionamento do regime democrático.

Alguns desses bens são refletidos no § 9º, art. 14, da Constituição⁴, que reza:

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

Em sua redação original, não constava nesse dispositivo a cláusula “a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”, a qual foi inserida pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994.

Conquanto se refira a inelegibilidade, o referido § 9º consagra bens que, como visto, são da maior importância para o Estado Democrático de Direito, a saber: *i)* a probidade administrativa; *ii)* a moralidade no exercício de mandato; *iii)* a normalidade das eleições; *iv)* a legitimidade das eleições. Falemos brevemente de cada qual deles.

2 PROBIDADE

O conceito de probidade (*probitate*) encontra-se arraigado ao de ética e moral. O agir ético identifica-se com o agir virtuoso e tem por finalidade a realização do bem. O bem refere-se à finalidade boa, virtuosa, ao que na situação considerada está conforme com a ideia de justiça.

Probidade significa integridade, honradez e pundonor. Probo (*probu*) qualifica o agir honesto, digno e virtuoso.

Improbidade é o contrário. A ação ímproba é desvestida de honestidade e justiça. Trata-se de ação ilícita, transgressora das normas de conduta estabelecidas.

A probidade constitui princípio regente da Administração Pública. O ato de improbidade pode ensejar várias sanções tais como a suspensão de direitos políticos, a perda de mandato, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário (CF, arts. 15, V, 37, § 4º, 55, IV, § 3º).

O citado art. 14, § 9º, da Constituição, determina que Lei complementar estabeleça hipóteses de inelegibilidade “a fim de proteger a probidade administrativa”.

4 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

O bem, portanto, objeto de salvaguarda é a probidade *administrativa*, a qual refere-se ao exercente de cargo ou função pública, seja ou não de natureza política.

Há um aspecto preventivo na presente exigência. É preciso que o candidato a cargo público-eletivo seja virtuoso, que tenha agido com correção e integridade nas relações que participou, nas atividades que realizou e nas posições que ocupou, sejam elas privadas ou públicas.

É mais que imperioso exigir-se que agentes públicos sejam probos, honestos e dignos, porquanto eles são responsáveis pela gestão de bens e interesses que não lhes pertencem, sendo, antes, do domínio de todos. Devem sempre agir com boa fé objetiva. Afinal, se de qualquer pessoa é esperado que atue com zelo e correção na gestão de seus negócios privados, com maior razão isso deve ser exigido dos gestores do bem comum.

O fato de não passar no teste de probidade evidencia que, em experiências anteriores, o candidato não agiu com correção e integridade e, portanto, que não respeita normas sociais nem jurídicas. Pode-se, então, concluir que provavelmente não as respeitará, quando tiver de gerir a *res publica* no exercício de mandato outorgado pela soberania popular. Caso seja eleito, é possível que se deixe arrastar pelos caminhos tortuosos da desonestidade, da corrupção e da improbidade – que tantos malefícios trazem à sociedade.

Daí o vertente § 9º autorizar o legislador a erigir casos de inelegibilidade “a fim de proteger a probidade administrativa”. Para tanto, poderá ser considerada a história do candidato, as atividades que realizou e sua atuação na direção de órgãos e entidades.

Um exemplo de inelegibilidade fundada na exigência de probidade encontra-se prevista na alínea *l*, inciso I, art. 1º, da LC nº 64/90⁵, que dispõe serem inelegíveis para qualquer cargo “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”. Outro exemplo encontra-se na alínea *g* daquele mesmo dispositivo, segundo a qual são inelegíveis “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 [...]”.

Vale observar que o princípio em apreço não se dirige apenas ao legislador, mas também ao juiz. A este, quando da interpretação e aplicação a situações concretas das hipóteses de inelegibilidade legalmente previstas.

3 MORALIDADE

O princípio da moralidade é previsto no art. 14, § 9º, da Constituição, que autoriza o legislador complementar a instituir inelegibilidade a fim de proteger “a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”.

5 BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 maio 1990.

Embora não se confundam, é corrente o uso do termo *ética* como sinônimo de moral. A palavra *ética* é originária do grego (*ethiké*). Foi traduzida para o latim como moral (*mos*, plural = *mores*). Significava, por um lado, o conjunto de princípios e valores orientadores da ação humana em geral. Por outro, designava a dimensão prática das ações individuais, ou seja, a realidade da existência.

Ética é a ciência que discute e problematiza o comportamento humano. Analisa o que se deve entender, em um determinado tempo e lugar, por justo e injusto, bem e mal, certo e errado. Suas proposições descrevem o dever-ser da ação humana, apontando os valores e os princípios que a norteiam nos níveis individual e social. Ademais, discute e procura responder perguntas como: O que fazer? Como agir? Por que agir dessa e não de outra maneira?

Já a moral ocupa-se da ação em si mesma, na prática, ou seja, com o que ocorre concretamente na vida individual e social. *Mores* é o ambiente histórico-cultural construído pelo homem em sua vida de relação, em um determinado tempo e lugar. Trata-se, pois, das práticas e relações vivenciadas pelas pessoas, que se expressam por meio de usos, hábitos e costumes. O agir moralmente implica seguir tradições e costumes, os quais podem não estar em sintonia com os preceitos da ética.

Em sentido pejorativo, diz-se *moralista* a pessoa que de forma solipsista (ou seja, de maneira isolada e a partir de interpretações subjetivas) preconiza a observância de rígidos preceitos morais e códigos de conduta.

A ação moral pressupõe a liberdade de querer e de agir, pois implica a adesão espontânea da pessoa à regra moral.

Note-se que a conduta pode ser moral, por se encontrar de acordo com as tradições e os costumes em voga, e não ser ética, por não se afinar com os princípios e os valores reconhecidos.

Portanto, a ética questiona a moral e seus fundamentos, bem como os comportamentos nessa última baseados. Em tal sentido, a moral constitui-se em objeto de conhecimento da ética.

Da historicidade, temporalidade e espacialidade dos sistemas ético-morais resulta que cada qual deles possui seus respectivos valores e, pois, suas próprias premissas e finalidades. Por conseguinte, cada sociedade funda uma moral que lhe seja intrínseca, que explicita valores válidos para todos os seus membros. Todavia, dentro de uma mesma sociedade podem conviver diferentes esferas morais, cada qual relacionada aos valores de um grupo ou de uma específica classe social; todas, porém, inseridas em um arcabouço moral mais amplo e envolvente.

De modo geral, há diversos valores que se repetem nos vários sistemas morais, mas a perseguição das ideias de bem e justiça parece constituir objetivo comum a todos eles. Não se conhece, com efeito, nenhum sistema que persiga o mal, a injustiça, a intolerância ou o sofrimento alheio.

No sistema ético-moral brasileiro é notória a influência de elementos aportados das culturas greco-romano-cristã, indígena e africana. Consagraram-se entre nós valores como: respeito ao próximo, honestidade, lealdade, não causar mal ao próximo, não subtrair para si coisa alheia, não se enriquecer ilicitamente,

ter o trabalho como fonte de renda e algo enobrecedor, não enganar, não mentir, cumprir a tempo e modo os compromissos, responsabilizar-se pelos próprios atos, respeitar os pais, valorizar a própria vida e a dos outros, não matar, não cometer parricídio, não cometer suicídio.

Tornou-se comum, nos dias correntes, a exigência de ética na política e, de resto, em todos os setores da vida social. As ações imorais, antiéticas, têm sido repudiadas em toda parte. Não foi à toa que o art. 37, *caput*, da Constituição, erigiu a moralidade administrativa como princípio da Administração Pública. Mas, infelizmente, muitos ainda não se sentem incomodados com isso. Talvez por acreditarem no altíssimo índice de impunidade creditado às instituições brasileiras, que tradicionalmente só fazem questão de punir gente pobre, carente de poder e influência. É voz corrente que no Brasil a elite protege os seus pares transgressores, o que, aliás, é fato empiricamente constatável.

Nos domínios eleitorais, o princípio da moralidade inscrito no art. 14, § 9º, da Constituição, conduz a apreciação ética para dentro do jogo político-eleitoral.

O princípio em apreço requer que o candidato a cargo público-eletivo se adeque ao padrão ético-moral vigente na comunidade. Esse constitui um modelo social, um paradigma objetivo, que a todos se impõe, cuja observância é obrigatória na vida de relação. A transgressão a esse modelo ceifa a dignidade do mandato público.

Com base nessa premissa, o citado § 9º, art. 14, autoriza o legislador a erigir casos de inelegibilidade a fim de proteger a “moralidade para exercício de mandato”. Para tanto, poderá ser “considerada [a] vida pregressa do candidato”, ou seja, a sua experiência histórica, suas ações e atividades na comunidade.

Ressalte-se, porém, que não é qualquer desvio moral que autoriza a criação de hipótese de inelegibilidade. Por se tratar de direito político fundamental, a cidadania passiva não pode ser limitada com base em fatos de pouca importância, tampouco por apreciações demasiado moralistas, subjetivas e, enfim, solipsistas. Ao contrário, há mister que a conduta ou a situação posta como pressuposto da inelegibilidade seja relevante, que afete um padrão ético-moral objetivo e importante para a vida da comunidade.

Afinal, no vigente sistema constitucional de garantias e no atual estágio da civilização, a imposição de restrição a direito fundamental só tem sentido se houver necessidade. Como bem pontuou Arthur Kaufmann⁶, as normas jurídicas só devem intervir, quando houver afetação de *bens jurídicos*, devendo a perturbação da ordem resultante dos pecados do homem individual permanecer fora da esfera jurídica.

Exemplos de inelegibilidade fundada na exigência de moralidade para exercício de mandato encontram-se: *i*) na alínea e, I, art. 1º, da LC nº 64/90, segundo o qual são inelegíveis as pessoas que forem condenadas pelos crimes lá arrolados, “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”; *ii*) na alínea o, I, art. 1º, da LC nº 64/90, segundo o qual são inelegíveis “os

6 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 323.

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”⁷.

O princípio em apreço não tem por destinatário apenas o legislador, senão também o juiz. A este, quando da interpretação e aplicação a uma situação concreta da regra legal instituidora de inelegibilidade. Aqui vale ressaltar que ao juiz não é permitido criar inelegibilidade, ainda que apoiado em princípio constitucional, pois tal tarefa a Constituição reserva exclusivamente ao legislador complementar.

4 NORMALIDADE DAS ELEIÇÕES

O citado art. 14, § 9º, da Constituição, determina que Lei complementar estabeleça hipóteses de inelegibilidade a fim de proteger a *normalidade* das eleições.

Importa, então, saber os possíveis significados dessa expressão. O que afinal, deve-se compreender por normalidade das eleições? O que são eleições normais?

Na teoria política contemporânea, assinala Norberto Bobbio⁸ que o único modo de se chegar a um acordo, quando se fala de democracia, “é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”. Pondo em destaque as “regras do jogo”, essa concepção processual de democracia enfatiza o método estabelecido para a conquista do poder político, bem assim o *como* se chegar a decisões políticas democraticamente fundadas e revestidas de legitimidade.

No cerne desse debate encontra-se o “processo eleitoral”. Este pode ser compreendido como espaço democrático e público de livre manifestação da vontade política coletiva. É o *locus* em que são concretizados direitos políticos fundamentais, nomeadamente as cidadanias ativa (*ius suffragii*) e passiva (*ius honorum*). Trata-se de fenômeno participativo, em que inúmeras pessoas e entes atuam cooperativamente em prol da efetivação da soberania popular e concretização do direito fundamental de sufrágio. Trata-se, pois, do *locus* próprio para a escolha democrática de *quem* estará autorizado a legitimamente decidir as questões coletivas.

Em uma de suas dimensões, o processo eleitoral constitui sistema lógico-normativo, formado por princípios e regras, devendo estar em harmonia com os valores e direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal.

Entre suas funções, destaca-se a de regular as regras do jogo da disputa pelo exercício do poder político-estatal. Para ser democrático, é preciso que o processo eleitoral possibilite que haja verdadeira competição entre todas as forças políticas presentes na comunidade, sobretudo as minoritárias. Também é preciso que a disputa do pleito ocorra de forma efetiva, livre e – na medida do possível – em igualdade de condições, ideia essa bem traduzida pela expressão “paridade de

7 BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 maio 1990.

8 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 13. ed. rev. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 35.

armas”. Só assim se poderá afirmar que as eleições são autênticas e ocorreram normalmente, sendo, pois, legítimos os mandatos conquistados. Só assim haverá espaço para que os perdedores reconheçam a legitimidade da vitória dos ganhadores, alcançando-se dessa forma a paz social.

Nessa perspectiva, a normalidade das eleições liga-se à observância do arcabouço normativo inerente ao processo eleitoral. De maneira que se pode qualificar como normal as eleições realizadas em harmonia com o regime jurídico do processo eleitoral.

5 LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÕES

A legitimidade das eleições é expressamente contemplada no art. 14, § 9º, da Constituição. Por igual, legítimos devem ser os mandatos delas resultantes.

Legítimo é o que está de acordo com a verdade, com a ideia de justiça e com os valores predominantes, é o que observou o procedimento legalmente delineado, enfim, é o que resulta da soberania popular manifestada em consonância com o Direito.

Há legitimidade quando a comunidade reconhece e aceita algo como correto, justo e adequado; baseia-se na observância das normas e dos valores em voga, no consenso e no reconhecimento geral.

Conforme ressalta Dias⁹, a legitimidade forja a convicção de um “dever moral de obediência enquanto se respeitem as bases que a fundamentam e que essencialmente consistem nas opiniões, valores, crenças, interesses e necessidades de determinada comunidade”.

Poder legítimo é, portanto, aquele consentido ou aceito como justo. Autoridade legítima é aquela respeitada na comunidade, sendo suas orientações e comandos reconhecidos e observados. Nesse sentido, fazendo alusão à escola sociológica, lembra Pedicone de Valls¹⁰ que “la fuente de validez de la legitimidad de los gobernantes se desprende del hecho de su aceptación por el pueblo, es decir que un fenómeno social fundamenta el derecho”. Aqui, portanto, a legitimidade exhibe sua face empírica, deixando de apoiar-se exclusivamente em uma dimensão linguístico-normativa.

Hodiernamente, dúvida não há de que a legitimidade do exercício do poder estatal por parte de autoridades públicas decorre da escolha levada a cabo pelo povo. Em uma sociedade verdadeiramente democrática, os cidadãos governados é que elegem seus governantes, reconhecendo-os como autoridades investidas de poder político.

Essa escolha deve ser feita no bojo de um processo justo e constitucionalmente conformado, pautado por uma disputa limpa, equilibrada, isenta de abusos de poder, livre de vícios, corrupção ou fraude. A escolha é sempre fruto do consenso popular que, de certa maneira, homologa os nomes dos candidatos, consentindo que exerçam o poder político-estatal e, pois, submetendo-se a seu exercício. A

9 DIAS, Reinaldo. *Ciência política*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 41.

10 PEDICONE DE VALLS, María Gilda. *Derecho electoral*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2001. p. 48.

propósito, salienta Alain Lagarde¹¹: “On considère ainsi que le consentement au pouvoir ne peut légitimement être obtenu qu’à l’issue d’un acte électoral qui traduit dans les faits les valeurs d’égalité et de liberté fondatrices de nos sociétés”.

Nesse contexto, a observância do processo legal é essencial para a legitimidade dos governantes. O procedimento deve desenvolver-se de forma a garantir o equilíbrio entre os concorrentes e a imparcialidade das autoridades encarregadas de controlá-lo, de maneira a ensejar que todos os participantes tenham ampla liberdade de expressão e de informação, e gozem das mesmas oportunidades de se apresentar ao eleitorado e divulgar suas ideias e projetos. Tal procedimento não é outro senão o processo eleitoral democrático.

Note-se que legitimidade não se confunde com legalidade. Esta se refere à conformação ou adequação de um fato ao Direito Positivo. Já a ideia de legitimidade é bem mais ampla e sutil, pois pressupõe essa adequação, isto é, pressupõe a legalidade; na verdade, encontra-se a legitimidade relacionada a um sistema de valores. Consoante assinala Bonavides¹², a “legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração”; suas exigências são “mais delicadas, visto que levanta o poder de fundo, questionando acerca da justificação e dos valores do poder legal [...]”. Legítimo é o poder cujo detentor tem o direito de exercê-lo, exercendo-o, portanto, a justo título, e de forma consentida.

6 ABUSO DE PODER E DESVIRTUAMENTO DAS ELEIÇÕES

Da observância do regime jurídico atinente ao processo eleitoral exsurtem a normalidade e legitimidade das eleições e, conseqüentemente, da lúdima representação política, abrindo-se a via para o exercício legítimo e consentido do poder político-estatal. Trata-se, então, de pressuposto fundamental para realização do Estado Democrático de Direito.

Conforme acentua Fávila Ribeiro¹³: “o Direito Eleitoral revela continuado propósito em garantir a vontade genuína do corpo eleitoral, através da qual pode germinar a representação política em sua autenticidade substancial.” Deve, então, essa disciplina

[...] demonstrar a sua eficiência pelos resultados que possa obter na frenação de qualquer abuso de poder, seja proveniente de agentes públicos, seja cometido por instâncias privadas. É propriamente o poder, no exercício expansivo de suas dominações corrosivas, que precisa ser flagrado e contido.

Na ciência política, tornou-se clássico o ensinamento pelo qual o detentor de poder político-estatal tende a dele abusar. A respeito, pondo em destaque a influência corrosiva advinda do poder, angariou fama o aforismo cunhado pelo pensador inglês do século XIX, Lord Dalberg Acton: “o poder tende a corromper,

11 LAGARDE, Alain. *Le pouvoir*. Paris: Ellipses, 2000. p. 23.

12 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 121.

13 RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 25-30.

e o poder absoluto corrompe absolutamente”. Daí o acerto da doutrina da tripartição dos poderes que, conforme bem observou Montesquieu¹⁴, “par le mouvement nécessaire des choses [...] seront forcées d’aller de concert”. O poder refreia o poder, na medida em que os poderes institucionalizados são forçados a seguir juntos, preferencialmente em harmonia. A distribuição do poder político por instituições diversas previne o arbítrio, ensejando equilíbrio em seu exercício.

Diversas são as dimensões do poder na sociedade. Destacam-se, entre elas, além do político, o econômico, o ideológico e o midiático.

O poder político é fundado no imperativo de se governar a sociedade, as instituições e organizações sociais – para tanto, nos regimes democráticos, é fundamental a construção de consensos com vistas à criação e à execução das regras necessárias ao funcionamento da sociedade.

O poder econômico se funda na propriedade, posse ou controle de bens economicamente apreciáveis, os quais são empregados como meio de influir ou determinar o comportamento de outras pessoas.

Já o poder ideológico se firma em informações, conhecimentos, doutrinas e até códigos de conduta, que são usados para influenciar o comportamento alheio, de sorte a induzir ou determinar o modo individual de agir. Aqui se tem a construção de discursos e significados que determinam ou orientam a ação dos atores sociais.

Por fim, o poder midiático – da mídia – é o que mais suscita debates sobretudo no atual contexto de dominação das novas tecnologias, em que a sociedade passou a funcionar em rede (redes comunicacionais). Com a pós-modernidade, foi também inaugurada a era da pós-verdade e do pós-fato, em que a ideia iluminista de verdade – eminentemente racional e relacionada a fatos objetivos – perde importância, sendo substituída por meras impressões, crenças, interpretações e visões subjetivas (solipsistas). Merece destaque, ainda, a incontrolável proliferação de perfis falsos, atuação de robôs e *fake news* nas redes sociais.

No mundo virtual, a veracidade ou legitimidade de um enunciado ou de uma comunicação advém não de sua relação com fatos históricos, objetivos, mas sim da quantidade de visualizações, cliques, *likes* e comentários que gera, de modo que o efeito de verdade decorre de sua circulação massiva.

Para se mensurar a relevância da relação estabelecida entre poder e mídia, não custa lembrar que o poder joga com a determinação da forma como sentimos, pensamos e agimos. O indivíduo absorve passivamente ideias, valores e modelos que lhe são apresentados em atraentes embalagens, tendo limitada ou mesmo anulada sua liberdade, sua criatividade, seu poder de crítica – torna-se, portanto, um ser genérico e amorfo.

De sorte que deter informações relevantes e controlar instrumentos e meios de comunicação significa gozar de importante influência no ambiente social, especialmente no processo político-decisório.

Nesse contexto, não há dúvida de que inúmeras situações abusivas e ilícitas podem ocorrer (e de fato ocorrem), em prejuízo da livre formação da convicção política dos cidadãos, de seu direito fundamental de votar sincera e livremente, sem

14 MONTESQUIEU. *De l’esprit des lois*. Paris: Garnier-Flammarion, 1979. p. 302.

ser manipulado pelo poder midiático nem ludibriado em sua boa-fé e na confiança que deposita nas instituições democráticas. Resulta, pois, prejudicado o processo democrático, a normalidade das eleições e a lúdima representação política.

No Direito Eleitoral, por *abuso de poder* compreende-se o mau uso de direito, situação ou posição jurídicas com vistas a se exercer indevida e ilegítima influência em dada eleição. Para caracterizá-lo, fundamental é a presença de uma conduta em desconformidade com o Direito (que não se limita à lei, cumpre sempre recordar), podendo ou não haver desnaturamento dos institutos jurídicos envolvidos no evento. No mais das vezes, há a realização de ações ilícitas ou anormais, denotando mau uso de situações ou posições jurídicas ou mau uso de bens e recursos detidos pelo agente ou beneficiário ou a eles disponibilizados, isso sempre com o objetivo de se influir indevidamente em determinado pleito eleitoral.

Note-se que o conceito jurídico de abuso de poder é indeterminado, fluido e aberto; sua delimitação semântica, em regra, só pode ser feita na prática, diante das circunstâncias que o evento apresentar. Portanto, em geral, somente as peculiaridades do caso concreto é que permitirão ao intérprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso de poder.

O conceito, em si, é uno e indivisível. As variações que possa assumir na prática decorrem de sua indeterminação *a priori*. Sua concretização tanto pode se dar por ofensa ao processo eleitoral, resultando o comprometimento da normalidade ou legitimidade das eleições, quanto pela subversão da vontade do eleitor, em sua indevassável esfera de liberdade, ou pelo comprometimento da igualdade da disputa.

No plano dos efeitos, a natureza, a forma, a finalidade e a extensão do abuso praticado podem induzir diferentes respostas sancionatórias do sistema jurídico.

O intuito do legislador é prestigiar bens e valores fundamentais como liberdade, virtude, igualdade, sinceridade, normalidade e legitimidade no jogo democrático. Pretende-se que a representação popular seja genuína, autêntica e, sobretudo, originada de processo legítimo. Não basta, pois, que haja mero cumprimento das formalidades do processo eleitoral, pois a legitimidade exsurge sobretudo do respeito àqueles valores.

Cumpram ressaltar a existência de inelegibilidades fundadas em abuso de poder, a exemplo da alínea *d*, I, art. 1º, da LC nº 64/90, que afirma serem inelegíveis para qualquer cargo os que tenham contra si representação julgada procedente “em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político”.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS: REVISÃO DA DECISÃO DAS URNAS

Com a afirmação histórica da soberania popular e dos princípios democrático e representativo, foram desenvolvidos métodos e sistemas de controle de eleições, elegibilidade e investidura em mandatos político-representativos. O controle visa assegurar os bens e valores referidos, tendo, pois, a precípua finalidade de livrar o processo eleitoral de abusos de poder, fraudes e irregularidades que possam desnaturá-lo e retirar-lhe a legitimidade. A esse respeito, conhecem-se dois grandes sistemas: legislativo e jurisdicional.

Pelo sistema legislativo ou de verificação de poderes, o Poder Legislativo é o juiz soberano das eleições, da elegibilidade e investiduras políticas de seus membros, competindo-lhe controlar seus próprios mandatos e as eleições, bem como conhecer e decidir todas as questões e lides ocorrentes. Foi consagrado, inicialmente, na Inglaterra com o *Parliamentary Election Act* de 1695 e, na França, com a Constituição de 1791. Inicialmente, a verificação eleitoral cabia ao monarca, mas o Legislativo paulatinamente tomou para si essa prerrogativa, assumindo, pois, o controle da regularidade da votação, da elegibilidade e investidura dos membros do Parlamento. Cedo, porém, despontaram graves distorções, entre as quais se destacam: a discricionariedade dos julgamentos, o acentuado corporativismo, a inconveniência de se entregar função tipicamente jurisdicional (que, em princípio, deve se basear em critérios técnicos e objetivos) a órgão eminentemente político, diretamente comprometido com as questões a serem apreciadas.

Assinala Viana Pereira¹⁵ que o sistema jurisdicional surge:

[...] como resposta às insuficiências apresentadas pelos sistemas políticos, com a intenção de substituir um controle discricionário por um controle técnico e juridicamente enquadrado. Sua criação deve-se ao *Election Petitions and Corrupt Practices at Elections Act* de 1868 e ao *Parliamentary Elections and Corrupt Practices Act* de 1879, promulgados na Inglaterra em um ambiente de combate às fraudes e corrupções eleitorais que infestavam a prática britânica [...].

A realidade sociopolítica de cada país impôs o desenvolvimento de sub-sistemas jurisdicionais próprios, entre os quais figuram os de jurisdição ordinária, especializada e constitucional. No primeiro, o controle de eleições e investiduras políticas é confiado à Justiça Comum. Já na jurisdição especializada, essa matéria é entregue a um órgão especializado, sendo criada uma estrutura dentro do Poder Judiciário. Por fim, no modelo de jurisdição constitucional, o controle é exercido por Tribunal Constitucional.

Fala-se, ainda, em sistema misto ou eclético, o qual procura fundir peculiaridades dos dois anteriores; por isso, ele também é conhecido por semiparlamentar ou de tribunal especial. Conforme assevera Tavares¹⁶, aqui o controle é exercido *a priori* pelo Poder Legislativo: “entretanto, há um tribunal especial, composto por membros de outros poderes, inclusive e principalmente provenientes do Poder Judiciário, que exerce a função revisional dessas decisões”.

No Brasil, o sistema legislativo de verificação de poderes foi acolhido no art. 21 da Carta Imperial de 1824 e no art. 18, parágrafo único, da Constituição de 1891. Vigorou até o fim da República Velha; portanto, por mais de um século.

Ante as vicissitudes históricas – mormente a farsa eleitoral e a inautenticidade da representação política no Império e na República Velha –, esse modelo foi substituído pelo de jurisdição especializada, fato ocorrido nos albores da era Vargas,

15 PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 38.

16 TAVARES, André Ramos. *Justiça e administração eleitorais na federação brasileira: entre a justiça estadual e a federal. Estudos Eleitorais*, Brasília, DF, v. 6, n. 2, p. 9-28, maio/ago. 2011. p. 12.

com a promulgação do primeiro Código Eleitoral pátrio – instituído pelo Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Tal norma criou a Justiça Eleitoral como instituição independente, voltada exclusivamente para o controle e a organização das eleições (alistamento eleitoral, campanha, votação, apuração dos votos, proclamação e diplomação dos eleitos) e, ainda, resolução dos conflitos delas surgidos.

Em 1934, a Justiça Eleitoral foi constitucionalizada. Prevista como órgão do Poder Judiciário (CF/34, art. 63, *d*), possuía competência privativa para o processo das “eleições federais, estaduais e municipais”¹⁷ (art. 83). Embora tenha sido extinta em 1937 pela Constituição do Estado Novo, foi restabelecida e contemplada nas constituições posteriores de 1946 e 1967. Na vigente Constituição de 1988, a Justiça Eleitoral integra à estrutura do Poder Judiciário, conforme se vê em seu art. 92, *in verbis*: “São órgãos do Poder Judiciário: [...] V – os Tribunais e Juízes Eleitorais.” Esse preceito é complementado pelo art. 118, que dispõe: “São órgãos da Justiça Eleitoral: I – o Tribunal Superior Eleitoral; II – os Tribunais Regionais Eleitorais; III – os Juízes Eleitorais; IV – as Juntas Eleitorais”¹⁸.

Portanto, no sistema político-constitucional brasileiro, o controle do processo eleitoral, da elegibilidade, das eleições e da investidura nos cargos político-eletivos foi confiado à Justiça Eleitoral. E isso já pelo Poder Constituinte originário.

Tal controle apresenta diversas implicações, entre as quais destaca-se com cores fortes a imperiosa e inafastável necessidade de se zelar pela normalidade do processo eleitoral, bem como pela legitimidade e sinceridade das eleições. A propósito, a segunda parte do art. 22, 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, afirma peremptoriamente que, ao exercer a cidadania ativa, a vontade do povo “deve exprimir-se através de eleições honestas”¹⁹.

Isso porque o Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito, tem por fundamento a soberania popular, e reconhece solene e expressamente que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”²⁰ (CF, art. 1º, *caput*, I, e parágrafo único).

Diferentemente do que ocorria no Império e na Primeira República, o povo brasileiro do século XXI não é certamente de ser descartado como – na irônica expressão de Raymundo Faoro²¹ – o “mais sedicioso e anárquico” dos componentes da República. Naquele tempo, a justiça era apartada da lei e da Constituição, tendo como fonte primordial a vontade de chefetes regionais, governadores de Províncias e Estados, que sempre e sempre manipulavam, fraudavam e corrompiam o sistema para se perpetuarem no poder. Em todos os níveis e lugares, as eleições não passavam de uma farsa, de grosseira dissimulação – era um teatro, apenas isso. O que se passava nas seções eleitorais, reporta o aludido autor, “é mera comédia

17 BRASIL. Constituição de 1934. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, [Rio de Janeiro], 16 jul. 1934.

18 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

19 NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [Paris], 10 dez. 1948.

20 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

21 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 644-645.

para aparentar que se observa a lei: o que vale, o que vai servir perante o poder verificador, é o que se faz depois, são as atas que se lavram mais tarde, em casa dos chefes eleitorais, ao sabor de suas conveniências”²².

Hoje, que fique bem claro, o povo não é apenas lembrado pelos “demagogos de sempre”. Constitui-se, antes, como o soberano da nação. Com dignidade, é o artífice de sua história, senhor de sua vontade e de seu destino. Tem consciência de seu poder, e sabe que sua vontade “é o fundamento da autoridade dos poderes públicos” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 21, 3, primeira parte). O fundamento do poder, portanto, repousa na vontade do povo, e não em uma inescrutável vontade mística ou divina, não na vontade de demagogos chefetes políticos.

Deveras, a soberania popular é “exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (CF, art. 14). É direito humano fundamental de todos os cidadãos “de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores”²³ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 23, b).

O *locus* do exercício desse direito humano e político fundamental é o processo eleitoral. E este, essencialmente, configura um método desenhado para a tomada de decisões coletivas.

Conforme visto, a própria Constituição estabelece como bens e valores fundamentais, entre outros, a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, a normalidade e legitimidade das eleições, autorizando, ainda, a impugnação e, pois, a cassação de mandato eletivo (CF, art. 14, §§ 9º e 10).

Por óbvio, o ferimento a esses bens e valores pode ensejar respostas do Estado-jurisdicção, incumbido que é do controle das eleições e da investidura dos mandatos político-eletivos, respostas essas que podem, sim, consistir na cassação do diploma ou do mandato e na conseqüente revisão da decisão das urnas.

Isso porque essa decisão, posto que coletiva, encontra-se viciada, maculada, conspurcada pelo abuso de poder. Justo por isso, dela não resulta mandato representativo legítimo.

Mas note-se que a revisão em comento só poderá ocorrer no âmbito de um processo justo (*due process of law*), no qual sejam devidamente assegurados às partes acesso à Justiça, contraditório, ampla defesa, paridade de armas, publicidade, motivação das decisões, juiz natural e imparcial.

Discute-se se a Justiça Eleitoral teria poder e autoridade bastantes para revisar a decisão do povo nas urnas, cassando mandatos outorgados pela soberania popular.

O eminente Professor Dalmo de Abreu Dallari²⁴ apreciou a questão de “se o Presidente da República e seu Vice-Presidente podem ter o mandato cassado

²² Ibidem.

²³ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. San José, 22 nov. 1969.

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer de Dalmo de Abreu Dallari contra o impeachment de Dilma. *Jota*, São Paulo, 7 out. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/docs/parecer-de-dalmo-de-abreu-dallari-contra-o-impeachment-de-dilma-07102015>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

por decisão do Tribunal Superior Eleitoral em ação de impugnação de mandato eletivo, ao arripio dos artigos 85 e seguintes da Constituição”. Depois de lembrar o ensinamento do douto constitucionalista luso J. J. Canotilho, no sentido de que a Constituição é “norma superior e vinculante”, condicionando todas as interpretações e aplicações dos preceitos jurídicos brasileiros, concluiu que “o artigo 85 da Constituição, dispõe, especificamente, sobre as hipóteses de cassação do mandato do Presidente da República e ali não se dá competência ao Tribunal Superior Eleitoral para decidir sobre a cassação”. Lembrou, ainda, “o disposto no parágrafo 4º do artigo 86 da Constituição, que é absolutamente claro, quando dispõe que “O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

Entretanto, no âmbito da jurisdição eleitoral, o reconhecimento do aludido poder e autoridade da Justiça Eleitoral foi reiterado pela unanimidade da Corte Superior Eleitoral, no julgamento das ações eleitorais que tiveram no polo passivo a chapa Dilma-Temer (formada por Dilma Vana Rousseff e Michel Miguel Elias Temer Lulia), vitoriosa nas eleições presidenciais de 2014, fundadas em abuso de poder econômico, a saber: ações de investigação judicial eleitoral (AIJE) nº 194358 e 154781, bem como a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) nº 761, todas reunidas por conexão e julgadas conjuntamente.

E outra não poderia ter sido a solução. Afinal, foi o próprio Poder Constituinte Originário que estabeleceu a competência especial da Justiça Eleitoral para conhecer e julgar impugnações de mandato, sem fazer distinção de qualquer espécie, nomeadamente sem diferenciar a natureza do mandato impugnado, se majoritário ou proporcional, se de presidente da República, governador de Estado, prefeito, senador, deputado ou vereador. O juiz natural é o mesmo órgão eleitoral que procedeu ao registro da respectiva candidatura, com recursos para os tribunais superiores (CF, art. 121, §§ 3º e 4º).

Rebrilha o acerto dessa interpretação, quando se pensa que a cassação de mandato, ainda que de presidente da República, tem por fundamento *causa eleitoral*, ou seja, causa relacionada a evento ocorrido durante o processo eleitoral e que afetou de forma indelével a manifestação de vontade do povo, tornando-a, portanto, inválida, o que afeta a higidez da diplomação e a própria atribuição do mandato eletivo.

É verdade que a Constituição é norma superior e vinculante, condicionante de todas as interpretações e aplicações dos preceitos jurídicos brasileiros. Mas nem por isso se pode olvidar o princípio interpretativo da unidade da Constituição. O próprio J. J. Canotilho²⁵, com a lucidez que o distingue, assinala que esse princípio requer

[...] que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1996. p. 226.

[...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...]. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

Em conclusão, não há óbice constitucional a que a Justiça Eleitoral possa rever decisão emanada das urnas, da soberania popular, fazendo-o com a autoridade que a Constituição Política lhe confere direta e expressamente, contanto que seja atendido o devido processo legal.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 91-96.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 13. ed. rev. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Constituição de 1934. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, [Rio de Janeiro], 16 jul. 1934.
- _____. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 maio 1990.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral: introdução, norma penal, fato punível*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. tomo 1.
- CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1996.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. San José, 22 nov. 1969.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer de Dalmo de Abreu Dallari contra o impeachment de Dilma. *Jota*, São Paulo, 7 out. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/docs/parecer-de-dalmo-de-abreu-dallari-contr-o-impeachment-de-dilma-07102015>>. Acesso em: 7 dez. 2017.
- DIAS, Reinaldo. *Ciência política*. São Paulo: Atlas, 2008.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- LAGARDE, Alain. *Le pouvoir*. Paris: Ellipses, 2000.
- MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Garnier-Flammarion, 1979.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [Paris], 10 dez. 1948.
- PEDICONE DE VALLS, María Gilda. *Derecho electoral*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2001.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do romantismo até nossos dias*. 4. ed. São Paulo: Paulus, 1991. v. 3.
- RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- TAVARES, André Ramos. Justiça e administração eleitorais na federação brasileira: entre a justiça estadual e a federal. *Estudos Eleitorais*, Brasília, DF, v. 6, n. 2, p. 9-28, maio/ago. 2011.



**LA DEMOCRACIA CONTEMPORÁNEA. MITOS,
VELOS Y (PRESUNTAS) REALIDADES***
**A DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA. MITOS,
VÉUS E (PRESUMIDAS) REALIDADES**
**CONTEMPORARY DEMOCRACY. MYTHS,
VEILS AND (ALLEGED) REALITIES**

José Tudela Aranda*

RESUMEN

Las referencias a la crisis de la democracia representativa se han multiplicado en los últimos años. El parlamento y los partidos políticos han concentrado una buena parte de las críticas. Fundamentalmente, su defectuoso e ineficaz funcionamiento sería causa de la desafección de los ciudadanos. Para remediar esta crisis del modelo democrático representativo, una opinión generalizada sostiene que la solución es más democracia, más participación. Soluciones ligadas a una profunda desconfianza en la capacidad de corrección de las instituciones de la democracia representativa. En estas páginas se sostiene que la crisis de la democracia representativa tiene junto a causas “ordinarias”, propias del mal funcionamiento de los sujetos políticos, causas extraordinarias relacionadas con la inadecuación entre el modelo institucional y la transformación social acaecida en los últimos años. Una profunda conjunción que hace temer que la crisis se extienda desde las dinámicas de la democracia representativa a las propias convicciones democráticas.

Palabras clave: Democracia representativa. Democracia directa. Parlamento. Partidos políticos. Referéndum. Participación política.

RESUMO

As referências às crises da democracia representativa têm-se multiplicado nos últimos anos. O parlamento e os partidos políticos têm concentrado boa parte das críticas. Fundamentalmente, seu defeituoso e ineficaz funcionamento seria causa de insatisfação dos cidadãos. Para remediar esta crise do modelo democrático representativo, uma opinião generalizada sustenta que a solução é mais democracia, mais participação. Soluções ligadas a uma profunda desconfiança na capacidade de recuperação das instituições da democracia representativa. Nestas páginas, sustenta-se que a crise da democracia representativa tem junto a

* Este artigo foi publicado na Revista Española de Derecho Constitucional, año 37, nº 111, de 2017. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación de la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad: “Formas de participación política en los sistemas de gobierno multinivel y mejora de la calidad democrática” (DER2015-68160-C3-1-P).

** Profesor Asociado de Derecho Constitucional do Departamento de Derecho Publico de la Universidad de Zaragoza. Doctor em Derecho y licenciado en Ciencias Políticas. Letrado de las Cortes de Aragón. jtudela@cortesaragon.

causas “ordinárias”, próprias do mau funcionamento dos sujeitos políticos, causas extraordinárias, relacionadas com a inadequação entre o modelo institucional e a transformação social ocorrida nos últimos anos. Uma intensa combinação que faz temer que a crise se estenda desde as dinâmicas da democracia representativa às próprias convicções democráticas.

Palavras-chave: Democracia representativa. Democracia direta. Parlamento. Partidos Políticos. Referendo. Participação política.

ABSTRACT

The crisis of representative democracy has become an important topic in recent years. Most debates and critics have been concentrated on the Parliament and political parties. Deficits in the functioning of these institutions have been named as the origin of the discontent of citizens. In order to overcome the crisis of the representative democracy, most academics propose more democracy and more participation. However these solutions are rooted in a deep distrust in the self-healing capacity of representative institutions. In this text we will argue that the crisis of representative democracy has - along with “ordinary” causes linked to deficits of political institutions – very specific reasons which are related to the inadequacy between the existing institutional model and the social transformation of our societies during recent years. A cleavage that may extend the crisis of the representative democracy to a crisis of the democratic convictions of citizens.

Keywords: Representative democracy. Direct democracy. Parliament. Political parties. Referendum. Political participation.

1 LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: UNA ENFERMA CRÓNICA QUE VE AGRAVADO SU ESTADO

Las expresiones crisis del Parlamento o la democracia representativa está en crisis se han escuchado en los últimos años por doquier. Estudios, congresos y declaraciones políticas han querido hacerse eco de una situación emergente. Sin embargo, lo han hecho acudiendo a expresiones que son viejas. Ni siquiera se han resucitado ideas. No es exagerado decir que el Parlamento se encuentra en crisis desde que nació como institución moderna¹ y que, en consecuencia, algo similar se puede predicar de la democracia representativa. Con mayor o menor intensidad, el modelo de democracia representativa ha convivido con la crítica. Cierto es que, a pesar de ello, el modelo se consolidó y extendió de forma casi universal, hasta el extremo de alcanzar una posición que bien podía calificarse de paradigma.²

Para entender la evolución de este modelo y su presente, ha de recordarse que, en buena medida, el mismo gravita sobre dos instituciones esenciales. El propio Parlamento, donde la representación se hace cuerpo, y los partidos políticos que tienen la función de ser los intermediarios de la pluralidad social para convertirla

1 MANZELLA, A. La evolución de las instituciones parlamentarias. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, p. 361, 1989.

2 FUKUYAMA, F. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta, 1992.

en decisión política en el mismo Parlamento y en el gobierno. En consecuencia, la salud de una democracia representativa en gran parte descansa en el aprecio que estas dos instituciones sean capaces de generar entre los ciudadanos. Después de la Segunda Guerra Mundial y con recuerdo de los sucesos críticos que la precedieron, la democracia alcanzó un tiempo de plenitud. Hoy, por el contrario, es posible afirmar es que tras un tiempo de erosión lenta y muchas veces no visible, se han levantado los velos, y la crisis de la democracia representativa y de sus principales instituciones es innegable.

Si bien las raíces son más antiguas que lo que las apariencias muestran, se puede convenir en que en los últimos años, el deterioro de la confianza de los ciudadanos en los partidos se ha acentuado de forma alarmante. Simultáneamente, la confianza en las instituciones, Parlamento incluido, ha llegado a niveles de mínimos en la historia reciente de la democracia contemporánea. No se trata de un fenómeno aislado. Es prácticamente común a todas las democracias occidentales, incluso a aquellas que, objetivamente, pueden considerarse como más exitosas. Se ha tratado de un fenómeno progresivo. Una erosión paulatina de los suelos, que, aun advertida y denunciada, no ha propiciado la reacción necesaria. Y ha llegado un presente en el que esos suelos han comenzado a quebrarse y las preguntas y dudas a multiplicarse.³ El estudio, y eventual solución de esta situación, requiere de un correcto y exhaustivo análisis de causas. Al respecto, creo que las mismas atienden a dos fuentes bien diferenciadas. Unas de ellas serían las que bien pueden calificarse de ordinarias, inherentes al propio desenvolvimiento del sistema. Junto a las mismas, emergen otras que tienen raíces más profundas, directamente relacionadas con la transformación del modelo social que ha acompañado la democracia contemporánea. En conjunto, se extiende la percepción de que, en expresión acuñada, la calidad de la democracia es defectuosa.⁴

Si se hace parada para entender las causas inherentes al defectuoso desenvolvimiento de la democracia representativa, será fácil coincidir en que los malos comportamientos de los actores y una sensación generalizada de ineficacia e ineficiencia, se encuentran entre las principales. Causas que, lógicamente, multiplicaron su potencia a raíz de la crisis económica iniciada en 2008. En este punto, España puede mostrarse como uno de los ejemplos de referencia para este análisis. Crisis económica, corrupción, lejanía de los ciudadanos respecto de las instituciones y los partidos, ausencia de respuestas públicas a problemas críticos. Todas, circunstancias propicias para provocar reacción social. Como se sabe, esa reacción tuvo lugar con la potencia de las imágenes icónicas de la política. Hoy, puede decirse que el movimiento de los indignados del 15 M ha adquirido un verdadero valor simbólico para identificar, al menos, algunos de los rasgos más relevantes del presente político. La madrileña Puerta del Sol, la voz indignados y el grito de ¡No nos representan!, tuvieron la cualidad de la síntesis y de la expresividad.⁵ El sistema no daba respuesta a los problemas de los allí reunidos y, además, sus

3 LLERA, F. J. *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: diagnóstico y propuestas*. Madrid: CEPC, 2016.

4 PRESNO LINERA, M. La calidad de la democracia. Página abierta, n. 230, 2014a.

5 TORREBLANCA, I. *Asaltar los cielos*. Madrid: Debate, 2015. p. 120-137.

protagonistas se encontraban radicalmente alejados de sus inquietudes, cuando no, simplemente, eran corruptos.

No es posible detenerse en esas circunstancias ajenas al propio desenvolvimiento de las estructuras políticas de la democracia representativa y que se han denominado como extraordinarias. Pero es preciso resaltar uno de los rasgos más relevantes del conjunto de la crisis y que también tuvo su lógica presencia en el mencionado movimiento del 15 M. Se trata de la irrupción política de una nueva generación. De una generación cuyos vínculos con las anteriores, en lo que se refiere a cultura política, son muy escasos. Educados en un contexto social, relacional y tecnológico, radicalmente distinto al de sus mayores, viven y entienden la política de manera muy diferente. Sin exagerar, puede decirse que para una gran mayoría, los paisajes de la política tradicional son lo que para cualquier ciudadano los viejos daguerrotipos de los inicios de la fotografía.

Así, si bien desde perspectivas diversas, jóvenes y no tan jóvenes, observan como el sistema político no resuelve los problemas que les afectan. Es más, en muchas ocasiones consideran que ni siquiera logran que los temas que más les preocupan entren en la agenda de la política. Observan como, al menos según su percepción, pasa el tiempo y no hay señales de cambio en todo aquello que les inquieta. Percepción, percepciones. Porque no se trata sólo de si es así o no. Existe un factor adicional de extraordinaria importancia y a menudo relegado. Me refiero a la subjetividad. Una subjetividad en transformación individual y colectiva. Por una u otra razón, la conclusión relevante acaba en la misma afirmación. El sistema político no es eficaz, la democracia representativa no es eficaz.⁶ Y la mirada se dirige, necesariamente, a las instituciones que personifican ese sistema. Entre ellas, dos van a concentrar el debate alrededor de la crisis de la democracia representativa. Parlamento y partidos políticos.

Las instituciones no tienen vida propia. El Parlamento no tiene una voz autónoma con capacidad para decidir su presente y su mañana. Las instituciones son, en primer y fundamental lugar, lo que sus actores son capaces de hacer con ellas. Sus virtudes y sus defectos son las virtudes y defectos de los sujetos que las personifican. Incluso por encima del correspondiente diseño institucional. El Parlamento, como institución central de la democracia representativa, se ve lastrado por dos defectos con gran capacidad de erosión en el largo plazo. Por un lado, la ineficacia. Por otro, el ensimismamiento. El Parlamento no ha sido capaz de transformar su funcionamiento y sus funciones de forma que pueda transmitir sensación de eficacia y necesidad a los ciudadanos. Y, por otra parte, su agenda y forma de funcionar se ha alejado paulatinamente de las inquietudes de los ciudadanos y, muy en particular, de las nuevas generaciones. En consecuencia, como institución central de la política en la democracia representativa, va a concentrar todas las críticas que ésta reciba.^{7, 8}

6 ARAGÓN REYES, M. Planeamiento general: partidos políticos y democracia directa. En: BIGLINO CAMPOS, P. (Coord.). *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*. Madrid: CEPC, 2016. p. 24.

7 En el barómetro del CIS de abril de 2016, se mantiene la tendencia histórica. Los, la política en general, aparece, de forma muy destacada, como el tercer problema para los españoles. En realidad, es el segundo ya que el primero es el paro y el segundo la situación económica (El paro, 78.4%; la situación económica, 25.1%; y los partidos y la política en general, el 20.8%). (Disponível em: (<http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Marginales/3120_3139/3134/es3134mar.pdf>).

8 BLANCO VALDÉS, R. *Las conexiones políticas: partidos, Estado, sociedad*. Madrid: Alianza Editorial, 2001. p. 149-182.

El Parlamento se reparte las críticas con los partidos políticos, con intensidad similar. En una reflexión sobre el presente de la democracia representativa, los partidos ocupan, necesariamente, un lugar de privilegio. Si bien no es posible realizar el análisis exhaustivo que merecen, su posición en el sistema los hará subyacentes a muchas de las reflexiones que siguen.^{9, 10, 11} En cualquier caso, y en lo que a este punto interesa, hay que entender que las denuncias realizadas sobre la Institución parlamentaria, son denuncias sobre los partidos políticos, actores exclusivos del desenvolvimiento de la misma. También las críticas a los partidos han sido históricamente recurrentes.¹² Lo que distingue a lo sucedido en los últimos años es que el viento se ha convertido en vendaval y ha traído consigo olores diferentes. Sin retórica. La crítica ha adquirido tal fuerza que, en numerosos países, los sistemas tradicionales de partidos se han visto profundamente modificados. Más allá, en ocasiones los partidos tradicionales son sustituidos por movimientos de reciente aparición.¹³ Con una característica novedosa y muy relevante. No sólo han desaparecido, o devaluado, importantes partidos tradicionales, y emergido nuevos partidos. Se ha producido un cambio cualitativo muy significativo. Muchos de esos nuevos partidos responden a una idiosincrasia bien diferente de la tradicional. En términos simplificadores, se trata de partidos de corte populista. Son partidos que, lejos de rechazar esta calificación, tradicionalmente peyorativa, la enarbolan como distinción.

Si bien en una comprensión amplia del término se puede decir que el populismo es un rasgo aglutinador de los nuevos actores políticos, no es éste su único rasgo. Junto a esta característica, habría que mencionar como segundo dato de referencia, su vinculación con lo nuevo. Lo nuevo frente a lo viejo sería la segunda de las dialécticas de la política emergente. Un rasgo, la novedad, con proyecciones diversas. Por un lado, se plantea como distancia frente a lo existente. No hay vínculo. No puede haberlo. Son diferentes y nacen como diferentes. Precisamente, esa es la razón de ser de su aparición. Romper con un modelo desfasado e ineficiente. Junto a ello, estos actores traerán consigo nuevas actitudes, formas de hacer política y utilización de nuevos instrumentos. En gran medida, esa novedad se concentrará en torno a la comunicación y a una distinta utilización de las oportunidades que las tecnologías de la comunicación y de la información ofrecen a la política. Pero también se proyectará en negativo como rechazo casi absoluto a los hábitos y reglas vigentes, a la cultura de los antiguos.

Ligado a lo anterior, se aprecia la consolidación del entendimiento de la política como espectáculo. Una visión necesaria desde la importancia otorgada a la comunicación. A una interpretación de la comunicación acorde tanto con los nuevos medios disponibles como con las transformaciones sociales acaecidas. De hecho, difícilmente se podrán comprender muchos de los rasgos de la política emergente, si no se repara detenidamente en los cambios que afectan a la comunicación.

9 KELSEN, H. *Esencia y valor de la democracia*. Madrid: Labor, 1934.

10 GARCÍA PELAYO, M. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

11 SARTORI, G. *Partidos y sistemas de partidos I*. Madrid: Alianza Editorial, 1980.

12 BLANCO VALDÉS, R. *Las conexiones políticas: partidos, Estado, sociedad*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

13 PRESNO LINERA, M. La calidad de la democracia. *Página abierta*, n. 230, 2014a.

Sólo estos cambios explicarían por si mismos la emergencia de un nuevo modelo, como en su momento sucedió con la irrupción de la televisión. Como entonces, no cambia sólo la forma de transmitir el mensaje. Ésta condiciona de forma decisiva el comportamiento de los agentes.

En este contexto, la vieja ecuación sigue siendo válida. Los partidos políticos son inherentes a la democracia pluralista representativa. Si estimamos ésta como un modelo necesario, habrá que defender con rigor, coherencia y contundencia, su existencia. Una afirmación perfectamente compatible con la denuncia de los múltiples vicios que, con el transcurso del tiempo, han acabado por segar la hierba bajo sus pies. Y bajo los nuestros. Partidos y Parlamento son necesarios para la vigencia de un modelo que integre y fomente los valores de convivencia y progreso que ha representado, y todavía sigue representando, la democracia occidental. Pero para que una afirmación semejante escape al campo de la retórica y llegue a anidar en el mundo de lo real, exige una profunda transformación de estas instituciones.

Un mapa de cambios. De cambios profundos, horizontales y verticales. Cambios que afectan al hardware y al software de la política. Cambios que no parecen adecuarse a ninguna hoja de ruta previa y que no tienen limitaciones en sus aficciones. Por todo ello, parece conveniente advertir de los peligros que se ciernen sobre la democracia pluralista. La reflexión final debe buscar la mitad llena de la botella. Las dos visiones de la botella son compatibles. La afirmación de que la democracia representativa se encuentra en crisis convive con naturalidad con la idea de que nunca el ideal democrático ha sido tan fuerte ni ha estado tan extendido. Bastaría un mapa de geografía política para mostrar el alcance de esa fortaleza. No sólo se ha ganado en cantidad. También en calidad. La preocupación por las condiciones de desenvolvimiento de la democracia se ha extendido y ha dado frutos relevantes. Pero incluso por encima de ese mapa, cabría alegar el valor de un principio democrático al que casi nadie se atreve a cuestionar expresamente. Se pueden cuestionar la eficacia de los sistemas, la corrupción y ensimismamiento de los actores, los déficits de los partidos. Pero rara vez se plantea un modelo que, al menos en apariencia, no respete la esencia del principio democrático. Si ello es así, es porque la convicción de que el poder corresponde al pueblo, sigue viva más de dos siglos después de su proclamación por los revolucionarios de uno y otro lado del Atlántico.

2 LA REACCIÓN: LA VIS ATRACTIVA DE LA DEMOCRACIA NO REPRESENTATIVA

2.1 PRESUPUESTOS

Con contadas excepciones, el modelo de democracia consolidado tras la Segunda Guerra Mundial, fue un modelo vertebrado alrededor de la idea de representación política. La presencia de la llamada democracia directa (o semidirecta), construida alrededor de instrumentos como el referéndum o la iniciativa legislativa popular, fue escasa y poco relevante en términos cualitativos.¹⁴ Sin embargo, su

¹⁴ En el los diarios de sesiones del debate constituyente español de 1978, se puede leer como sólo la formación Alianza Popular, en boca de su portavoz Manuel Fraga, realizaba una encendida defensa del referéndum, precisamente para evitar ser prisioneros de los partidos políticos.

fantasma seguía presente. Sus fuentes de energía eran tan poderosas como lo era la evocación de la democracia de los antiguos. La convergencia de la crisis de la democracia representativa y un nuevo contexto tecnológico proclive a la multiplicación de los escenarios de participación, tenían que tener como consecuencia el renacer de la dialéctica democracia representativa/democracia directa. Hay que reparar en la importancia de ese nuevo contexto tecnológico. No sólo supone que se multiplican los instrumentos de participación. Implica, también, una transformación cualitativa de los mismos. Cualitativa, en primer lugar, por la simplicidad y universalidad de acceso. Algunas de las barreras más significativas que se habían erigido alrededor de la democracia directa, desaparecen. Junto a ello, la inmediatez. La tecnología hace posible que se pueda participar de forma inmediata sobre cualquier acontecimiento. El tiempo real, sin redundancia, es una realidad política. Más. Lo es en la democracia virtual y directa y no lo es en una democracia representativa que queda muy alejada de esa inmediatez. Finalmente, por no alargar estas consideraciones sobre las novedades cualitativas de la emergente democracia directa, ya no resulta precisa la intervención del poder público. No es necesario que se articulen espacios para su desarrollo. Nació un nuevo modelo que puede denominarse informal. Un modelo que en ocasiones se desarrollará por cauces espontáneos y otras por cauces organizados. Pero que, en ambas variantes, se caracteriza por desenvolverse al margen, y, la mayoría de las veces, a espaldas del poder público. Un modelo que tiene como presupuesto una característica esencial del cambio social. El ciudadano del Siglo XXI es un ciudadano con mayor capacidad de autonomía política. Dicho de otra forma, depende menos de sujetos intermedios para influir en el poder y, eventualmente, ejercerlo. Autonomía política que es sólo una cara del nuevo modelo social.

La consecuencia de todo ello es que en los últimos años se ha producido un reforzamiento de aquellas tesis que coinciden en rebajar la cualidad democrática de la democracia representativa y reforzar las bondades de la democracia directa. Ésta sería un modelo democrático mejor y más completo. Por supuesto, hay matices en la intensidad de la reivindicación de la democracia directa. Es posible encontrar desde quienes propugnan su incorporación al normal desenvolvimiento del vigente modelo democrático representativo como un complemento fuerte de los instrumentos de representación política, hasta quienes consideran que en el actual entorno tecnológico debiera tener un rol protagonista.¹⁵

Los instrumentos de democracia directa, y, muy en particular, el referéndum, emergen con la fuerza de cualquier panacea. El verdadero problema que subyace a la crisis de la democracia representativa sería un déficit de representatividad ocasionado, a su vez, por un déficit de participación. Si se acrecen los cauces de participación y, muy en particular, los cauces de participación directa de los ciudadanos, se devolvería la representatividad al sistema y, poco a poco, se corregirían sus problemas. Subyace a esta idea un importante cuestionamiento de la política tradicional y, sobre todo, una profunda desconfianza sobre la capacidad de los

15 SAÉNZ ROYO, E. ¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas de participación política a la luz de la experiencia irlandesa. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, n. 20, p. 245-276, 2013.

partidos políticos para corregir sus defectos y eliminar las causas de la desafección sobre el conjunto del modelo representativo. Los déficits de los partidos serían tan profundos que, necesariamente, el reforzamiento de la democracia necesitaría insistir en todos aquellos instrumentos que permiten al pueblo ejercer directamente el poder del que es titular.¹⁶ Nótese que, lejos de cuestionar la democracia, este planteamiento busca su reforzamiento. Cuestión diferente es que, como habrá ocasión de indicar, bajo el mismo, y en particular en algunas de sus versiones, sea visible una corriente que servirá de puerta a tendencias no tan entusiastas con el modelo de democracia pluralista. O que la consecuencia indeseada de la reafirmación de los instrumentos de democracia directa frente a la profundización en la democracia representativa, sea una erosión global del sistema democrático.

2.2 LA ACADEMIA Y LAS PROPUESTAS DE SANACIÓN

Frente a una situación objetiva de degradación del modelo tradicional de democracia representativa, era natural que se reaccionase buscando fórmulas para paliar esa erosión. Sintéticamente, puede avanzarse que la fórmula para resolver, al menos, los problemas más acuciantes, tiene como ingrediente básico la participación. La denunciada desafección ciudadana tendría como una de sus primeras causas el pequeño espacio que la democracia representativa, en su manifestación tradicional, ofrece para la participación de los ciudadanos. Un espacio que se empobrece aún más por el funcionamiento de unos partidos que han expulsado el principio democrático de su seno. Desde esta premisa, ampliar los cauces de participación se considerará imprescindible para poder avanzar con eficacia en la resolución del problema de fondo.

2.2.1 La legislación electoral

Los defectos e insuficiencias del actual modelo democrático y la necesidad de plantear alternativas, han sido estudiados de manera reiterada. Uno de los focos ha sido la legislación electoral. Numerosos estudios, han incidido en su relación con la calidad de la democracia y en la importancia que tendría su eventual corrección para mejorar ésta.¹⁷ Evidentemente, con variantes muy diversas en cada País, incluso contradictorias, como muestra la fallida propuesta de reforma constitucional promovida por Renzi. Muy sucintamente, como corresponde a la intención y posibilidades de estas páginas, hay que decir que el objetivo mayoritario es el diseño de modelos electorales que acrecienten la representatividad de las instituciones parlamentarias de dos maneras. Por un lado, alcanzando mayores niveles de proporcionalidad. Por otro, logrando una mayor identificación entre elector y elegido. En la dialéctica representatividad/gobernabilidad que siempre acompaña

16 GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Coord.). *La democracia indignada: tensiones entre la voluntad popular y la representación política*. Granada: Comares, 2014.

17 PRESNO LINERA, M. Régimen electoral (“Maquiavélico”) y sistema de partidos (con sesgo mayoritario). *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 104, p. 13-48, 2015.

a la discusión sobre sistemas electorales, inclinar la balanza en beneficio de la primera se muestra como una de las herramientas existentes para mejorar la calidad democrática y la confianza de los ciudadanos en las instituciones.

El debate en torno a la identificación entre elector y elegido se desenvuelve en un plano algo diferente. Por supuesto, en última instancia acabará incidiendo en la composición y funcionamiento de las Cámaras. Pero el núcleo del mismo afecta directamente al funcionamiento interno de los partidos políticos. Como se indicó, es ésta una de las cuestiones que más preocupación e interés ha suscitado en el conjunto de la discusión sobre las posibles mejoras del funcionamiento del sistema democrático. De nuevo, se trata de un tema antiguo, casi tan antiguo como la democracia moderna, que los cambios sociales y políticos acaecidos en los últimos años, no sólo han vuelto a poner de actualidad, sino que lo han hecho con matices novedosos. Inmediatamente habrá ocasión de extenderse sobre este punto. Ahora, interesa subrayar como uno de los elementos definitorios del sistema electoral, la forma de elección de los Diputados afecta a ese funcionamiento interno.

Naturalmente, es una cuestión que debe analizarse en función del modelo vigente en cada País. Precisamente, el modelo vigente en España es la causa de que éste haya sido, y sea, un tema recurrente en los análisis referidos a las posibles reformas del sistema electoral, haciendo especial referencia a su conexión con la salud de la democracia en su conjunto. Como es sabido, nuestro modelo electoral descansa en un sistema de lista cerrada y bloqueada. El partido designa a los integrantes de esa lista y determina el orden invariable en el que figuran en la misma y los ciudadanos sólo pueden elegir o no una lista en su conjunto. Un modelo que lejos de ser fruto de la improvisación, respondió en su diseño a la decisión de establecer un conjunto normativo que propiciará partidos fuertes y estabilidad para el conjunto del sistema de partidos. Una apuesta perfectamente comprensible en el inicio de la andadura democrática.¹⁸ Razonabilidad que era compatible con la existencia de riesgos inherentes a un poder fuerte. Si bien durante años nadie cuestionó un modelo que cumplió sobradamente los objetivos para los que fue diseñado, la erosión paulatina de todo tipo de controles y una relajación constante de las exigencias propias del Estado de derecho, acabaron por provocar un estado de cosas que obligaba a cuestionar la conveniencia de, al menos, algunos de los elementos de ese diseño institucional que había hecho tan fuertes a los partidos. Uno de ellos sería, necesariamente, el modelo de lista cerrada y bloqueada. Por dos razones. Por un lado, otorgaba un poder a los órganos directivos de los partidos que difícilmente podía conciliarse con un funcionamiento verdaderamente democrático. Por otro, alejaba al ciudadano del elegido. El elector se ve obligado a votar una lista sin poder expresar su parecer en torno a unos candidatos que la mayoría de las veces desconoce. Ni siquiera puede alterar el orden en el que figuran en la misma. Así, se afirma, es prácticamente imposible que surja una relación de confianza entre los actores.

18 PANIAGUA, J. L. España: un parlamentarismo racionalizado de Corte Presidencial. En: LÁNZARO, J. (Coord.). *Presidencialismo y parlamentarismo: América latina y Europa meridional*. Madrid: CEPC, 2012. p. 225-268.

En consecuencia, se realizan esfuerzos por plantear posibles alternativas. Tanto desde la reflexión sobre el funcionamiento interno del partido como desde la legislación electoral. Respecto de esta última, se buscarán alternativas en otros modelos electorales, como, en particular, el alemán de doble lista y, en todo caso, se insistirá en la necesidad de instrumentos que faciliten articulación de una verdadera relación de confianza entre elector y elegido. El paraguas que cubrirá cualquier propuesta será, de nuevo, la participación. Abrir el campo natural de la misma, limitado al momento de la elección, y ofrecer al elector otras posibilidades.

Proporcionalidad y modulación de la relación entre elector y elegido son sólo dos de las cuestiones planteadas alrededor de la reforma del régimen electoral como instrumento de renovación democrática. Junto a ellas, pueden mencionarse otras como la posibilidad de presentación de candidatos independientes; cambios en el sistema de financiación; regulación exhaustiva de los gastos electorales; o el revocatorio del Diputado. Si bien algunas de ellas escapan estrictamente al debate de la dialéctica democracia directa/democracia representativa, lo cierto es que la mayoría busca una profundización democrática que conecta con la ideología, cultura, de la democracia directa. De forma consciente o inconsciente, lo hacen desde dos premisas. Por un lado, la bondad natural de la extensión de la participación. Por otro, desde la convicción de una insuficiencia democrática natural innata a la democracia representativa. Una desconfianza que, hay que repetirlo, se encuentra profundamente vinculada a la desesperanza instalada en relación con la capacidad de los partidos para regenerarse.

2.2.2 La democracia interna de los partidos

Como se indicó al inicio de estas páginas, uno de los ejes del debate contemporáneo sobre la democracia, es la decadencia de los partidos. Una reflexión que ha llegado al extremo de afirmaciones como que “la era de la democracia de partidos ha acabado” y “que ya no parecen el soporte de la democracia en su forma presente” (MAIER, 2015: 21).¹⁹ Si bien es cierto que frente a las mismas también es frecuente encontrar la reafirmación de la premisa del partido como sujeto necesario de la democracia.²⁰ Una dialéctica fundamental en la reflexión política. Como suele suceder, lejos de resultar dos afirmaciones incompatibles, las dos tienen la suficiente cuota de certeza como para tener que ser tomadas en consideración. La democracia en la sociedad actual exige (y desarrolla) sujetos e instrumentos distintos a los actuales partidos políticos y, simultáneamente, sujetos que realicen la tarea que hoy hacen los partidos, seguirán siendo necesarios. Es más, muchos de esos sujetos que nacen como modelo alternativo a los partidos, acaban configurándose como tales.

Es preciso tener en cuenta la premisa de que el debate sobre los partidos no se realiza como consecuencia de un mero desgaste por transcurso del tiempo

¹⁹ MAIER, P. *Gobernando el vacío*: la banalización de la democracia occidental. Madrid: Alianza Editorial, 2015. p. 21.

²⁰ ARAGÓN REYES, M. Planeamiento general: partidos políticos y democracia directa. En: BIGLINO CAMPOS, P. (Coord.). *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*. Madrid: CEPC, 2016. p. 22-23.

y cambios sociales. Posiblemente, estas circunstancias hubiesen provocado una reflexión relevante. Pero, en todo caso, diferente de una que se realiza asociada a un cúmulo de prácticas muy dudosas, sino directamente irregulares. Desde la financiación irregular y la correspondiente asociación a numerosos casos de corrupción, a la invasión de instituciones que deberían estar ajenas a la disputa partidista, la relación es, cuantitativa y cualitativamente, relevante. Es un dato que hay que tener en cuenta. El estudio de los partidos debiera asumir dos perspectivas. Por un lado, su inserción en un modelo social completamente diferente a aquél en el que se desempeñaron con gran éxito en las últimas décadas. Por otro, realizar un diagnóstico correcto y exhaustivo de sus males.

Entre estos últimos, y transversal a todo el debate es una cuestión que interesa particularmente a estas páginas. Me refiero al funcionamiento interno de los partidos políticos. Es éste un tema recurrente para el Derecho constitucional y la Ciencia política. Como es recurrente que el debate sobre el mismo reverdezca en tiempos convulsos para el conjunto de la democracia. Los partidos son sus actores principales y sobre ellos se dirige el foco cuando se observan síntomas de enfermedad. La doctrina se ha extendido sobre este extremo.^{21, 22} Asimismo, se trata de una reivindicación diversa según los Estados, ya que en algunos existe desde hace tiempo una regulación exhaustiva de los mismos, mientras que en otros rige un principio más cercano a la libertad de organización que les correspondería como asociaciones privadas. Es en estos últimos, por ejemplo, España, donde este tema se ha convertido en prioritario alrededor del debate sobre la crisis de la democracia representativa. No en vano, en muchas ocasiones se identifica la misma con la crisis de los partidos. Una crisis que traería causa de un funcionamiento irregular que ha olvidado radicalmente las exigencias de la buena práctica. Para los efectos de este trabajo, lo relevante es subrayar que también en relación con los partidos, el axioma es profundizar en la democracia. El principio democrático sería la referencia ineludible del buen hacer de un partido. Profundizar regulando de manera estricta cuestiones como la forma de elección de sus dirigentes; sus principales normas de funcionamiento; o los derechos de sus militantes. Junto a ello, se acrecería el control público ejercido sobre los partidos. De forma resumida, la solución a la crisis de los partidos, también pasaría por más democracia.

Son numerosos los planteamientos que se han realizado en este sentido. En la búsqueda de una expresión sintética, puede elegirse la propuesta de una regulación exhaustiva de su organización interna como la más significativa. Cuestiones como la periodicidad de los congresos; la regulación de la convocatoria de congresos extraordinarios; la elección directa de los dirigentes por los afiliados mediante voto secreto; los derechos de las minorías y la libertad de expresión y de pluralismo interno; la regulación de la disciplina interna y de los correspondientes instrumentos de garantía; o el proceso de designación y elección de candidatos electorales.^{23, 24}

21 MATÍA PORTILLA, F. J. (Dir.). *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

22 GARRIDO LÓPEZ, C.; SAÉNZ ROYO, E. (Coord.). *La reforma del Estado de partidos*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

23 BIGLINO CAMPOS, P. Intervención del legislador y selección de candidatos por los partidos políticos: una perspectiva comparada. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 35, p. 203-233, 2015.

24 GÓMEZ YAÑEZ, J. A. La democracia de los partidos y su necesaria regulación legal. En: GARRIDO LÓPEZ, C.; SAÉNZ ROYO, E. (Coord.). *La reforma del Estado de partidos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 39-67.

Se trataría de desarrollar en profundidad el artículo 6 de la Constitución, otorgando una clara preferencia a la vis pública del partido sobre la libertad de organización que le pueda corresponder como asociación privada. Al respecto, ya he tenido ocasión de indicar mi escepticismo ante semejante posición. Estimo que los partidos deben disponer de autonomía en su funcionamiento y que las restricciones a las mismas deben ser siempre ponderadas y en relación con fines objetivamente estructurales. No debe menospreciarse el valor del juicio del ciudadano, al que en última instancia le debe corresponder valorar la estructura y funcionamiento de un partido determinado y hacerlo desde la comparación con otros partidos. Simultáneamente y en todo caso, creo que es evidente que la posición del afiliado debe ser reforzada mediante la garantía de determinados derechos.²⁵ Finalmente, en relación con la propuesta de una regulación legislativa pormenorizada, siempre hay que recordar que una ley no llega a garantizar nada. La legislación, el elenco de controles sobre los partidos existente en España, es muy amplia. Si hemos podido ser observadores de tanto suceso desdichado alrededor de los partidos, la razón no se encuentra en la ausencia de normativa.

Reflexiones que no son incompatibles con el diagnóstico realizado por aquellos que persiguen la democratización “obligada” de los partidos. Los males que denuncian son reales y afectan profundamente a la democracia.²⁶ En consecuencia, es preciso actuar. Los partidos han demostrado sobradamente que es muy difícil que lleguen a hacer algo sin algún tipo de aliciente externo. La duda que se plantea desde estas páginas es si ese hacer ha de construirse necesariamente alrededor de una democratización radical de los partidos. Por mencionar la expresión máxima de esa apuesta, hay ya indicios de que el juicio de los militantes puede no ser compartido por el de los votantes. O, al margen de consideraciones de hecho, no es claro que la elección directa por los militantes sea más democrática que un proceso representativo mediante delegados que puedan interpretar con bagajes adicionales lo que más puede convenir al partido. Tampoco, desde luego, supone garantía de la “calidad política” de los candidatos, su verdadero ser político. Sin olvidar, por supuesto, los conflictos que la dinámica de la democracia interna de los partidos puede ocasionar al interferir en la que es propia al funcionamiento institucional.²⁷ De alguna manera, la vieja dialéctica democracia representativa/democracia directa, se vuelve a proyectar. Y no creo que los instrumentos de democracia directa aporten mayores garantías. Ni para reforzar las cualidades políticas de los candidatos ni para el resultado electoral. Ni siquiera han de ser forzosamente más democráticos que una elección bien organizada por delegados. Ello no implica olvidar las cualidades de ese incremento de la participación interna. Significa, simplemente, dudar de que el foco del debate sobre el funcionamiento de los partidos y su posición en

25 TUDELA ARANDA, J. El control sobre los partidos políticos: una aproximación de síntesis sobre el ser y el estar. En: MATÍA PORTILLA, F. J. (Dir.). *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016a. p. 62.

26 Junto a los mencionados, merecería un capítulo específico, la invasión por los partidos de las más diversas instituciones, públicas y privadas. Y, muy en particular, de aquellas que tienen que ver con el funcionamiento de la idea de control consustancial al Estado de derecho.

27 ¿No cabe entender que una candidatura alternativa presentada a un cargo institucional que, simultáneamente, ocupa la secretaría general de un partido es una moción de censura impulsada desde el propio Partido?

la actual sociedad deba ser alrededor de su democratización, en el sentido que tradicionalmente se expone.

2.2.3 El referéndum

Como se ha señalado, los últimos años han visto un enérgico resurgir de la democracia directa y de los instrumentos ligados con la misma. El instrumento más representativo asociado a la democracia directa tradicional es el referéndum. En el contexto de la cultura política emergente alrededor de la crisis de los modelos tradicionales y de las nuevas circunstancias sociales, era normal que se acudiese al mismo como icono de una nueva cultura política. El referéndum representaría la posibilidad de que el pueblo decida sin la intervención de mediadores. Un poderoso instrumento para contrarrestar el poder de la oligarquía de los partidos. Las tecnologías de la información y de la comunicación permitirían una amplia divulgación de información que facilitarían los procesos de deliberación. Cuando no, simplemente, el ejercicio del voto desde casa.²⁸

Así, progresivamente, el referéndum ha ido ganando posiciones tanto en el debate académico como en la realidad política. Ha traspasado los Estados en los que era una realidad más o menos asentada, llegando a Estados en los que puede considerarse una anomalía constitucional. Más allá de su realidad, lo que importa a efectos de este discurso es su virtualidad teórica y las fuentes que lo sustentan. El referéndum como expresión directa del poder del pueblo. Sin intermediarios perversos que desvirtúen su voluntad. Precisamente, es éste punto el que exige una primera matización. Si bien puede admitirse que el rol de los ciudadanos es más directo que en un proceso de elección representativa, resulta innegable que los intermediarios tienen en los procesos referendarios un papel de suma importancia. En primer lugar, por supuesto, el gobierno bajo el cual se convocan. En muchas ocasiones, los gobiernos tienen la tentación de romper las pautas que les exige su posición institucional, con la posibilidad de acabar adulterando las reglas de deliberación.²⁹ Junto a ello, hay que indicar que el papel de los partidos en las campañas referendarias es relevante. Si bien se puede alegar que no es determinante, y que hay importantes ejemplos de supuestos en los que los ciudadanos han votado en contra de los postulados de los partidos mayoritarios, también es evidente que la posición que estos puedan adoptar supone un dato significativo de cara al resultado final del referéndum.³⁰

Es cierto que son muchos, la mayoría, los que defienden el referéndum como complemento de la democracia representativa y no como sustitución de ésta.³¹ Y es obvio que, con las modulaciones correspondientes, poco hay que objetar a ello. Así,

28 BIGLINO CAMPOS, P. Intervención del legislador y selección de candidatos por los partidos políticos: una perspectiva comparada. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 35, p. 15, 2015.

29 A este respecto, recuérdese el Código de buenas prácticas sobre referendos, aprobado por la Convención de Venecia en 2007.

30 AGUADO RENEDO, C. Referéndum, partidos políticos y participación popular. En: BIGLINO CAMPOS, P. (Coord.) *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*. Madrid: CEPC, 2016. p. 37-64.

31 Éste sería el sustrato de la Proposición de reforma constitucional presentada por la Junta General del Principado de Asturias de modificación de los artículos 87.3, 92 y 166 de la Constitución (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, 9 de febrero 2016).

el espacio local parece propicio para ensayar importantes fórmulas de participación refrendarias. Y también pueden imaginarse determinadas circunstancias en las que la consulta popular pueda ser útil para enriquecer el sistema democrático en su conjunto. Por ello, es comprensible que se estudie la manera de insertarlo más “naturalmente” en algunos ordenamientos como el español, a los que resulta prácticamente ajeno. Un intento que precisa una doble matización. Por un lado, cuando se aportan datos de experiencias comparadas, recordar que no puede desligarse su inserción de la cultura política correspondiente. Una cultura que puede ir formándose, pero que no puede importarse sin más. Por otro, y en todo caso, no olvidar que el referéndum plantea siempre diversos problemas que son consustanciales a su consideración como fórmula de decisión política. Problemas que se aglutinan alrededor de las dificultades que suscita su convivencia con la democracia representativa.³²

Con suma brevedad me referiré a algunas de esas dificultades. En primer lugar, la historia demuestra que, lejos de ser una decisión limpia de la ciudadanía, las condiciones de deliberación alrededor de los referéndums tienen cierta propensión a ser deficitarias, en particular en aquellos países en los que no es un instrumento arraigado en la cultura política. Es difícil que el poder se sustraiga al intento de controlar las condiciones del debate. De esta manera, una regla necesaria de la democracia comienza a quebrarse. La igualdad de las opciones y los derechos de las minorías. Regla que sufre un impacto irresoluble por la propia definición del referéndum. Una de las características asociadas al mismo es la irreversibilidad del resultado. Es muy difícil que una decisión adoptada en referéndum pueda llegar a ser cambiada. Dicho de otro modo, la minoría de hoy, difícilmente podrá ser mayoría mañana. Junto a ello, las características de esa sociedad que, por un lado, propicia un ambiente favorable al desarrollo de las fórmulas refrendarias, hacen del mismo un instrumento poco aconsejable en una sociedad como la contemporánea. Merece subrayarse la paradoja de que su bendecida sencillez es uno de sus principales inconvenientes. Porque en la sociedad contemporánea, y a salvo de determinadas decisiones concretas y del juego que pueda desempeñar en el mundo local, no hay cuestiones sencillas. Al revés, la complejidad es signo distintivo. Reducir la solución a una fórmula binaria, es defraudar. ¿Quiere Usted Salir de la Unión Europea? De acuerdo. Espere, ahora corresponde negociar las condiciones ¿Es igual salir en unas circunstancias que en otras? ¿El voto habría sido el mismo? ¿Entre la salida y la no salida no hay una variante muy amplia de opciones? En definitiva, una opción como la planteada, y tantas otras, incluso de menor enjundia, tienen mucho mejor acomodo en sede parlamentaria. No son los únicos obstáculos que, desde el mismo principio democrático, plantea el referéndum. La propia determinación de las materias susceptibles de ser refrendadas o las mayorías necesarias (¿De votantes, de censo?) son, entre otras, materias que podrían ser desarrolladas.

Todos estas circunstancias tienen en común entrar en conflicto con el significado profundo de la democracia y, especialmente, con la democracia representativa. La democracia no es sólo decisión de la mayoría. Ni en fórmula representativa ni en fórmula directa. La democracia es un complejo ingenio que finaliza en esa fórmula de decisión después de garantizar que se han respetado numerosos equi-

32 ARAGÓN REYES, M. Planeamiento general: partidos políticos y democracia directa. En: BIGLINO CAMPOS, P. (Coord.). *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*. Madrid: CEPC, 2016. p. 26-29.

libros. Los equilibrios que derivan de su base ideológica. El ejercicio del poder del pueblo, de todo el pueblo, desde la garantía de los derechos y libertades de sus ciudadanos. Pues bien, la decisión por referéndum se deja en el camino muchas de esas garantías, cuando no, directamente, muchos de esos derechos. Desde luego, una afirmación semejante necesita del matiz y de la corrección. A la misma se pueden presentar relevantes alegaciones bien desde la experiencia comparada o bien desde determinadas comprensiones de la democracia. Todas ellas deben ser tenidas en cuenta. El resultado, seguramente, sería una fórmula equilibrada en la que el referéndum tiene su propio espacio, conviviendo con las instituciones de democracia representativa. Pero, en todo caso, un espacio de subordinación y condicionado tanto procedimentalmente como materialmente.

Un aserto que, a su vez, merece alguna reflexión adicional que, como en un juego de espejos, nos devuelve a la complejidad de dar espacio a esta fórmula de democracia directa. Así, es preciso insistir en el hecho de que, frente a lo que en ocasiones pueda parecer, la evolución social erosiona la idoneidad del referéndum como instrumento de decisión política. Por dos razones. En primer lugar, como se indicó, por el muy significativo incremento de la complejidad de los asuntos a dilucidar. Complejidad que no es sólo deudora de las propias características de la cuestión concreta a decidir, sino también por el notable incremento de los sujetos interesados. Una complejidad que aleja la posible solución de formas binarias y que necesita de zonas de grises. En segundo lugar, porque el modelo social se aleja de zonas de reflexión para ocupar espacios de intuición, respuesta instintiva y, en todo caso, escasamente deliberativa. Es posible que ello cambie. Pero, hoy por hoy, parecen más necesarios que nunca procesos que incrementen los espacios de reflexión serena, alejados de las emociones, que enfríen los mismos. Tanto como decir, espacios de representación. Junto a lo anterior, es pertinente insistir en la relación entre decisión referendaria y derechos de las minorías. El referéndum es una foto fija de un momento determinado y en la que sólo aparece una parte, no siempre mayoritaria, de la sociedad. Una foto cuyo resultado otorga todos los derechos, incluyendo posibles afecciones de los derechos de la minoría, a la mayoría. Una foto que no puede ser revertida y que difícilmente puede ni captar la complejidad de tonalidades del paisaje que registra ni, menos, su dinamismo. Por ello, es razonable pensar que la idoneidad del referéndum como instrumento de decisión desciende en la medida en que se incrementa la transcendencia de la misma.

2.2.4 Otras formas de democracia directa

No sólo el referéndum ha sido alegado para reforzar la democracia representativa o completar un modelo alternativo. En particular, la iniciativa legislativa popular ha visto como se incrementaban las demandas para una reforma de su régimen jurídico que permitiese su expansión. Tanto las materias vedadas a la misma como el procedimiento para su tramitación y, muy en particular, el número de firmas exigidas para su presentación, han sido severamente cuestionados. Asimismo, lógicamente, de nuevo la incidencia del cambio tecnológico jugaba a favor de un instrumento que tiene en las nuevas formas de comunicación un poderoso aliado. Incluso con más fuerza que en relación con el referéndum, puede decirse

que hoy la iniciativa legislativa popular puede expandirse allí donde se desee. Así, el debate es si es preciso sacar provecho de esta circunstancia y servirse de este instrumento como un poderoso complemento de la representación política o si, por el contrario, hay razones que aconsejan una utilización restrictiva.

En nuestro País, son numerosas las llamadas a modificar el ordenamiento, tanto el estatal como los autonómicos, para hacer más sencilla su tramitación, de forma que se convierta en uno de los instrumentos dinamizadores del sistema democrático. Por su regulación parcialmente constitucional, es habitual que en las distintas propuestas de reforma constitucional que se han planteado, se postulen modificaciones en este sentido.³³ Puede afirmarse que la reivindicación de la iniciativa legislativa popular se ha convertido en uno de los vectores de las posibles reformas para lograr una mejor calidad del sistema democrático y menor desafección de la ciudadanía.

En una primera visión, puede pensarse que la posibilidad de que los ciudadanos participen de manera activa en la agenda legislativa es positivo y, sobre todo, que no hay contraindicaciones significativas. Sería un ejemplo de adecuación a un nuevo entorno tecnológico y comunicativo, particularmente favorable a iniciativas de este tipo. Sin embargo, creo que los obstáculos a su fortalecimiento son aún más evidentes que en relación con el referéndum. La razón no es otra que el choque que en última instancia plantea con la representación. La presentación de una iniciativa, que, obligadamente, es de parte, debe confrontar con la voluntad del conjunto de los Diputados. Es muy posible que o bien el interés de parte no sea conciliable con los intereses generales o que, aún siéndolo, no resulte factible su materialización. Muy legítimos intereses sectoriales, pueden confrontar con una perspectiva general a la que obligadamente han de servir los miembros del Parlamento. O es posible que las dificultades técnicas o económicas para su materialización sean suficientes como para no considerar aconsejable la aprobación final de la ley. De esta manera, bien el Parlamento acepta las propuestas de parte que pueden enfrentarse al interés general o, simplemente, no ser viables, o bien los ciudadanos que han participado se ven defraudados por el sistema. Una disyuntiva que no debe cerrar el debate de fondo. La forma de incrementar la relación de los ciudadanos con las Cámaras parlamentarias y, en particular, con los Diputados. Así, bien podría pensarse en la introducción de un derecho al debate en sede parlamentaria. Pero es otra cuestión.

Un instrumento novedoso es el revocatorio. Sin apenas implantación en Europa, procede del nuevo constitucionalismo iberoamericano. El presupuesto es sencillo. En determinadas condiciones, los ciudadanos podrán revocar la confianza previamente otorgada a un cargo público. Así, quiebra una de las premisas clásicas de la democracia representativa, como es la prohibición de mandato imperativo. O, más bien, su consecuencia, la irreversibilidad del mandato. El fundamento del revocatorio es claro. Pretende atender a dos exigencias de forma simultánea. Por un lado, la necesidad de disponer de algún instrumento que de forma efectiva sancione el mal comportamiento de un cargo público. Por otro, apoderar a los ciudadanos, paliando tanto su sensación

³³ Ejemplo paradigmático es la inserción de la reforma del artículo 87.3 de la Constitución en la ya citada Proposición de reforma constitucional presentada por la Junta General del Principado de Asturias. También distintos estudios académicos han incidido en esta cuestión. GARCÍA ROCA, J. *Informe para una reforma constitucional: pautas para el debate*. Madrid: Aranzadi, 2014. p. 77-78.

de marginalidad del sistema como su frustración por la impunidad. Ambas razones pueden parecer convincentes. El problema estriba en que un sistema constitucional es un mecano con piezas perfectamente engarzadas. El desprendimiento de una de ellas inevitablemente altera el equilibrio del conjunto, y así sucede con la posibilidad de revocar un cargo público, y, fundamentalmente, un cargo electo.³⁴⁻³⁵

2.3 DEMOCRACIA SIN LEY. EL DERECHO A DECIDIR COMO NUEVO PARADIGMA IDEOLÓGICO

Todo el análisis realizado hasta ahora está presidido por una poderosa corriente. La solución a la crisis de la democracia representativa exige el apoderamiento del pueblo. Más democracia. Democracia en su comprensión más simple. Democracia como poder del pueblo traducido en un pueblo que decide. Sin añadidos. De forma consciente o inconsciente, la búsqueda del reforzamiento del pueblo como sujeto decisor, ha conducido a una paulatina erosión de las exigencias que acompañan al desenvolvimiento del principio democrático. Ha sido un proceso relativamente rápido y es de temer que el presente forme parte de una etapa a la que no se debía haber llegado. Lo cierto es que el crecimiento de los movimientos populistas y nacionalistas que rechazan que la legalidad pueda ser un límite a las “legítimas aspiraciones del pueblo”, del pueblo que ellos dicen representar, es demostración fehaciente de ello. Es posible que sea pronto para afirmar que se ha producido la disociación del binomio Democracia y Estado de derecho. Pero hay señales suficientes para afirmar que el camino correspondiente ha quedado expedito.

Una expresión se ha hecho paradigmática de esta filosofía. Derecho a decidir³⁶⁻³⁷⁻³⁸⁻³⁹ Nadie puede negar al pueblo el derecho a decidir. Desde otra perspectiva, nada ni nadie puede oponerse a la voluntad del pueblo expresada en las urnas. Oponer la legalidad es obstaculizar la democracia. El poder del pueblo es superior ontológicamente a cualquier legalidad. Nada sirve alegar que hace mucho tiempo que esta disyuntiva fue resuelta y que, precisamente, la conciliación ideada para la relación entre los principios de legalidad y democrático son el fundamento de la democracia contemporánea. De nada sirve recordar que la ley es la expresión de la voluntad del pueblo y que si el pueblo lo desea, puede cambiar esa ley, de acuerdo con los procedimientos establecidos. De nada sirve. La voluntad del pueblo puede derribar los obstáculos que se le opongan sin contemporizar en minucias legales. Debe repararse en la profundidad de este aserto. Su asociación a un movimiento nacionalista determinado creo que ha dificultado un análisis más completo del mismo. Porque su fuerza destructiva va más allá de la coyuntura al hilo de la cual se ha popularizado. Su transcendencia radica en la profunda síntesis ideológica

34 ARAGÓN REYES, M. Planeamiento general: partidos políticos y democracia directa. En: BIGLINO CAMPOS, P. (Coord.). *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*. Madrid: CEPC, 2016. p. 28.

35 WELP, Y.; SERDÜLT, U. (Coord.). *La dosis hace el veneno: análisis de la revocatoria del mandato América Latina, Estados Unidos y Suiza*. México: Consejo Nacional Electoral-Institución de la democracia, 2014.

36 FÉRRERES, V. Cataluña y el derecho a decidir. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 36, p. 461-476, 2016.

37 TUDELA ARANDA, J. El derecho a decidir y el principio democrático. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 36, p. 477-498, 2016b.

38 RIDAO, J. *El derecho a decidir: qué pasa con Cataluña*. Barcelona: RBA, 2014.

39 JÍMENEZ SÁNCHEZ, J. J. Principio democrático y derecho a decidir. *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n. 19, p. 211-233, 2014.

que subyace al mismo y que lo convierte en universal. Simplemente, la eliminación de todos los condicionantes que en el Estado constitucional mediatizan la decisión por mayoría. Incluidos todos aquellos que hacen posible que esa decisión responda finalmente con fidelidad a la esencia del principio democrático. Una profunda transformación del modelo democrático consolidado y vigente hasta hoy. Una idea radicalmente incompatible con los postulados de la democracia constitucional y que llama a las puertas de otros fenómenos políticos.

3 REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA DEMOCRACIA DIRECTA O DE LA CALLE

La debilidad de la democracia representativa ha abierto paso a un resucitar de instrumentos como los comentados. Un resucitar facilitado por un entorno tecnológico y de valores propicios. La suma es potente. Un modelo representativo severamente erosionado por el mal hacer de sus protagonistas; una tecnología que hace desaparecer la primera línea de argumentos que se enfrentaba a la democracia directa; un conjunto de valores que desde la simplificación y el empoderamiento del pueblo, concilian bien con la naturaleza de estos instrumentos. El relato consecuente es contundente. Con la democracia directa se eliminan intermediarios; se gana sencillez y eficacia; el pueblo es totalmente dueño de sus decisiones. Contundente, y consecuentemente, difícil de rebatir. Especialmente, porque también el orden comunicativo juega a favor de este tipo de discursos. La defensa de la representación política como forma de gobierno exige de fundamentos teóricos y explicaciones poco compatibles con el actual discurso público.

Sin embargo, esa defensa resulta hoy más necesaria que nunca. Lo es tanto porque ninguno de los argumentos que se emplean a favor de la democracia directa son, a la postre, ciertos. Al menos, cuando se plantean en oposición a la democracia representativa. Y porque, precisamente, las características de la sociedad contemporánea hacen más preciso que nunca un modelo como el representativo. Frente a los argumentos que se esgrimen, la democracia directa es, sin redundancia ni paradoja alguna, menos democracia. La perfección democrática no existe. No hay ningún sistema político que conjugue a la perfección todo aquello que se entiende por democracia. Necesariamente, ha de buscarse un juego de pesos y contrapesos. Decisión de la mayoría; respeto a los derechos de una minoría que ha de disponer de los medios para ser mayoría; igualdad en la capacidad de influir en la decisión sobre quién ha de ejercer el poder; reversibilidad de las decisiones; reconocimiento de un amplio catálogo efectivo de derechos y libertades; control del poder y poder limitado; defensa de unos valores comunes de igualdad, libertad y justicia, podrían ser algunos entre los principales de los principios que sostienen la idea de democracia. Pues bien, la historia de la democracia representativa es la historia de continuos avances para hacer más efectivos los mencionados principios. Si contrastamos los mismos con la democracia directa, la conclusión será clara. En casi todos los casos, la efectividad de los mismos estará por debajo de lo alcanzado con la democracia representativa.

Por no extenderme, me limitaré a un elemento esencial de la democracia, sin adjetivos. La igualdad de los ciudadanos en relación con su capacidad para influir

y decidir sobre el ejercicio del poder. El sufragio universal no es sino el logro de que en el momento decisivo para la elección de quienes han de ejercer el poder, todos se encuentran en igualdad de condiciones, sin distinción alguna. Frente a esta igualdad, la democracia directa y, en particular, las fórmulas contemporáneas de participación, son un claro retroceso. Por definición, sólo participa una minoría. Las minorías intensas de Sartori. Puede alegarse que ello no tiene que ser así en el caso del referéndum. Lo cierto es que al margen de consultas extraordinarias, que afectan a cuestiones esenciales de la comunidad, la experiencia demuestra que la participación en los mismos es siempre inferior a lo que resulta habitual en unas elecciones generales.

El Parlamento suma, no debe olvidarse, un añadido de deliberación, publicidad y pluralismo, inescindible de la democracia. Deliberación y pluralismo que, por definición, se debilitan alrededor de cualquier instrumento de democracia directa, también del referéndum. Junto a ello, precisamente en tiempos como el presente, no parece que sea ociosa la existencia de una institución que medie y enfríe pasiones. También en ese ejercicio de mediación y racionalización se proyecta la democracia. Hay que insistir. La democracia no es sólo la decisión por la mayoría. La democracia es mucho más. Y ese más no es mero procedimiento o condición para el ejercicio del voto. En ese más anidan valores tan esenciales como lo es la decisión por mayoría. Desde otra perspectiva, valores sin los cuales la decisión por la mayoría perdería sus cualidades. Detrás de la defensa contemporánea de la democracia directa y de una paralela minusvaloración de la democracia representativa, se encuentra un olvido, consciente o no, de todo aquello que da valor sustantivo a la democracia como regla de la mayoría, a esa regla como expresión última del poder del pueblo.

La democracia directa, sus instrumentos tradicionales, es sólo una cara de la moneda de los planteamientos alternativos a la democracia representativa. Junto a la reivindicación mencionada de instrumentos que corresponden a un quehacer político clásico, se han de sumar toda una serie de iniciativas que se desarrollan bajo el enunciado genérico de participación. Afirmar que la participación se ha convertido en un icono político contemporáneo no es exagerado. Es más, la participación sería la solución y los instrumentos de democracia directa serían sólo una de las posibilidades. Pero habría otros. Por un lado, instrumentos de participación generados desde el poder alrededor de determinadas iniciativas. Estos instrumentos se han desarrollado con profusión, por ejemplo, en España, en el ámbito autonómico, llegando a la definición de las mismas políticas públicas. También son frecuentes en el ámbito municipal, donde su desarrollo es creciente alrededor de decisiones concretas. Por otro lado, se abre el ambiguo, diverso, pero cada vez más relevante ámbito de la denominada democracia informal. Internet y las redes sociales son un gran escenario de participación. Y de movilización.

La importancia de estas caras menos tradicionales de democracia directa o participativa es indiscutible. La democracia informal enfrenta a una ponderación más ideológica que institucional. Se trata de dejar establecido que sin negar la importancia de cualquier manifestación participativa, ésta responde a un segmento de interés necesariamente más reducido que el que corresponde al Parlamento.

Sin duda, los nuevos campos que se han abierto a la participación son importantes y el poder público deberá tenerlos en cuenta. Pero ello no debería suponer concentrar la atención de las políticas públicas sobre los sujetos activos, desdeñando al ciudadano pasivo. La participación informal es un espejismo democrático. Un espejismo del nirvana democrático. Ese nirvana no existe. Es la ilusión de Shangri La. Los cauces informales cumplen una función. Básicamente, sirven de revulsivo social, cauce de expresión de un determinado estado de ánimo y, para el poder, de termómetro. No es poco. Pero otorgarles una posición cualitativamente diferente en la ordenación institucional sería un error.

Por supuesto, lo anterior supone una premisa irrenunciable. Negar la disyuntiva entre democracia de la calle y democracia representativa. Negar la visión que traza el camino del hemicycle a la plaza como el ideal a recorrer. Por mal que se haga, se representará siempre más en un Parlamento que en la calle. Cuando esta premisa no pueda mantenerse, es que el sistema ha colapsado. Se estará hablando de algo diferente. Mientras el sistema mantenga en pie los rasgos generales que lo identifican, no hay duda. El Parlamento es la sede de la democracia. Sólo el Parlamento puede asegurar no ya la representación del pluralismo y la consiguiente deliberación plural. El Parlamento representa la recordada igualdad de los ciudadanos en relación con el poder.

La participación fomentada desde el poder merece una consideración adicional. No debe olvidarse la natural tentación de convertirla en un instrumento de legitimación del mismo y un debilitamiento de las reglas institucionales. En todo caso, hoy resulta irrenunciable y lo que es forzoso es regularla desde una posición libre de apriorismos. Es decir, sin la presunción de que cualquier participación es, por definición, beneficiosa para el sistema y, sin paradoja, más democrática. También, por supuesto, desde el esfuerzo por limpiar esa participación de cualquier adherencia gubernativa. La participación no es una elección. Es un mandato constitucional derivado del principio democrático. Una sociedad crecientemente activa e inquieta por el hacer y no hacer político, junto con un entorno tecnológico particularmente propicio, obliga a su revisión y a su fortalecimiento. Pero siempre desde una mirada crítica tanto de su régimen jurídico como de su aplicación.

El desarrollo teórico y práctico de este discurso sobre fórmulas complementarias o alternativas a la democracia representativa, ha tenido su inevitable incidencia sobre la misma. La primera razón de que esas consecuencias hayan acabado por ser notables, es la propia evolución de la democracia representativa. El hecho de que no se haya sido capaz de dar muestras de reacción para paliar sus errores o que ni siquiera se haya reivindicado su primacía ideológica, ha sido condición de todo lo demás. Después, hay que destacar que en numerosas ocasiones la reivindicación de otras fórmulas, en particular de democracia directa, se ha hecho en menoscabo de la democracia representativa con el único objetivo de reivindicar la propia posición. En general, se ha producido una frivolidad de sus presupuestos, entendiéndolos como irreversibles. Junto a ello, las nuevas expresiones tecnológicas han ido generando una cultura que concilia mal con la construcción jurídica y política de la representación. En esa cultura, fórmulas como el referéndum o las manifestaciones de la democracia informal, se entienden más

acordes con las necesidades del hombre contemporáneo. Finalmente, la conjunción de todo el proceso con una muy grave crisis económica abocaba a conclusiones que transcendían el debate inicial sobre la democracia representativa.

4 DE LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA A LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA

Si la idea (y expresión) crisis de la democracia representativa es un lugar común antiguo, no puede decirse lo mismo si se suprime el adjetivo. Crisis de la democracia. Parece el momento de hacerlo, y así comienza escucharse un discurso profundo en este sentido. Es posible que sea un exceso y que no haya suficientes motivos como para un enunciado tan contundente. Pero estimo que los indicios que existen son suficientemente notables como para que la posible exageración sea comprendida. Aunque sólo sea como toque de atención. En coherencia con el carácter conclusivo de estas páginas, me limitaré a dar continuidad al discurso seguido hasta ahora. De lo expuesto, entiendo que la conclusión lógica del relato es un deterioro severo de la democracia pluralista representativa. Un deterioro con raíces en defectos estructurales de un modelo que no ha sabido adaptarse al notable cambio social acaecido en los últimos años y, asimismo, en el mal hacer de sus principales protagonistas, los partidos políticos, que se han mostrado inconscientes respecto de sus importantes errores y de sus consecuencias.

La coincidencia en el diagnóstico ha provocado una sucesión de propuestas para curar al enfermo. En una secuencia de apariencia lógica, se ha considerado mayoritariamente que la solución ha de venir por una profundización radical en el principio democrático. Profundización vertical y horizontal. Más democracia y penetración del principio democrático en todos los ámbitos del hacer público. Así, las respuestas planteadas como solución, antes de buscarla en la propia democracia representativa, y en la misma idea de representación, lo han hecho en otras fórmulas de gobierno democrático, muchas veces de difícil compatibilidad con la representación política. En ocasiones, la sensación predominante es que la batalla por la sanación de la democracia representativa y de sus principales actores, los partidos políticos, se considera una batalla perdida. Sus males no tendrían remedio y, en consecuencia, habría que buscar la solución bien en el intento de regular rígidamente su desenvolvimiento bien en fórmulas de desarrollo del principio democrático en las que su protagonismo fuese necesariamente menor.

Junto a lo anterior, los cambios tecnológicos han generado la emergencia de una cultura difícilmente compatible con los tiempos y procedimientos del gobierno representativo. Paradójicamente, en el tiempo de la complejidad, se ha instalado una cultura de la simplificación y de la inmediatez. Por todo ello, y por otras circunstancias, los soportes sociales y teóricos de la democracia representativa, se habían debilitado extremadamente en el momento en el que occidente comenzaba la peor crisis económica de las últimas décadas. La economía no es la causa que explica la situación descrita. Pero, como siempre, ha sido un catalizador notable. En todo caso, es preciso insistir en la premisa mayor. Los cambios sociales acaecidos en las dos últimas décadas no sólo han provocado la anacronía de los procedimientos y del

actuar político frente a las dinámicas sociales. Es éste un dato de gran relevancia y por si mismo explica algunos de los problemas existentes. Más allá, y con una carga de profundidad notablemente mayor, es posible detectar otra divergencia. Una divergencia profunda, cultural, que afecta a valores y maneras de entender la realidad. Una divergencia que camina de la mano de una brecha generacional que en demasiadas ocasiones se desdeña.

Es en esta conjunción donde, creo, surgen signos que hacen plausible elevar una señal de alarma. Es la misma democracia la que se encuentra en crisis como valor compartido. El éxito de partidos políticos de carácter populista o nacionalista, de izquierda o derecha, que subvierten abiertamente presupuestos esenciales de la democracia es un aval fácil para esta tesis. Aunque es cierto que la práctica totalidad de los mismos se declaran demócratas y no son expresamente beligerantes frente a la misma, lo cierto es que muchos de sus presupuestos programáticos contradicen aspectos esenciales de los valores que sostienen un régimen democrático y que no reparan en expresarse coherentemente. Y en los supuestos donde han alcanzado el poder, como es el caso de algunos países del este de Europa, como Polonia o Hungría, su acción de gobierno es claramente contraria a la democracia. La revisión de la independencia del Poder Judicial; el control sobre los medios de comunicación y la cercenación de la libertad de expresión; la restricción de derechos; o las continuas agresiones a la población inmigrante en un clima general de xenofobia, son rasgos comunes de la acción de gobierno de esos países.

Hay que recordar que el gran soporte programático de estas formaciones es la eficacia. Como se indicó en su momento, cualquier sistema político necesita legitimarse por la eficacia. La democracia representativa no está exenta de tal exigencia. Mientras se extiende una percepción subjetiva de que este sistema no es eficaz, surgen nuevos sistemas políticos que se alzan como modelos a imitar. Su receta es antigua pero su atractivo es nuevo, al menos, relativamente nuevo. Modelos autoritarios que hacen de la eficacia y el orden ideales irrenunciables y condición, y garantía, de la prosperidad. Los ejemplos se multiplican, pero nombres como los de Putin o Erdogan, los caracterizan con suficiencia. Detrás, siempre, el presunto éxito de China. En muchos casos, se busca teñirse de la patina democrática de los procesos electorales. En otros, no, bien por renuncia bien por incompatibilidad de origen. Lo que es inobjetable es que estos ejemplos crecen y, con ellos, una alternativa radical a la democracia.

El mundo actual dista de ser el de hace veinte años. Los ciudadanos no se han encontrado con la perplejidad, la angustia o el miedo por ignorancia o mala fe. Están sucediendo muchas cosas y desde el poder público no se transmiten respuestas. No se trata de encontrar la piedra filosofal. Se trata de recuperar la capacidad de la confianza y de la esperanza. También la capacidad de hacer responsables de su destino a esos mismos ciudadanos que parecen haber perdido cualquier protagonismo respecto de su decisión. Los problemas inmediatos son reales. Las denuncias sobre el mal hacer de los responsables políticos son más que justas. Pero no se puede olvidar que el embate trasciende ese plano. La democracia es un jardín que exige cuidados intensivos y centenarios, escribió Isaiah Berlin. Pero, habría que añadir, también exige agua. Hoy se puede escribir que hemos descuidado por desconfianza el jardín y cuando hemos acudido a repararlo,

nos hemos encontrado que falta agua. La respuesta es más democracia, sí. Pero desde su esencia. Lo que es tanto como decir, más valores; mejor representación; más Parlamento; más conciencia de ciudadanía y mayor responsabilidad de los ciudadanos. Pero ésta es historia de otras páginas.

REFERÊNCIAS

- AGUADO RENEDO, C. Referéndum, partidos políticos y participación popular. En: BIGLINO CAMPOS, P. (Coord.). *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*. Madrid: CEPC, 2016. p. 37-64.
- ARAGÓN REYES, M. Planeamiento general: partidos políticos y democracia directa. En: BIGLINO CAMPOS, P. (Coord.). *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*. Madrid: CEPC, 2016.
- BIGLINO CAMPOS, P. Intervención del legislador y selección de candidatos por los partidos políticos. Una perspectiva comparada. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 35, p. 203-233, 2015.
- BLANCO VALDÉS, R. La caída de los Dioses: de los problemas de los partidos a los partidos como problemas. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 35, p. 149-182, 2015.
- _____. *Las conexiones políticas: partidos, Estado, sociedad*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- FÉRRERES, V. Cataluña y el derecho a decidir. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 36, p. 461-476, 2016.
- FUKUYAMA, F. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta, 1992.
- GARCÍA PELAYO, M. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza Editorial, 1986.
- MATÍA PORTILLA, F. J. (Dir.). *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.
- GARCÍA ROCA, J. *Informe para una reforma constitucional: pautas para el debate*. Madrid: Aranzadi, 2014.
- GARRIDO LÓPEZ, C.; SAÉNZ ROYO, E. (Coord.). *La reforma del Estado de partidos*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- GÓMEZ YAÑEZ, J. A. La democracia de los partidos y su necesaria regulación legal. En: GARRIDO LÓPEZ, C.; SAÉNZ ROYO, E. (Coord.). *La reforma del Estado de partidos*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Coord.). *La democracia indignada: tensiones entre la voluntad popular y la representación política*. Granada: Comares, 2014.
- JÍMENEZ SÁNCHEZ, J. J. Principio democrático y derecho a decidir. *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, n. 19, p. 211-233, 2014.

- KELSEN, H. *Esencia y valor de la democracia*. Madrid: Labor, 1934.
- LLERA, F. J. *Desafección política y regeneración democrática en la España actual: diagnóstico y propuestas*. Madrid: CEPC, 2016.
- MAIER, P. *Gobernando el vacío: la banalización de la democracia occidental*. Madrid: Alianza Editorial, 2015.
- MANZELLA, A. La evolución de las instituciones parlamentarias. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, p. 361-375, 1989.
- PANIAGUA, J. L. España: un parlamentarismo racionalizado de Corte Presidencial. En: LÁNZARO, J. (Coord.). *Presidencialismo y parlamentarismo: América latina y Europa meridional*. Madrid: CEPC, 2012. p. 225-268.
- PRESNO LINERA, M. La calidad de la democracia. *Página abierta*, n. 230, 2014a.
- _____. Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y de la desconfianza. *Fundamentos*, n. 8, p. 213-254, 2014b.
- _____. Régimen electoral (“Maquiavélico”) y sistema de partidos (con sesgo mayoritario). *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 104, p. 13-48, 2015.
- RIDAO, J. *El derecho a decidir: qué pasa con Cataluña*. Barcelona: RBA, 2014.
- SAÉNZ ROYO, E. ¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas de participación política a la luz de la experiencia irlandesa. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, n. 20, p. 245-276, 2013.
- SARTORI, G. *Partidos y sistemas de partidos I*. Madrid: Alianza Editorial, 1980.
- TORREBLANCA, I. *Asaltar los cielos*. Madrid: Debate, 2015.
- TUDELA ARANDA, J. El control sobre los partidos políticos: una aproximación de síntesis sobre el ser y el estar. En: MATÍA PORTILLA, F. J. (Dir.). *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016a.
- _____. La democracia contemporánea. Mitos, velos y (presuntas) realidades. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 37, n. 111, 2017.
- _____. El derecho a decidir y el principio democrático. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 36, p. 477-498, 2016b.
- WELP, Y.; SERDÜLT, U. (Coord.). *La dosis hace el veneno: análisis de la revocatoria del mandato América Latina, Estados Unidos y Suiza*. México: Consejo Nacional Electoral-Institución de la democracia, 2014.

**EL ESTATUTO JURÍDICO-POLÍTICO DEL
DIPUTADO: ENTRE LA LEALTAD AL PARTIDO
Y LA LEALTAD A SU ELECTORADO***

**O ESTATUTO JURÍDICO-POLÍTICO DO
DEPUTADO: ENTRE A LEALDADE AO PARTIDO
E A LEALDADE A SEU ELEITORADO**

**THE JURIDICAL AND POLITICAL STATUTE
FOR DEPUTY: BETWEEN PARTY LOYALTY
AND LOYALTY TO THEIR ELECTORATE**

María Holgado González**

RESUMEN

La negativa de quince diputados del Congreso de acatar la disciplina de voto de su grupo parlamentario, durante la reciente sesión de investidura del Presidente del Gobierno, en octubre de 2016, hizo resurgir el clásico debate en torno a la disciplina de partido y la prohibición constitucional del mandato imperativo. Este artículo pretende reflexionar acerca de si la indisponibilidad del escaño por el partido es garantía suficiente del mandato representativo y la libertad de voto de los diputados, o si se deben poner en marcha medidas de carácter político, legislativo y jurisdiccional que permitan superar el conflicto de lealtades en el que pueden encontrarse los diputados cuando las indicaciones de voto de su grupo contradicen el compromiso electoral asumido.

Palabras clave: Partidos políticos. Grupos parlamentarios. Diputados. Elecciones. Mandato imperativo. Disciplina de voto. Programa electoral. Libertad de voto.

RESUMO

A recusa de quinze deputados do Congresso de acatar a disciplina de voto de seu grupo parlamentar, durante a recente sessão de investidura do Presidente do Governo, em outubro de 2016, fez ressurgir o clássico debate em torno da disciplina do partido e da proibição constitucional de mandato imperativo. Este artigo pretende refletir se a indisponibilidade de assento pelo partido é garantia suficiente do mandato representativo e da liberdade do voto dos deputados, ou se se devem pôr em marcha medidas de caráter político, legislativo e jurisdiccional, que permitam superar o conflito de lealdades em que podem se encontrar os deputados, quando as indicações de voto de seu grupo contradizem o compromisso eleitoral assumido.

* Este artigo foi publicado na Revista Española de Derecho Constitucional, año 37, nº 111, de 2017.

** Profesora Titular de Derecho Constitucional de Departamento de Derecho Publico de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Palavras-chaves: Partidos Políticos. Grupos parlamentares. Deputados. Eleições. Mandato imperativo. Disciplina de voto. Programa eleitoral. Liberdade do voto.

ABSTRACT

The refusal of fifteen deputies of the Congress to abide by the discipline of vote of its parliamentary group, during the recent session of the investiture of the President of the Government, in October 2016, revived the classic debate on party discipline and the constitutional prohibition of the imperative mandate. This article aims to reflect on whether the unavailability of the seat for the party is sufficient guarantee for the representative mandate and freedom of vote of members, or if political, legislative and jurisdictional measures should be implemented in order to allow to overcome the conflict of loyalties in which members can be found when indications of vote of its group contradict election commitment.

Keywords: Political parties. Parliamentary groups. Deputies. Elections. Compulsory mandate. Discipline of vote. Electoral program. Free vote.

1 PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA NEGATIVA A ACATAR LA DISCIPLINA DE VOTO

La reciente investidura parlamentaria del Presidente del Gobierno, en octubre de 2016, además de poner de relieve otros aspectos de indudable interés constitucional durante todo el complicado proceso que tuvo lugar hasta la formación del gobierno y que ha llevado a sugerir la necesidad de reformar la regulación del artículo 99 CE^{1, 2}, despertó nuevamente el viejo debate acerca de la disciplina de partido y la prohibición constitucional del mandato imperativo. La negativa de quince diputados del Grupo Parlamentario Socialista de seguir la indicación de su partido de abstenerse para hacer posible la investidura de Mariano Rajoy se produjo en el contexto de la complicada formación de gobierno que vivimos tras las elecciones de 2015. Un proceso en el que se aplicó por vez primera la disolución automática de las Cortes, tras los intentos fracasados de investir a un candidato, y en el que la situación de bloqueo institucional por falta de acuerdo entre los grupos parlamentarios amenazaba con unas terceras elecciones. En este nuevo escenario, con un sistema multipartidista desconocido hasta el momento y un Congreso de los Diputados más plural, los partidos tienen que afrontar una situación a la que no estaban acostumbrados dada la escasa cultura de pacto político en nuestro país, y además,

1 En este sentido el PSOE ha declarado que va a proponer la reforma del artículo 99 CE a los demás partidos, para facilitar la investidura y evitar futuras situaciones de bloqueo institucional, de manera que las opciones de los diputados sean únicamente votar a favor de la investidura o abstenerse. (Disponível em: <http://politica.elpais.com/politica/2017/02/15/actualidad/1487181858_324705.html>).

2 Sobre la oportunidad o no de su reforma se ha pronunciado destacada doctrina (ARAGÓN REYES, M. Legislatura fallida e investidura convulsa: análisis y consecuencias. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 109, p. 15-34, 2017; REVENGA SÁNCHEZ, M. La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma?. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 109, p. 97-120, 2017; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. La problemática constitucional de la formación del Gobierno y la intervención del monarca en nuestro régimen parlamentario. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 109, p. 35-61, 2017).

en un proceso, el de investidura, marcado por ritmos breves. Un caldo de cultivo propicio para que el debate interno y las discrepancias políticas precipiten crisis en el interior de partidos que tienen que reposicionarse políticamente, pues los resultados electorales ya no los sitúan de forma automática en el gobierno y la oposición.

Los quince diputados que se apartaron en esta sesión de investidura de la disciplina de voto, votando “no”, y las dos diputadas que al abstenerse utilizaron testimonialmente la fórmula “por imperativo” ponían de manifiesto la delicada o cuando menos incómoda situación de los integrantes de este grupo parlamentario, al verse abocados a votar en un sentido contrario al deseado. No era la primera vez que varios de estos diputados – los integrantes del PSC³ – no acataban la disciplina de partido, pero esta vez adquiría un mayor relieve por involucrar a otros más, tratarse de la sesión de investidura y afectar al hasta entonces líder del partido, que había defendido públicamente una posición distinta a la que finalmente decidiría la dirección del mismo. Estos diputados se encontraban así ante la encrucijada de no defraudar al electorado o mantener la lealtad al partido, situación que llevaría al entonces ex secretario general del partido, Pedro Sánchez, a renunciar a su acta de diputado antes de tener que votar.

La decisión de no acatar la disciplina de voto acarrearía la apertura de los correspondientes expedientes disciplinarios, por parte del grupo parlamentario, así como del partido político en relación con los diputados afiliados. Evidentemente, los diputados y diputadas que optaron por no abstenerse y emitir un voto en contra de la investidura, lo hicieron amparados constitucionalmente por la libertad de voto, que es personal e indelegable (art. 79.3 CE) así como por la prohibición del mandato imperativo (art. 67.2 CE). La decisión, por otra parte, del PSOE y del Grupo Parlamentario Socialista de actuar disciplinariamente contra quienes se apartaron de la unidad de voto también encuentra acomodo legal en los Estatutos del PSOE (art. 78), en el Reglamento de Cargos Públicos del PSOE (art. 6) y en el Reglamento del Grupo Parlamentario Socialista (art. 33), que establecen la sujeción de sus miembros parlamentarios a la unidad y disciplina de voto con la consiguiente posibilidad de sanción por incumplimiento.⁴

¿Tiene sentido seguir manteniendo a nivel normativo esta incoherencia entre el principio de mandato representativo, constitucionalmente consagrado, y la obligada disciplina de voto recogida en los Estatutos y reglamentos internos de los partidos y grupos parlamentarios? Porque una cosa es que la realidad jurídica y la política tomen en muchas ocasiones caminos diferentes, que en el plano político el protagonismo de los partidos eclipse el papel que la Constitución otorga a los representantes individuales; o que la ciudadanía en las elecciones generales

3 En febrero y octubre de 2013, catorce diputados del PSC votarían en el Congreso de los Diputados de forma distinta a sus compañeros de grupo del PSOE sobre la celebración de una consulta soberanista en Cataluña (se les abrió entonces expediente disciplinario y fueron sancionados con una multa de 600€).

4 El art. 78 de los Estatutos Federales del PSOE (en adelante, EPSOE) y el art. 6 del Reglamento de Cargos Públicos del PSOE establecen que los “miembros del Grupo Parlamentario Federal del PSOE están sujetos a la unidad de actuación y disciplina de voto. Si no la respetasen, el Grupo Parlamentario y la Comisión Ejecutiva Federal podrían denunciar su conducta al Comité Federal. Si la actuación [...] se estimase grave [...] éste tendría facultades para proceder a darle de baja en el Grupo Parlamentario, procediendo a incoar el correspondiente expediente [...]”. Asimismo, de acuerdo con el art. 33 del Reglamento del Grupo Parlamentario Socialista (en adelante, RGPS) “[...] el comité director [del grupo] podrá sancionar la emisión del voto contrario a la orientación acordada por el grupo, cuando esta se haya realizado de forma voluntaria y haya sido manifestada explícitamente, sin perjuicio del mecanismo disciplinario previsto en los estatutos federales”.

vote jurídicamente una lista de candidatos para su circunscripción aunque materialmente esté eligiendo a un partido y al líder que aspira a presidir el gobierno. Pero otra bien distinta es que sean normas jurídicas las que contemplen principios tan contradictorios y que haya que asumir sin más esa contradicción como algo consustancial al Estado de partidos.

Hasta ahora, estos principios han convivido gracias a una jurisprudencia constitucional que, de un lado, ha mantenido la titularidad del escaño por parte del diputado, pero que al mismo tiempo ha reforzado la posición de los partidos políticos frente a sus miembros, por tratarse de organizaciones de naturaleza privada aunque con funciones públicas de las que éstos han aceptado libremente formar parte. Se espera, por tanto, de los diputados que cumplan o acaten el programa electoral del partido bajo cuyas siglas se presentaron a las elecciones y al que deben lealtad. En este sentido, sería legítima, desde un punto de vista constitucional, la pretensión del partido y del grupo de votar en bloque o tener un criterio común. El único límite a la potestad disciplinaria del partido y del grupo parlamentario se encuentra, de acuerdo con esta jurisprudencia, en respetar la titularidad del escaño, no siendo posible hacer valer jurídicamente la obligación recogida en los Estatutos de algunos partidos, de entregar el acta de diputado al causar baja en el partido o ser expulsado del grupo.

El estatuto jurídico de los diputados, en su doble condición (la mayoría de las veces) de afiliado a un partido e integrante de su correspondiente grupo parlamentario, así como las relaciones “partido político-grupo parlamentario-diputado” han sido ampliamente estudiadas por la doctrina.⁵⁻⁶⁻⁷⁻⁸⁻⁹⁻¹⁰⁻¹¹⁻¹²⁻¹³⁻¹⁴ No se trata tampoco de analizar de nuevo el mandato representativo y el papel de los partidos políticos en el sistema constitucional, de sobra conocidos.¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸⁻¹⁹⁻²⁰ Sino de plantearnos, ante la recobrada actualidad de un tema clásico como el de la prohibición del mandato imperativo frente

5 PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, N. *Los grupos parlamentarios*. Madrid: Tecnos, 1989.

6 SAIZ ARNAIZ, A. *Los grupos parlamentarios*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1989.

7 MORALES ARROYO, J. M. *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

8 ABELLÁN, A. M. *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1992.

9 SANTAOLALLA, F. Partido político, grupo parlamentario y diputado. En: GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (Coord.). *Derecho de Partidos*. Madrid: Espasa Universidad, 1992. p. 93-118.

10 GARCÍA GUERRERO, J. L. *Democracia representativa de partidos y grupos parlamentarios*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1996.

11 MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. La jaula de hierro: la posición en el grupo. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, Valencia, n. 10, p. 161-188, 2001.

12 GARCÍA ROCA, J. Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia. En: VVAA. *La democracia constitucional*. Homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente. Madrid: Congreso de los Diputados/CEPC, 2002. v. 1, p. 839-874.

13 PAUVNER CHULVI, C. El estatuto de los parlamentarios en un contexto multinivel: las relaciones entre parlamentarios, grupos y partidos. *Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 78, p. 217-256, 2010.

14 GARCÍA-ESCUADERO, P. El parlamentario individual en un parlamento de grupos: la participación en la función legislativa. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 28, p. 205-242, 2011.

15 GARCÍA PELAYO, M. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza Editorial, 1986; TORRES DEL MORAL, A. *Estado de Derecho y democracia de partidos: una teoría del Estado constitucional contemporáneo*. Madrid: Universitat, 2015.

16 BLANCO VALDÉS, R. L. *Los partidos políticos*. Madrid: Tecnos, 1990

17 GARRORENA MORALES, A. *Representación política y Constitución democrática*. Madrid: Civitas, 1991.

18 CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F. *El mandato parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991.

19 PRESNO LINERA, M. A. *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*. Barcelona: Ariel, 2000.

20 TORRES DEL MORAL, A. *Estado de Derecho y democracia de partidos: una teoría del Estado constitucional contemporáneo*. Madrid: Universitat, 2015.

a la disciplina partidista, si hemos de conformarnos con la argumentación que hasta ahora nos ha servido para sostener políticamente lo insostenible jurídicamente. O si, por el contrario, el contexto político actual nos permite incorporar este debate al elenco de reformas constitucionales y legislativas que se proponen por parte de las formaciones políticas en su empeño de abrirse a la ciudadanía para satisfacer las demandas de una democracia avanzada y más participativa.

Podríamos dejar pasar el asunto e ignorarlo como algo meramente anecdótico en el funcionamiento de nuestros partidos y grupos parlamentarios o, por el contrario, aprovechar la ocasión para tomarnos en serio el principio de la prohibición de mandato imperativo, en conexión con la exigencia constitucional de democracia interna de los partidos, y responder así a la llamada de atención que el Consejo de Europa ha hecho a nuestro país alertando sobre las consecuencias negativas de la férrea disciplina de voto de los parlamentarios españoles, y que ha sido desatendida hasta el momento.²¹ Con ello se contribuiría, al menos, a recuperar también parte de la centralidad perdida por el Parlamento.

2 LIBERTAD DE VOTO Y LEALTAD AL ELECTORADO

La Constitución española acoge la construcción liberal del mandato representativo y la plasma en los preceptos ya citados que consagran la libertad de voto de los representantes sin sujeción a instrucciones vinculantes (arts. 79.3 y 67.2), protegiendo sus funciones con la inviolabilidad parlamentaria reconocida a sus señorías por sus opiniones (art. 71.1). Aunque, también es cierto, que en este punto no llega tan lejos como la Constitución alemana, que afirma rotundamente que éstos están “sujetos únicamente a su conciencia” y “no podrán en ningún momento ser sometidos a un procedimiento judicial o *disciplinario* ni responsabilizados de otra forma *fuera del Bundestag* a causa de su voto”.²²

Los diputados actúan como representantes de la soberanía popular y se hace preciso garantizar que puedan aprehender y discernir con libertad los intereses generales y configurar así la voluntad popular que habrá de plasmarse en las leyes. Es éste el fundamento que subyace en la prohibición de “instrucciones imperativas, mandatos que el diputado esté obligado ciega e implícitamente a obedecer, votar y defender, aunque sean contrarias a las convicciones más claras de su juicio y su conciencia”,²³ ya que, como afirmaba BURKE, “el parlamento no es un congreso de embajadores, sino una asamblea deliberativa de una sola nación”. Una imagen ideal del parlamentarismo que no implica que en el Parlamento decimonónico no existiera una cierta subordinación del representante individual a la voluntad del grupo, pero que, a diferencia de la realidad actual, aquél sí participaba en la formación de la voluntad que terminaba imponiéndose, y que no procedía de fuera, esto es del partido o lo que es lo mismo, de sus dirigentes.²⁴

21 Informe 2014 del Grupo de Expertos del Consejo de Europa (GRECO) “Prevención de la corrupción en relación con los parlamentarios, jueces y fiscales”, de 6 de diciembre de 2013 (publicado el 14 de enero de 2014).

22 Arts. 38.1 y 46.1 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

23 BURKE, E. Discurso a los electores de Bristol. En: _____. *Textos Políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p. 309-314.

24 RUBIO LLORENTE, F. Defectos de forma. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 100, p. 138, 2014.

En la actual democracia de partidos la prohibición del mandato imperativo -inoperante frente a los electores, que no tienen capacidad de dar instrucciones a los representantes- va dirigida a los partidos políticos.²⁵ Buena parte de la doctrina ha visto en ella una ficción a modo de contrapeso frente al excesivo poder de éstos, contrapeso con el que el Estado constitucional procura su mantenimiento a través del equilibrio entre democracia y disciplina partidista.²⁶ La prohibición del mandato imperativo es “una de las bases del sistema de representación”,²⁷ “condición necesaria e inherente a la democracia representativa”.²⁸ Su aseguramiento es una garantía frente al riesgo de que la titularidad de todos los cargos públicos representativos termine en manos de un reducido número de dirigentes de cada partido, lo que supondría desvirtuar del proceso de formación de la voluntad del Estado, que precisa de concretas personas físicas²⁹.

El Tribunal Constitucional asume esta concepción clásica de la representación en las conocidas SSTC 5/1983 y 10/1983, considerando que “la elección de los ciudadanos sólo puede recaer sobre personas concretas”, “que el derecho a participar corresponde a los ciudadanos, y no a los partidos”, y que “la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores a través del sufragio expresado en elecciones periódicas”.³⁰ Conecta así, esta jurisprudencia, reiterada diez años más tarde en la STC 31/1993, los artículos 23.1 y 23.2 CE al entender que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos se realiza también mediante la permanencia de los representantes en sus cargos. De este modo, el cese en el cargo no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, porque el derecho de participación corresponde a la ciudadanía, no a los partidos.

Los diputados se erigen, de acuerdo con esta jurisprudencia, en representantes de toda la nación, no del partido bajo cuyas siglas resultaron elegidos. Y como tales se deben a su propio criterio, respondiendo únicamente ante el electorado. La titularidad del escaño se convierte, de este modo, en la garantía última de los representantes que pretendan hacer valer su criterio o conciencia frente a la presión del partido o del grupo parlamentario. Incluso aunque voluntariamente hubiesen asumido el compromiso, recogido en los Estatutos de muchas formaciones políticas,³¹ de cesar en el cargo público desde el momento en que se produzca la

25 Hay, en cambio, doctrina que sostiene que la prohibición se refiere únicamente a los electores. PUNSET, R. Prohibición del mandato imperativo y pertenencia a partidos políticos. En: GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (Coord.). *Derecho de Partidos*. Madrid: Espasa Universidad, 1992. p. 125-131.

26 SANTAOLALLA, F. Partido político, grupo parlamentario y diputado. En: GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (Coord.). *Derecho de Partidos*. Madrid: Espasa Universidad, 1992. p. 111-112.

27 TORRES MUÑOZ, I. Transfuguismo político: un elogio (moderado) del tráfuga. *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, n. 16, p. 18, 2016.

28 SARTORI, G. En defensa de la representación política. *Claves de Razón Práctica*, n. 91, p. 32, 1999.

29 PAUVNER CHULVI, C. El estatuto de los parlamentarios en un contexto multinivel: las relaciones entre parlamentarios, grupos y partidos. *Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 78, p. 229, 2010.

30 STC 5/1983, FJ. 4º a.

31 El art. 77 EPSOE establece que “todas las personas miembros del Grupo parlamentario aceptan el compromiso de presentar su dimisión al Presidente/a del Parlamento si una vez elegidas causasen baja en el PSOE por cualquier circunstancia”; el art. 8.1.e) de los Estatutos del Partido Popular (en adelante, EPP) obliga a “devolver al Partido la representación institucional que ostenten en nombre de éste cuando se den de baja voluntariamente”; el art. 3.6 de los Estatutos de Ciudadanos (en adelante, EC) recoge idéntica obligación de abandonar su acta si causan baja en el partido político “o si no siendo militantes, no estuviesen dispuestos a cumplir las obligaciones que estos Estatutos imponen a los representantes públicos de Ciudadanos”.

baja como afiliado en el partido. El Alto Tribunal niega así toda eficacia vinculante a este tipo de disposiciones estatutarias que imponen una obligación que considera “incompatible con la naturaleza que la Constitución misma atribuye a los cargos representativos” (STC 298/2006, FJ 8º).

La libertad de los parlamentarios jurídicamente proclamada queda, no obstante, supeditada *de facto* a la voluntad de éstos de asumir el coste político que conlleva apartarse de la disciplina de voto, ya que los partidos cuentan para ello con “elementos de control suficientes sobre el diputado de a pie como para llegar a su cuasi-revocación, entendiendo por tal la expulsión del propio grupo, y por supuesto, la negación de cualquier tipo de apoyo futuro en el siguiente proceso electoral”.³² El ejercicio de esta libertad, un tanto debilitada, no deja de ser así una “decisión personal en la que se sopesarán las lealtades, valores y roles en conflicto”³³ con una mínima, aunque importante, garantía jurídica, que se reduce a la indisponibilidad del escaño por el partido o el grupo en el tiempo que dure esa legislatura.

3 LEALTAD AL PARTIDO POLÍTICO

Los diputados son elegidos directamente por los ciudadanos, cuyo voto recae formalmente sobre personas concretas. Pero también es cierto que su candidatura está unida a la de otros representantes que concurrieron a las elecciones en una misma lista, con un programa electoral común y bajo las siglas de un partido político concreto, al que también deben lealtad. El Tribunal Constitucional ha llegado a reconocer que en un sistema de listas como el de nuestro régimen electoral no cabe hablar de votos recibidos por candidatos singularmente considerados sino, en relación a éstos, de cocientes (STC 75/1985, FJ 4º). Asimismo, según nuestro Alto Tribunal, el mandato que cada uno de los representantes ha obtenido “es producto de la voluntad de quienes le eligieron determinada por la exposición de un programa político jurídicamente lícito” y “la fidelidad a este compromiso político (...) no puede ser desconocida ni obstaculizada” (SSTC 119/1990, FJ 7º, 136/ 1999, FJ 14º y 27/2000, FJ 4º).

No en vano, los partidos, aunque se encuentran jurídicamente excluidos de la relación representativa, son los auténticos artífices de la misma, sustituyendo *de facto* al diputado:³⁴ en un primer momento, al confeccionar las listas de candidatos y formular el programa electoral con el que estos se comprometen ante el electorado; y en un momento posterior a las elecciones, cuando los representantes ejercen su cargo y producen la voluntad estatal siguiendo las directrices dadas por el partido a través del grupo parlamentario. Este protagonismo reconocido en el artículo 6 de nuestra Norma Fundamental va a ser puesto de relieve también por la misma jurisprudencia constitucional que sostiene el principio de mandato representativo. El

32 PORRAS NADALES, A. Porras. *Representación y democracia avanzada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 45.

33 GARCÍA PELAYO, M. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza Editorial, 1986. p. 100.

34 GARRORENA MORALES, A. *Representación política y Constitución democrática*. Madrid: Cívitas, 1991. p. 38.

Tribunal Constitucional toma en consideración el papel *esencial*³⁵ que desempeñan, por seguir la terminología kelseniana, y los considera “asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones”, que se cifran en la “expresión organizada del pluralismo político con el fin de asegurar la mejor correspondencia entre la voluntad de los ciudadanos y la voluntad general expresada en la ley” (STC 138/2012, FJ 3º).

Los diputados son (a excepción de los independientes) miembros afiliados al partido que los incluyó en las listas y al mismo tiempo integrantes del grupo parlamentario de dicha formación política, asumiendo una serie de compromisos y obligaciones y quedando supeditados a los Estatutos del partido así como al Reglamento interno del grupo parlamentario, como militantes y como representantes que ejercen un cargo público.

Como *militantes* asumen ciertos deberes de lealtad para con el partido al que están afiliados, entre ellos “el deber de preservar la imagen pública de la formación política a la que pertenecen y de colaboración positiva para favorecer su adecuado funcionamiento” (STC 226/2016, FJ 7º). Por ello, el Tribunal Constitucional ha considerado plenamente legítimo que el partido despliegue su potestad disciplinaria, llegando incluso hasta la adopción de la sanción de exclusión temporal o definitiva de un afiliado (STC 104/199, FJ 4º) ante determinadas actuaciones o comportamientos que resulten claramente incompatibles con los principios y los fines de la organización política, como por ejemplo, “pedir públicamente el voto para otro partido político, aunque tales actuaciones sean plenamente lícitas y admisibles de acuerdo con el ordenamiento jurídico general”³⁶ (STC 226/2016, FJ 7º).

Eso sí, el ejercicio de dicha facultad disciplinaria, que forma parte de la potestad de autoorganización, no escapa del control jurisdiccional necesario para asegurar asimismo el respeto de los derechos de los afiliados (STC 56/1995). Ahora bien, hasta la fecha el Tribunal Constitucional había mantenido una jurisprudencia proclive a garantizar la máxima libertad e independencia de los partidos, procurando el menor grado de intervención estatal sobre los mismos (SSTC 85/1986 y 48/2003), limitando ese control jurisdiccional a un control meramente formal, consistente en comprobar la existencia de una base razonable para la adopción de la decisión por los órganos estatutarios y el respeto al procedimiento.

Sin embargo, en la reciente STC 226/2016 el Tribunal Constitucional ha aplicado al partido político las mismas consideraciones que mantenía para algunas asociaciones que, siendo privadas, ostentasen “de hecho o de derecho una posición dominante en el campo económico, cultural, social o profesional, de manera que la pertenencia o exclusión de ella supusiese un perjuicio significativo para el particular afectado” (STC 218/1988). Considera que, tratándose los partidos de *asociaciones constitucionalmente cualificadas*, el control de la regularidad de decisiones, como la de expulsión, “también puede extenderse al análisis material

35 KELSEN, H. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Labor, 1977.

36 En el caso objeto de la sentencia, el Tribunal Constitucional hubo de valorar si la sanción de expulsión impuesta por el PSOE a una militante que realizó duras críticas en un medio de comunicación acerca de la falta de democracia interna de dicha formación política, constituía un ejercicio legítimo de la potestad disciplinaria o por el contrario atentaba contra la libertad de expresión.

de las causas de expulsión, en particular cuando esas causas pueden entenderse como límites al ejercicio de un derecho fundamental del afiliado en el seno del partido” (STC 226/2016, FJ 8º).

Como *representantes* que han sido elegidos en un sistema de listas de candidaturas realizadas por partidos, los diputados asumen un programa electoral que luego habrá de concretarse en acciones que impulsen o apoyen la acción de gobierno o ejerzan una labor de control y oposición al mismo. Aunque el programa electoral no es exigible jurisdiccionalmente³⁷, no deja por ello de ser un compromiso que vincula políticamente al diputado y que puede actuar de parámetro de control de su actuación, ya que en principio, se espera del mismo que no adopte posturas diferentes a las de su propio grupo o partido³⁸.

En esta lógica cobra sentido que el partido político vele por que los representantes propuestos bajo sus siglas, miembros además de la formación, guarden fidelidad al programa electoral con el que se comprometieron ante el electorado. Y, desde luego, resulta legítimo que pretendan lograr una posición común acerca de los objetivos y medidas en él propuestos, cumpliendo de este modo su papel de intermediarios entre el cuerpo electoral y los órganos del Estado para garantizar la correspondencia entre la voluntad de los representantes y representados en el Estado de partidos. Las ventajas de la disciplina de voto han sido reconocidas por la doctrina, en tanto que ésta contribuye a simplificar el proceso de debate político y la formación de voluntad del parlamento, haciendo previsible, durante la legislatura, la tendencia política mayoritaria que contará con un apoyo estable, asegurando así una estabilización en la acción del gobierno³⁹. Esta disciplina encuentra respaldo en los Estatutos de las formaciones políticas, que permiten a sus órganos ejecutivos controlar si la actuación de los representantes se ajusta a los principios y objetivos del partido⁴⁰ y tipifican como infracción grave, en sus regímenes disciplinarios, el no atenerse a las instrucciones de los órganos de dirección del partido e incluso faltar a la unidad y disciplina de voto⁴¹. Y también se

37 Ejemplo paradigmático fue el caso suscitado por Lluís Llach contra el PSOE y contra Felipe González en calidad de Secretario General del mismo, en 1986, por apoyar el mantenimiento de nuestro país en la OTAN incumpliendo de este modo la promesa, realizada en su programa, de denunciar el Tratado del Atlántico Norte. Esta demanda dio lugar a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 9 de Madrid, de 21 de junio de 1986 que, aun considerando razonable la pretensión de exigir jurisdiccionalmente el cumplimiento de las promesas electorales, no tuvo más remedio que desestimarla por no existir norma jurídica que la amparase. *Vid.* comentario a esta sentencia e: HOLLADO GONZÁLEZ, M. *El programa de gobierno y sus sistemas de control*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 141-144.

38 ABELLÁN, A. M. *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1992. p. 147.

39 SÁNCHEZ DE DIOS, M. La disciplina de partido en los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados. *Revista de las Cortes Generales*, n. 39, p. 183-210, 1996.

40 El art. 38.g EPSOE indica que corresponde a la Comisión Ejecutiva Federal “el seguimiento de la actuación de quienes sean representantes del partido en los poderes públicos interpretando y valorando si su actuación se ajusta al cumplimiento de los objetivos fijados” y el art. 78 EPSOE establece que los “miembros del Grupo Parlamentario Federal del PSOE están sujetos a la unidad de actuación y disciplina de voto”. Por su parte, el art. 63.3 EPP establece que “Los grupos institucionales atenderán su actuación a las instrucciones que emanen de los órganos de gobierno del partido”. Finalmente, el art. 3.2 EC dispone que “los grupos actuarán en todo caso dentro del respeto estricto [...] a las directrices emanadas de los órganos del partido” y el art. 3.4 EC establece que “los grupos institucionales de Cs se regirán por los principios de unidad de acción y disciplina de voto”.

41 El art. 16.1.i. EPP tipifica como infracción muy grave “actuar en el ejercicio de los cargos públicos en forma contraria a los principios y programas del Partido” y el art. 17.1.i. EPP como infracción grave “desobedecer las instrucciones o directrices de los órganos de Gobierno o de los Grupos Institucionales, o las instrucciones que emanen de sus órganos de gobierno”. Los arts. 3.3 y 12.1.i. EC consideran falta muy grave “actuar en el ejercicio del cargo público de forma contraria a los principios y programas establecidos por el partido, con deslealtad al partido, así como hacia sus órganos de gobierno”.

hace posible a través de los Reglamentos internos de los grupos parlamentarios, cuya posición parlamentaria “aglutinando y dando forma a las diferentes corrientes políticas presentes en las Cámaras” (STC 361/2006, FJ 5º) ha sido destacada por el Tribunal Constitucional. En ellas se regulan los instrumentos de comunicación de las directrices del partido a los representantes parlamentarios, para someter al grupo a las líneas ideológicas de aquél⁴². Aunque, sin duda, el fundamento último de esa disciplina se encuentra “en el poder que la confección de las listas otorga a los órganos dirigentes de los partidos”⁴³.

También se comprende que, ante el supuesto de más grave deslealtad, como es el caso de los diputados tráfugas, que con su actuación defraudan la voluntad que en ellos ha depositado la ciudadanía, los partidos desplieguen sobre los mismos su potestad sancionadora –con la expulsión de la organización política y del grupo parlamentario- y acuerden en el plano político reglas de juego que impidan este tipo de conductas⁴⁴. Ahora bien, la realidad política presenta muchos matices y complejidades, por lo que no puede ser analizada de manera simplista ni caer en maniqueísmos que atribuyan todas las bondades al partido político y la maldad más absoluta a los diputados discrepantes⁴⁵. La democracia no se concibe más que como una “democracia de partidos”⁴⁶ pero su configuración actual ha ocasionado “numerosas distorsiones en la organización y funcionamiento de diferentes instituciones”⁴⁷. No hay que ignorar, por tanto el poder, ya de por sí excesivo, que los partidos detentan y la tendencia oligárquica que muestran en su funcionamiento⁴⁸.

Porque ¿qué ocurre con aquellas decisiones que deba tomar el Parlamento y sobre las que no haya habido un posicionamiento previo del partido ante el electorado? Sin duda, hay asuntos de interés general sobre los que los partidos deben haberse pronunciado con claridad ante los ciudadanos a fin de permitir a estos un ejercicio libre de su derecho de participación política. Pero también es cierto que la realidad no es del todo programable y en muchas ocasiones habrá que afrontar situaciones no previstas ni planificadas para las que no hay una única respuesta que se deduzca de las directrices generales del programa⁴⁹. ¿Cómo resolver las discrepancias que se produzcan en el seno del partido? O ¿qué hacer cuando el diputado considere con fundamento que la posición común del partido que trata de trasladarse al grupo sea la que se aparte del compromiso asumido ante los electores?

42 Véase el análisis de estas normas en PAUVNER CHULVI, C. El estatuto de los parlamentarios en un contexto multinivel: las relaciones entre parlamentarios, grupos y partidos. *Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 78, p. 231 et seq., 2010.

43 RUBIO LLORENTE, F. Defectos de forma. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 100, p. 143, 2014.

44 Como los Acuerdos, firmados por trece partidos políticos, sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las Corporaciones Locales, de 7 de julio de 1998, y la creación de una Comisión de seguimiento, de escaso éxito. Sobre el fenómeno del transfuguismo véase Tomás Mallén (2002), Santolaya y Corona (2009), Presno Linera (2000, p. 152 et seq.) y Díez Picazo (1998, p. 84), entre otros.

45 TORRES MUÑOZ, I. Transfuguismo político: un elogio (moderado) del tráfuga. *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, 16, p. 3, 2016.

46 GARCÍA PELAYO, M. García. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

47 PRESNO LINERA, M. A. *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*. Barcelona: Ariel, 2000. p. 206.

48 MICHELS, R. *Los partidos políticos: un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de las democracias modernas*. Buenos Aires: Amorrutu, 1996.

49 HOLGADO GONZÁLEZ, M. *El programa de gobierno y sus sistemas de control*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 221.

4 CÓMO SUPERAR EL CONFLICTO DE LEALTADES

Basándose esencialmente en ese compromiso electoral que es el programa y para superar las paradojas a que conduce el mandato representativo en un Estado de partidos, destacada doctrina ha defendido un “mandato ideológico” para asegurar que la voluntad manifestada por los electores no se vea defraudada por la actuación individual de algunos candidatos electos⁵⁰⁻⁵¹⁻⁵²⁻⁵³. Estos autores justifican, de este modo, que el partido político controle el ejercicio del cargo público llevado a cabo por los representantes elegidos bajo sus siglas, limitando su total libertad de actuación. Control que, de acuerdo con la propuesta que formula BASTIDA, podría alcanzar la expulsión y revocación del representante en los casos de “grave deslealtad” al programa, siempre que tal decisión se llevase a cabo a través de un órgano especial del partido, por mayoría cualificada, y fuera controlable jurisdiccionalmente. O, como propone BLANCO, la pérdida de la condición de representante como consecuencia de una “declaración de indignidad política” realizada, mediante mayoría reforzada, por el órgano parlamentario al que el representante pertenezca⁵⁴.

Desde estas posiciones se trata de evitar que, bajo el escudo del mandato representativo y la consecuente indisponibilidad del escaño garantizada por la jurisprudencia constitucional, se cometan graves deslealtades por parte de los representantes hacia el compromiso electoral asumido, alterando considerablemente la voluntad manifestada en las urnas. En este sentido, se ha llegado a proponer la introducción de una cláusula constitucional similar a la contemplada en el artículo 63.1c de la Constitución portuguesa, que establece que “pierden el mandato de diputados quienes se adscriban a un partido político distinto de aquél por el que fueron elegidos”, o la reforma de la LOREG para establecer que “todo elegido en la lista de un partido o coalición perderá su cargo por el hecho de cesar voluntariamente en el mismo”⁵⁵.

Estas propuestas, sin embargo, van esencialmente dirigidas a atacar el problema del transfuguismo político, donde en realidad, el diputado no se debate entre la lealtad al partido y la lealtad al electorado, ya que no hay tal conflicto. En el sentido de que los tránsfugas que abandonan al partido con el que se presentaron a las elecciones para apoyar a otro contra el que compitieron electoralmente son tan desleales con dicha formación política como con los ciudadanos que les votaron. Una realidad que, por otra parte, resulta marginal situándose por lo general en el ámbito local y, en menor medida, autonómico,⁵⁶ no conociéndose casos hasta ahora en el Congreso de los Diputados. Como se ha dicho, “la excepcionalidad

50 BASTIDA FREIJEDO, F. J. Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 21, p. 219, 1987.

51 BLANCO VALDÉS, R. L. *Los partidos políticos*. Madrid: Tecnos, 1990.

52 CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. *El mandato parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991.

53 ESTEBAN, J. de. El fenómeno español del transfuguismo y la jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 70, p. 7-32, 1990.

54 BLANCO VALDÉS, R. L. Transfuguismo y democracia en la Comunidad de Madrid. *Claves de Razón Práctica*, n. 135, p. 50, 2003.

55 ESTEBAN, J. de. El fenómeno español del transfuguismo y la jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 70, p. 31, 1990. Propuestas secundadas por SORIANO, R. El transfuguismo: estafa política a la voluntad de los ciudadanos. *Derechos y Libertades*, Madrid, n. 11, p. 608, 2002.

56 Véase TOMÁS MALLÉN, B. *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*. Madrid: CEPC, 2002. p. 61.

es el tráfuga corrupto, la normalidad es la oligarquía partidocrática”.⁵⁷ Por ello, aplicar a nivel jurídico unas medidas tan drásticas para afrontar un riesgo mínimo, entrañaría nuevos peligros para el régimen parlamentario, otorgando a los partidos políticos poderes prácticamente ilimitados y dejando al representante individual despojado de todo fundamento en la relación representativa.

Y es que desde ese posicionamiento no se da respuesta al verdadero conflicto de lealtades al que se encuentra sometido el diputado cuando recibe la indicación del partido de votar en sentido contrario al compromiso electoral asumido, o a su propio criterio y conciencia cuando se trata de cuestiones no contempladas en el programa o sobre las que no hubo una posición de partido ante el electorado. Si el representante individual opta por no seguir la directriz de su partido cuando éste cambia de postura en una determinada materia después de las elecciones y prefiere mantenerse leal al compromiso asumido ante los electores, no estamos ante un supuesto de transfuguismo en sentido estricto,⁵⁸ o al menos no por parte del diputado, que sería en todo caso un “buen tráfuga”.⁵⁹

Este sería precisamente el supuesto protagonizado por los diputados del Grupo Parlamentario Socialista que decidieron apartarse de la disciplina de voto en la sesión de investidura del Presidente Rajoy, tras el cambio de postura de su partido político. Sin juzgar la legitimidad del viraje del partido, que podría estar justificado por razones de estrategia política tras la valoración de nuevas circunstancias, lo cierto es que el mensaje trasladado al electorado -“formar un gobierno de cambio de fuerzas progresistas y no integrarse en una gran coalición con el PP”- era claro. Hasta tal punto era evidente el conflicto de lealtades al que iban a verse sometidos los diputados tras el cambio de criterio del partido, que se llegaron a barajar distintas fórmulas para conciliarlas: que se abstuviesen únicamente el número mínimo de diputados necesario para facilitar la investidura (ya fueran los miembros de la Comisión Gestora del partido o los de once diputados escogidos por sorteo) o que votase en bloque todo el grupo parlamentario, que fue la que finalmente se impuso con las consecuencias ya sabidas. La legitimidad de la decisión adoptada por los quince diputados que se apartaron de la disciplina de voto para ser leales al compromiso electoral asumido resulta incuestionable. La decisión, en cambio, del partido político de abrir expediente disciplinario contra dichos diputados (cuando ni siquiera impidieron el resultado pretendido por el partido) parece más bien una muestra de la rigidez del aparato partidista frente a la divergencia de criterio que pueda darse en su seno.

Para mantener el difícil equilibrio institucional entre las funciones constitucionales que desempeñan los partidos y el papel encomendado a los diputados como titulares del cargo público a través de los cuales la ciudadanía ejerce su derecho de participación política, y a la vista del indudable poder fáctico ejercido por los partidos políticos, se hace preciso fortalecer el estatuto jurídico-político del representante individual, mermado por una regulación parlamentaria que otorga el protagonismo a los grupos parlamentarios y los dota de importantes facultades de

57 FERNÁNDEZ-MIRANDA, C.; FERNÁNDEZ-MIRANDA, A. *Sistema electoral, Partidos Políticos y Parlamento*. Madrid: Colex, 2008. p. 114.

58 PRESNO LINERA, M. A. *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*. Barcelona: Ariel, 2000. p. 152.

59 TORRES MUÑOZ, I. Transfuguismo político: un elogio (moderado) del tráfuga. *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, n. 16, p. 16, 2016.

control sobre las funciones que pueden desempeñar los diputados.⁶⁰ Algo a lo que, en el actual contexto de desafección hacia los partidos y su opaco funcionamiento, la ciudadanía se muestra favorable en los sondeos, apoyando que los partidos dejen a sus diputados votar en conciencia en lugar de imponer la disciplina de voto.

El reforzamiento del papel del diputado o representante individual pasa fundamentalmente por que sean las propias formaciones políticas las primeras en comprometerse a superar el rígido modelo de partido en la concepción más oligárquica a la que nos tienen acostumbrados y comiencen a tomarse en serio las exigencias constitucionales de democracia interna, lo que no sólo redundaría en un mejor funcionamiento del Estado democrático y de sus instituciones, sino también en su propia legitimidad.⁶¹⁻⁶²⁻⁶³⁻⁶⁴ La apuesta por poner en valor la posición individual del diputado debería venir acompañada igualmente por la apertura o, al menos, desbloqueo de las listas electorales: no sólo para generar una relación más directa y personal entre representante y representado, y ofrecer a ésta un fundamento más democrático,⁶⁵ sino también porque contribuiría a limitar el poder que la confección de las listas y la determinación del orden de las candidaturas confieren actualmente al partido para imponer su disciplin.⁶⁶

Además del paso que deben dar los partidos políticos en este sentido, y de las medidas que puedan adoptarse a nivel legislativo (reforma del sistema electoral para la apertura de listas, reconocimiento de mayores facultades a los diputados en el Reglamento del Congreso...), no habría que olvidar la garantía del control judicial de las decisiones que el partido pueda adoptar sobre el diputado. No sería descartable que, tras la STC 226/2016, los órganos judiciales pudiesen controlar una hipotética sanción de expulsión del partido de aquellos diputados que no hubiesen acatado la disciplina de voto. Y que lo hiciesen entrando a valorar, de acuerdo con dicha jurisprudencia constitucional, no ya la existencia de la base razonable y el respeto al procedimiento disciplinario, sino la causa material de expulsión, en tanto limitadora de un derecho fundamental como es el del ejercicio del cargo representativo (art. 23.2 CE), en conexión con la libertad de voto y la prohibición del mandato imperativo. Sobre todo, teniendo en cuenta que la exigencia de colaboración leal con el partido “no excluye la manifestación de opiniones que promuevan un debate público de interés general, ni la crítica de las decisiones de los órganos de dirección del partido que se consideren desacertadas” (STC 226/2016, FJ 7º).

Todo ello habría de conectarse, además, con la exigencia de funcionamiento democrático que la Constitución impone a los partidos políticos. Exigencia que

60 PAUVNER CHULVI, C. El estatuto de los parlamentarios en un contexto multinivel: las relaciones entre parlamentarios, grupos y partidos. *Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 78, p. 254, 2010.

61 FLORES GIMÉNEZ, F. *La democracia interna de los partidos políticos*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1998.

62 NAVARRO MÉNDEZ, J. I. *La democracia interna en los partidos políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

63 SALAZAR BENÍTEZ, O. Las primarias socialistas: una experiencia de democratización de la selección de candidatos. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 6, p. 135-162, 2000.

64 CONTRERAS CASADO, M.; GARRIDO LÓPEZ, C. *Interiores del príncipe moderno: la democracia en los partidos políticos, entre la necesidad y la dificultad*. Zaragoza: Comuniter, 2015.

65 PORTERO MOLINA, J. A. Sobre la presunción de la representación política. *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, Valencia, n. 21, p. 71, 2009. En el mismo sentido, apostando por un voto preferencial, SANTAOLALLA, F. Sobre los problemas jurídicos jurídico-políticos del voto bloqueado. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 53, p. 29-43, 1986.

66 PRESNO LINERA, M. A. Régimen electoral (“maquiavélico”) y sistema de partidos (“con sesgo mayoritario”). *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 104, p. 26 et seq, 2015. El citado Informe 2014 del Grupo de Expertos del Consejo de Europa “Prevención de la corrupción en relación con los parlamentarios, jueces y fiscales” recomendaba revisar el sistema de listas cerradas y bloqueadas vigente en España.

ha de traducirse no sólo en respetar “unos principios estructurales y funcionales democráticos mínimos al objeto de que pueda manifestarse la voluntad popular y materializarse la participación en los órganos del Estado a los que esos partidos acceden”, reconociendo en sus Estatutos derechos de participación de los militantes en la elección de los órganos de dirección del partido, entre otros (STC 56/1995, FJ. 3º). Sino también en que el partido respete el ejercicio de los derechos fundamentales por los afiliados, que “trasciende a aquellos derechos en particular afectando a la propia esencia del Estado democrático en el seno del cual están llamados a actuar los partidos políticos” (STC 226/2016, FJ. 6º). Estando en juego en este caso el derecho fundamental al ejercicio del cargo público representativo (art. 23.2 CE), en conexión con su libertad de voto, personal e indelegable (art. 79.3 CE) y no sujeto a mandato imperativo (art. 67.2 CE).

5 CONCLUSIONES

Que la democracia precisa de los partidos políticos es indiscutible, dado el papel que ostentan como privilegiados intermediarios para garantizar la adecuación entre la voluntad expresada por los representantes y la de los representados. Siendo los partidos los que transforman las demandas sociales en programas políticos y presentan las candidaturas que se enfrentarán en las elecciones, es lógico que pretendan velar por el cumplimiento de los objetivos y compromisos asumidos ante la ciudadanía y que habrán de concretarse en iniciativas de impulso o de control parlamentario a través de los correspondientes grupos en la Cámara.

Un papel que desempeñan cuando trasladan a los grupos parlamentarios información acerca de las decisiones y posicionamientos del partido sobre las distintas cuestiones que puedan ser objeto de debate en sede parlamentaria, con la finalidad de adoptar posiciones comunes.

No obstante, esa función de intermediación tiene que respetar el principio de mandato representativo y, consecuentemente, la libertad de voto de los diputados; puesto que la relación representativa se entabla jurídicamente con los representantes individuales, con personas concretas que en el ejercicio de su cargo público hacen efectivo el derecho de participación política de los ciudadanos.

La práctica política nos muestra, sin embargo, que los partidos ponen todos los medios a su alcance para asegurar una férrea disciplina de voto, impuesta a los representantes sin pudor en sus normas estatutarias y reglamentos, que llegan a sancionar con multas, e incluso con la expulsión del partido y del grupo, a los diputados que no acaten la unidad de voto. Ese extraordinario poder que *de facto* ejercen los partidos y los grupos parlamentarios para controlar el voto de los diputados (con sanciones disciplinarias, retirada de puestos de responsabilidad en comisiones, expulsión del grupo, etc.) encuentra un único límite jurídico en la prohibición del mandato imperativo que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, implica la indisponibilidad del escaño por el partido, siendo su exclusivo titular el representante individual.

Garantizar al diputado la titularidad de su escaño entraña el riesgo de que éste actúe con deslealtad al partido defraudando la voluntad manifestada por el

electorado. Apostar, sin embargo, por el mandato ideológico o de partido para atajar el problema del transfuguismo, supondría asumir un peligro mucho mayor que el riesgo, marginal y por otra parte desconocido hasta ahora en el Congreso de los Diputados, que se pretende evitar. En efecto, suprimir la garantía de la indisponibilidad del escaño implicaría dotar a los partidos políticos de unos poderes ilimitados y que toda la representación política se concentrase en unas pocas manos, las de sus cúpulas dirigentes.

El principio del mandato libre actúa, de este modo, como contrapeso frente al poder oligárquico de los partidos y recobra vigencia en el actual contexto de desafección ciudadana hacia la política, y más concretamente hacia las organizaciones partidistas. Desde la ciudadanía se denuncia la opacidad y rigidez con la que funcionan la mayoría de los partidos, y se reclama de estos una mayor apertura hacia la sociedad, así como el cumplimiento del mandato constitucional de democracia interna. Reivindicación que parecen haber interiorizado en los últimos tiempos muchos partidos políticos, a la vista de las experiencias de primarias que las formaciones políticas han puesto en marcha en la selección de sus líderes y que han tenido cierto efecto emulador en la competencia partidista. Pero la democracia interna de los partidos, a pesar de estos avances, sigue siendo una asignatura pendiente, ya que su efectividad requiere de la libre confrontación de ideas y de un auténtico debate público, abierto y sin restricciones.

Mantener la titularidad de los escaños es una garantía importante pero no resulta suficiente para que los diputados ejerzan con total libertad su voto cuando se encuentren en un verdadero conflicto en el que se enfrenten la lealtad al partido y la lealtad al electorado. La práctica parlamentaria revela las dificultades del Derecho para dar una respuesta satisfactoria a este problema, cuya solución pasa por que haya una verdadera voluntad política de nuestras formaciones políticas de aproximarse a un modelo más democrático de partido, transparente y participativo y en el que la divergencia sea admitida como elemento necesario para la formación de la voluntad. Entre tanto, a nivel legislativo, pueden adoptarse medidas tendentes a estrechar la relación representante-representado, como la apertura o, cuando menos, desbloqueo de las listas electorales, permitiendo una mayor participación de la ciudadanía en la selección y valoración/castigo de sus representantes y mitigando, a su vez, el poder que hasta ahora ha dado esta herramienta a los partidos para imponer su disciplina. Asimismo, a nivel jurisdiccional, la reciente STC 226/2016 ha sentado las bases para un control más intenso del ejercicio de la potestad disciplinaria por los partidos, que entre a ponderar las causas de la expulsión cuando estén en juego derechos fundamentales. Lo que permitiría actuar contra la eventual expulsión del partido de un diputado que no haya acatado la disciplina de voto para no defraudar al compromiso electoralmente asumido.

Y es que, cuando las formaciones políticas tratan de imponer inexorablemente una única posición a los representantes, sancionando disciplinariamente la divergencia, además de no respetar el principio representativo, relegando a los diputados al papel de meros instrumentos y privando al Parlamento de su carácter deliberativo, no hacen sino redundar en el déficit de legitimidad de los partidos, repercutiendo en el propio régimen democrático.

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, A. M. El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 1992.
- ARAGÓN REYES, M. Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 109, p. 15-34, 2017.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 21, p. 199-228, 1987.
- BLANCO VALDÉS, R. L. Los partidos políticos. Madrid: Tecnos, 1990.
- _____. Transfuguismo y democracia en la Comunidad de Madrid. *Claves de Razón Práctica*, n. 135, p. 44-51, 2003.
- BURKE, E. Discurso a los electores de Bristol. En: _____. *Textos Políticos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p. 309-314.
- CAAMAÑO DOMINGUEZ, F. El mandato parlamentario. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991.
- CONTRERAS CASADO, M.; GARRIDO LÓPEZ, C. Interiores del príncipe moderno: la democracia en los partidos políticos, entre la necesidad y la dificultad. Zaragoza: Comuniter, 2015.
- DÍEZ PICAZO, L. M. Transfuguismo y deontología política. *Anuario de Gobierno Local*, n. 1, p. 79-86, 1998.
- ESTEBAN, J. de. El fenómeno español del transfuguismo y la jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 70, p. 7-32, 1990.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA, C.; FERNÁNDEZ-MIRANDA, A. Sistema electoral, Partidos Políticos y Parlamento. Madrid: Colex, 2008.
- FLORES GIMÉNEZ, F. La democracia interna de los partidos políticos. Madrid: Congreso de los Diputados, 1998.
- GARCÍA-ESCUADERO, P. El parlamentario individual en un parlamento de grupos: la participación en la función legislativa. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 28, p. 205-242, 2011.
- GARCÍA GUERRERO, J. L. Democracia representativa de partidos y grupos parlamentarios. Madrid: Congreso de los Diputados, 1996.
- GARCÍA PELAYO, M. El Estado de partidos. Madrid: Alianza Editorial, 1986.
- GARCÍA ROCA, J. Los derechos de los representantes: Una regla individualista de la democracia. En: VVAA. *La democracia constitucional: Homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid: Congreso de los Diputados/CEPC, 2002. v. I, p. 839-874.

- GARRORENA MORALES, A. Representación política y Constitución democrática. Madrid: Cívitas, 1991.
- HOLGADO GONZÁLEZ, M. El programa de gobierno y sus sistemas de control. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- KELSEN, H. Esencia y valor de la democracia. Barcelona: Labor, 1977.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. La jaula de hierro: la posición en el grupo. Corts: Anuario de Derecho Parlamentario, Valencia, n. 10, p. 161-188, 2001.
- MICHELS, R. Los partidos políticos: Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de las democracias modernas. Buenos Aires: Amorrutu, 1996.
- MORALES ARROYO, J. M. Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- NAVARRO MÉNDEZ, J. I. La democracia interna en los partidos políticos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- PAUVNER CHULVI, C. El estatuto de los parlamentarios en un contexto multinivel: las relaciones entre parlamentarios, grupos y partidos. Revista de Derecho Político, Madrid, n. 78, p. 217-256, 2010.
- PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, N. Los grupos parlamentarios. Madrid: Tecnos, 1989.
- PORRAS NADALES, A. Representación y democracia avanzada. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- PORTERO MOLINA, J. A. Sobre la presunción de la representación política. Corts: Anuario de Derecho Parlamentario, Valencia, n. 21, p. 61-74, 2009.
- PRESNO LINERA, M. A. Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia. Barcelona: Ariel, 2000.
- _____. Régimen electoral (“maquiavélico”) y sistema de partidos (“con sesgo mayoritario”). Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, n. 104, p. 13-48, 2015.
- PUNSET, R. Prohibición del mandato imperativo y pertenencia a partidos políticos. En: GONZÁLEZ ENCONAR, J. J. (Coord.). Derecho de Partidos. Madrid: Espasa Universidad, 1992. p. 119-132.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma? Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, n. 109, p. 97-120, 2017.
- RUBIO LLORENTE, F. Defectos de forma. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, n. 100, p. 133-165, 2014.
- SAIZ ARNAIZ, A. Los grupos parlamentarios. Madrid: Congreso de los Diputados, 1989.

- SALAZAR BENÍTEZ, O. Las primarias socialistas: una experiencia de democratización de la selección de candidatos. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 6, p. 135-162, 2000.
- SANCHÉZ DE DIOS, M. La disciplina de partido en los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados. *Revista de las Cortes Generales*, n. 39, p. 183-210, 1996.
- SANTAOLALLA, F. Sobre los problemas jurídicos jurídico-políticos del voto bloqueado. *Revista de Estudios Políticos*, Jaén, n. 53, p. 29-43, 1986.
- _____. Partido político, grupo parlamentario y diputado. En: GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (Coord.). *Derecho de Partidos*. Madrid: Espasa Universidad, 1992. p. 93-118.
- SANTOLAYA MACHETTI, P.; CORONA FERRERO, J. M. (Dir.). *Transfuguismo político: escenarios y propuesta*. Madrid: Cívitas, 2009.
- SARTORI, G. En defensa de la representación política. *Claves de Razón Práctica*, n. 91, p. 2-6, 1999.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. La problemática constitucional de la formación del Gobierno y la intervención del monarca en nuestro régimen parlamentario. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 109, p. 35-61, 2017.
- SORIANO, R. El transfuguismo: estafa política a la voluntad de los ciudadanos. *Derechos y Libertades*, Madrid, n. 11, p. 597-609, 2002.
- TOMÁS MALLÉN, B. *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*. Madrid: CEPC, 2002.
- TORRES DEL MORAL, A. *Estado de Derecho y democracia de partidos: una teoría del Estado constitucional contemporáneo*. Madrid: Universitas, 2015.
- TORRES MURO, I. Transfuguismo político: un elogio (moderado) del tráfuga. *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, n. 16, p. 1-28, 2016.

ÉTICA POLÍTICA, MORAL E CIDADANIA:
UMA LIÇÃO DOS CLÁSSICOS**
POLITICAL ETHICS, MORALITY AND CITIZENSHIP:
A LESSON FROM ANTIQUITY

Marília P. Futre Pinheiro***

RESUMO

Os antigos Gregos e Romanos encaravam as relações entre a ética e a política no âmbito de um extenso e vasto projecto educativo. Para eles, as instituições políticas e a acção governativa tinham como principal objectivo alcançar a virtude através da educação. O seu pensamento político era, pois, de natureza pragmática, porque teve, desde as suas mais antigas origens, como principal preocupação a educação dos cidadãos e o aperfeiçoamento do seu carácter, como ingrediente chave para a sua realização individual e colectiva dentro da polis. Para Aristóteles, a virtude não se alcança através do conhecimento, mas através da prática. As virtudes, diz ele, são hábitos que adquirimos através da exercitação e da prática. Aristóteles estava consciente de que as actividades ligadas ao funcionamento da polis e que eram responsáveis pela felicidade individual dependiam da aquisição de um conjunto de hábitos e valores. Assim, ele insiste que a socialização (*ethismos*) e a educação (*paideia*) deveriam constituir as principais preocupações do legislador. O mais nobre dos objectivos a atingir é, por conseguinte, o bem comum (*koinon*) da comunidade política (*koinônia*), cuja estabilidade é reforçada pelo espírito de união que liga os cidadãos.

Palavras-chave: Ética política. Moral. Cidadania. Paideia. Aretê.

ABSTRACT

Ancient Greeks and Romans envisioned the relationship between ethics and politics as being part of a comprehensive and vast educational project. In their view, the main goal of political institutions and the government was to achieve virtue by means of education. Their political philosophy was therefore pragmatic because since primordial times their primary concern had been the education of citizens and the improvement of their character, key ingredients to individual and collective self-fulfilment within the polis. Aristotle believed virtue was achieved through practice and not through theory. As he put it, virtues were habits acquired through practice; one became virtuous by acting virtuously. Aristotle was aware of the fact that polis-related activities that were responsible for individual happiness depended

* Por solicitação da autora, o texto não sofreu adaptação às normas da ABNT.

** Este artigo foi publicado na obra *Liber Amicorum* Fausto de Quadros (Coleção Estudos de Homenagem) pela editora Almedina, em 2016.

*** Professora Catedrática do Departamento de Estudos Clássicos da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa.

on the acquisition of a set of habits and values. Hence he claimed that socialization (ethismos) and education (paideia) should be the legislator's main concerns. The noblest aim in life was therefore to strive to achieve the common good (koinon) of the political community (koinônia), whose stability was reinforced by the communal spirit uniting all the citizens.

Keywords: Political ethics. Moral. Citizenship. Paideia. Aretê.

Melissa Lane¹ afirma que a política é um espectro das possibilidades de poder, porque define as relações entre os seres humanos e os objectivos que eles se propõem atingir. Afirma ela que, num dos extremos desse espectro, se situa o mero desígnio de procura e conquista do poder. Para os adeptos desta teoria, e de acordo com a máxima de Lenine, a concretização desses desígnios depende exclusivamente da resposta à questão: 'Quem domina quem?'. Porém, no outro extremo do espectro político, perfila-se um ideal muito mais raro: o de um regime de cidadãos livres e iguais perante a lei, com o poder de decidir e de agir de acordo com um conjunto de regras e princípios tacitamente aceites por todos. Nenhum regime político se pode vangloriar de ter o monopólio de uma ou de outra destas práticas, que marcaram muitas sociedades, e que foram evoluindo e assumindo múltiplas facetas no decorrer da história da humanidade. No entanto, há mais de dois milénios, um escol de homens, oradores, políticos, historiadores e filósofos, criou, desenvolveu e testou, com êxito, um conjunto de teorias que iria ter profundas repercussões na concepção e concretização do segundo ideal, que continua ainda a ressoar de forma poderosa nos nossos dias. Os antigos Gregos e Romanos criaram uma terminologia que ainda hoje é utilizada no discurso e na análise do pensamento político. Um aspecto importante das ideias políticas dos Gregos e dos Romanos é a discussão gerada à volta do conceito e das práticas de auto-governança, dos quais a democracia ateniense ou a república romana nos dão o exemplo mais acabado. No entanto, o que torna a filosofia política dos antigos tão enriquecedora para a história do pensamento político ocidental, é o facto de pressupor, não só uma especulação sobre as práticas de governo e sobre as noções de justiça e igualdade que a eles estão intimamente ligadas, mas também por vir acompanhada de uma discussão teórica (a favor ou contra) tais princípios. Por isso, é hoje unanimemente reconhecido que o pensamento político da época clássica é um repositório único de instrumentos que nos ajudam a debater e a perspectivar questões permanentes da política e do direito actuais, que estão apoiadas numa ampla base de referências de natureza pragmática e conceptual.

Elegemos, para tema deste artigo, Aristóteles, figura admirável, que domina tanto a filosofia como a ciência, e o seu conceito de ética política. Mas, para além deste objectivo específico, pretendemos também chamar a atenção para a vitalidade da tradição clássica, em si tão diversa, e que ainda hoje abre caminho para novas possibilidades de convívio político do ser humano com o seu semelhante.

1 Lane 2014.

Nesta ordem de ideias, é pertinente colocar a seguinte questão: o que é que distingue o pensamento político Greco-Romano daquele que vigora nos nossos dias? Segundo Raaflaub,² ao contrário dos restantes povos mediterrânicos, os antigos Gregos e Romanos deram uma interpretação política *sui generis* a ideais tais como liberdade, lei e ordem. Acentua ainda o mesmo autor que eles erigiram a sua concepção do 'político' com base nas práticas igualitárias do poder (ainda que circunscritas aos que eram considerados membros efectivos da comunidade, os chamados cidadãos) e na tónica colocada em desígnios colectivos, tais como: justiça, bem-estar, lei e ordem, liberdade e igualdade.

No entanto, afirmar a importância do pensamento e da experiência política Greco-Romanos no mapa teórico e nas práticas de governação que são vigentes hoje em dia, coloca problemas de vária ordem. Os primeiros resultam de circunstâncias exteriores à temática em análise. Muitos têm reflectido sobre a precariedade do nosso conhecimento do mundo antigo e sobre o sentimento de estranheza ou distanciamento que constitui o lema contundente da nossa percepção do passado, sentimento esse que se avoluma à medida que regredimos no tempo. 'Desesperadamente alheio' se afigura ao homem moderno esse universo longínquo, que acumulou experiências que dificilmente encontram paralelo noutros períodos da história da humanidade. Tais circunstâncias determinam, de forma decisiva, a nossa compreensão da realidade greco-romana e impedem uma abordagem segura à sua componente histórica e política. Mas, para além do distanciamento espaço-temporal, outros factores interferem, de forma decisiva, na nossa percepção e compreensão do mundo antigo. Um deles é a descontinuidade no devir histórico.

Alterações profundas no mapa histórico do ocidente, produzidas na sequência de mutações históricas e sociais, alteraram, por vezes drasticamente, o mosaico cultural e civilizacional do mundo antigo, criando um fosso entre esse universo e os períodos que se lhe seguiram. Essa ruptura traduziu-se, frequentemente, em pedras irremediáveis: no desaparecimento de impérios e culturas e consequente perda da identidade étnica e cultural dos povos de determinadas áreas geográficas da Europa e da Ásia; na desintegração da unidade cultural do Mediterrâneo, que se afirmara como uma comunidade de língua e de cultura, e à volta da qual se desenrolara uma história riquíssima; num sentimento de ruptura em relação a uma época para cuja revitalização foi necessário um longo percurso histórico que culminou no Renascimento, mas que sofreu um retrocesso no século dezassete, às mãos dos fundadores do moderno liberalismo, como Bacon, Descartes, Hobbes, Spinoza, e Locke, os quais aspiraram a criar uma visão totalmente nova, ainda que utópica, da ordem política e da liberdade humana, assente numa fé cega nos progressos científicos e tecnológicos.³

Outro factor relevante, que coloca ao investigador moderno uma série de limitações, é a escassez e a precariedade dos testemunhos. As perdas quantitativas sofridas no decorrer do processo histórico da transmissão dos textos, acrescidas das limitações impostas pela estreiteza de alguns critérios de selecção (de ordem

2 Raaflaub 2013.

3 Cf. Balot 2013, 5.

pedagógica ou moral), condicionaram drasticamente a conservação e preservação de documentos.

Se quisermos trazer à colação outras circunstâncias determinantes, como o carácter oral da literatura antiga, a qualidade dos materiais utilizados e o seu elevado custo (facto que favorecia a sua reutilização), as devastações causadas por acidentes naturais e outras contingências de índole mais psicológica ou institucional, como o carácter fragmentário da documentação na própria Antiguidade, facilmente se compreenderão as razões pelas quais a nossa perspectiva (seja ela literária, política, histórica, económica ou social), está condicionada por múltiplos factores, e se entenderá que o investigador moderno tenha de recorrer a todos os testemunhos disponíveis para recuperar os poucos dados que estão dispersos por uma ampla gama de géneros, a fim de suprir as graves lacunas do passado.

Existe, porém, uma outra ordem de factores endógenos, que decorrem da própria natureza da matéria em questão e aos quais não podemos ficar indiferentes. Como conciliar, por exemplo, os princípios básicos em que assentava a sociedade escravagista da antiguidade, as desigualdades de género, o desprezo e intolerância para com os outros povos, culturas e tradições, com as noções de direitos humanos universais, de pluralismo religioso, multiculturalismo e diálogo ecuménico, que são as traves-mestras da nossa sociedade ocidental?⁴ Os nossos esquemas mentais, os nossos códigos de referência, as nossas escalas de valores, não coincidem necessariamente com os dos antigos. Devemos, por isso, precaver-nos contra o risco de anacronismo, sempre que olhamos para trás com as lentes com que vemos o presente, ou minimizamos o impacto que a nossa perspectiva crítica de observadores modernos tem na nossa leitura de épocas passadas. Tere-mos, então, que nos resignar a aceitar uma básica irredutibilidade entre o mundo antigo e o moderno? A resposta é obviamente negativa. Passado e presente não têm fronteiras intransponíveis e são facilmente permeáveis. Recuperar a voz dos antigos não significa, no entanto, reverência incondicional, tolerância excessiva ou nostalgia. Pressupõe, contudo, argúcia, sensibilidade e pré-disposição para as questões de idiosincrasia histórica. Os textos antigos convidam-nos a entabular com eles diálogos estimulantes e actuais sobre temas permanentes e universais, em todos os campos e em todos os domínios do saber. Mas, para podermos tirar vantagens reais desse diálogo, temos que nos despojar, muitas vezes, de certos preconceitos modernos,⁵ que distorcem e enfraquecem a força dos desafios que os autores clássicos nos colocam.

4 Parece, no entanto, ser lícito perguntar se as diferenças entre o passado e o presente serão assim tão abissais como à primeira vista se poderá pensar. Estarão os direitos humanos totalmente salvaguardados nos dias de hoje? O quadro político, social, económico e religioso, a nível mundial, indica claramente que não. É lícito perguntar se a escravatura, por exemplo, é realmente um produto de tempos idos. A exploração massiva de trabalhadores, sem direitos ou vínculos contratuais, em muitas partes do nosso planeta, os abusos e genocídios que estão a ser cometidos em certas zonas de África e do Oriente, levam-nos a perguntar se terá havido progressos reais em termos de direitos humanos. No entanto, o reconhecimento de, pelo menos, uma igualdade potencial entre todos os homens e, consequentemente, a ideia de que toda a humanidade forma uma única comunidade, é uma das maiores aquisições da época helenística. Esta visão ecuménica está intimamente ligada a um cosmopolitismo que foi traduzido de maneira lapidária na célebre máxima do filósofo cínico Diógenes: sou um *cosmopolitês*, ou seja, um cidadão do mundo. Também já o orador Sócrates, no séc. IV a. C., tinha redefinido os conceitos de grego e bárbaro em termos de educação e não de raça, e o estóico Zenão sonhava com um mundo sem fronteiras e sem estados, onde todos os cidadãos gozassem de perfeita igualdade e estivessem unidos, não por leis humanas, mas por sua vontade expressa e por um sentimento de amor colectivo. Cf., a propósito, Hadas 1959, 16.

5 Gómez-Pantoja 1992, 53, fala da necessidade de uma operação de *peeling* mental como condição para se ultrapassar as barreiras entre o mundo antigo e o moderno.

Os antigos Gregos e Romanos encaravam as relações entre a ética e a política no âmbito de um extenso e vasto projecto educativo. Para eles, as instituições políticas e a acção governativa tinham como principal objectivo alcançar a virtude através da educação. No entanto, conforme sublinha Balot,⁶ esta crença não constitui, em si mesma, um traço distintivo do pensamento político antigo, uma vez que, teoricamente, todas as sociedades almejam incutir nos seus cidadãos a excelência de carácter, ou seja, um conjunto de virtudes que, na prática, se destinam a atingir objectivos específicos que estão inculcados nas respectivas culturas. Em contraste, porém, com o conceito cristão de virtude, os antigos puseram a tónica sobre as virtudes políticas e a prudência deliberativa dos cidadãos activos, que se autogovernam. Ao contrário de muitos outros povos, incluindo os ‘modernos’ Europeus ou Norte-Americanos, os antigos Gregos e Romanos elegeram como qualidades humanas essenciais a excelência e a nobreza de carácter, em vez de virtudes mais moderadas, como a tolerância, a decência e a civilidade. Finalmente, eles encaravam a virtude como uma excelência de carácter, cuja prática era intrinsecamente necessário ao homem virtuoso. Em contraste com as preocupações cívicas dos antigos, os teorizadores cristãos, por exemplo, sempre deram primazia à caridade e à humildade, considerando-as como as principais virtudes que propiciam a realização das vocações naturais dos seres humanos. As virtudes cristãs eram a via para o crente aceder à recompensa eterna e gozar das bem-aventuranças no Além. Como Breyfogle, 2013 demonstrou, Santo Agostinho adaptou os modelos cívicos politeístas a uma nova narrativa metafísica, na qual a nossa permanência na Terra, embora virtuosa ou humanamente excelente, só podia ter uma função educativa, na medida em que nos indicasse o caminho para uma nova vida e nos permitisse alcançar a felicidade e o bem supremos na Cidade de Deus.⁷

Ao longo da época moderna, e apesar das recentes aspirações liberais de separar a política da moralidade, desde os primeiros tempos do liberalismo até aos estados-nação dos nossos dias, incluindo os neoconservadores nos Estados Unidos, as práticas políticas e as ideologias práticas têm reforçado o papel do Estado e o uso da autoridade política em diversas esferas, como o comércio e a vida cívica, têm defendido as vantagens, sociais e políticas, de cultivar as virtudes de carácter, e desaprovado e mesmo proscrito, práticas e comportamentos considerados imorais ou intoleráveis.

O que distingue, porém, o pensamento político dos antigos do de outras épocas, é o papel relevante que nele desempenham os conceitos de excelência ética e intelectual.⁸ Quer os teorizadores políticos quer os cidadãos em geral, perspectivavam as suas vidas e a sua actuação política com base numa dupla referência: os princípios da virtude e os do vício. Como sublinha Balot 2013, 11, nas suas teorias políticas e ideologias, os Gregos e os Romanos realçaram as vir-

6 Cf. Balot 2013, 9-10.

7 Já no IV séc. a. C. o Sócrates de Platão tinha começado a incrementar virtudes de ordem privada, como um acto de crítica e de provocação políticas. Sendo uma adaptação do modelo socrático, as virtudes cristãs constituíram uma rejeição explícita da norma politeísta de relacionar o ético com o político. Acerca do distanciamento da política e da defesa da vida contemplativa como oposição à ideologia dominante, cf. Brown 2013, 485-500.

8 Em Grego, o termo que exprime o conceito de excelência ou virtude é *aretê*. Para um estudo da história da evolução semântica da palavra ao longo da literatura grega, cf. Hedrick 2013, 421-439.

tudes cívicas de carácter, tais como a justiça, a lealdade para com a comunidade, a piedade, a amizade cívica, o autodomínio e a coragem. Mas, mais importante, ainda, eles valorizaram a capacidade de os cidadãos intervirem com discernimento, ponderação e prudência em momentos cruciais da vida da cidade, como aqueles em que eram chamados a deliberar sobre questões, tais como a guerra e a paz, a atribuição de cidadania, a defesa e a manutenção do solo sagrado e o uso dos recursos materiais colectivos para projectos de construção pública e festivais. Daí, que fossem tidas em grande conta as faculdades intelectuais dos cidadãos, não evidentemente as de teor epistemológico e filosófico, mas as capacidades práticas que lhes permitiam usar a razão para reconhecer os problemas que lhes eram colocados, ponderar, julgar e deliberar, de acordo com os seus próprios interesses e com os das comunidades a que pertenciam. A esta responsabilização do cidadão comum, a quem é conferido o estatuto de decisor político, subjaz um conceito cívico de virtude mais activo e robusto do que aquele que encontramos em épocas posteriores, desde a literatura patrística, passando pelos ensinamentos dos primeiros representantes do liberalismo moderno, como Hobbes, Espinoza e Locke, até à facção do liberalismo contemporâneo que está associado a figuras como John Rawls, Robert Nozick e Judith Shklar.⁹

No entanto, como contrapartida às suas preocupações com a virtude, os antigos também exploraram meticulosamente os vícios que corrompem a vida política, tais como a cobardia, a ganância, a desonestidade, a auto-indulgência e a falta de discernimento. Os antigos teorizadores, Gregos e Romanos, arrogavam-se o direito de criticar os membros do corpo político, cujo contributo era considerado desadequado à saúde do estado e ao bem-estar dos cidadãos. Neste contexto político, afirma Balot 2013, 11, as modernas virtudes comerciais seriam consideradas calculistas e interesseiras. Teriam sido catalogadas como vícios, ganância (*pleonexia* ou *avaritia*) ou auto-indulgência (*akolasia*), ou, mais genericamente, como uma atitude de egoísmo, que desviava a atenção do cidadão do bem comum. Na maior parte das pequenas comunidades políticas do mundo greco-romano, a orientação cívica era essencial para a prosperidade material da cidade, para a sua segurança militar e bem-estar em geral. O pensamento político dos antigos era, pois, de natureza pragmática. A sensibilidade ética dos pensadores, políticos e filósofos, não se esgotava na criação de estados utópicos, que pudessem satisfazer, em alternativa às realidades sociais e políticas, as necessidades e anseios dos cidadãos, educando-os no sentido da justiça, da solidariedade e da ponderação.¹⁰ Pelo contrário, desde as suas mais antigas origens, a reflexão política dos antigos considerou a educação e o aperfeiçoamento do carácter ingredientes-chave para a realização individual e colectiva dos cidadãos dentro da *polis*.

Antes, porém, de nos debruçarmos sobre o tema da ética política em Aristóteles, começaremos por dilucidar o seu conceito de virtude (*aretê*).¹¹

9 Cf. Balot 2013, 11.

10 Sobre as utopias helenísticas, *vide, e. g.* Mossé 1969, Aalders 1975, 64-73, Giangrande 1976, Futre Pinheiro 2006. Sobre as utopias gregas em geral, *vide, inter alios*, Ferguson 1975.

11 Nas linhas que se seguem, seguimos, em termos gerais, a argumentação de Hedrick 2013, 425-427.

Contrariamente a Platão, que advogava a existência de uma noção absoluta e abstracta de virtude (a qual decorre da sua famosa Teoria das Ideias), para Aristóteles, a virtude não se alcança através do conhecimento, mas através da prática. De facto, argumenta Aristóteles, não pode haver filosofia da ética: o comportamento virtuoso nasce da imitação, disciplina e hábito, e não de provas filosóficas. O filósofo pode, quando muito, aspirar a clarificar os pensamentos daqueles que já são virtuosos. Como afirma na *Política*¹² (1,13,1260a25): ‘Na verdade, enganam-se os que, de modo genérico, se referem à virtude como “boa disposição da alma”, “conduta correcta”, ou algo parecido. Melhor fora que se limitassem, como Górgias, a enumerar as virtudes, em vez de avançarem com tais com tais definições’. No segundo livro da *Ética a Nicómaco*, volta a insistir que nos tornamos justos através da prática e não da especulação teórica: ‘É, por isso, correcto dizer-se que o justo se torna justo por realizar acções justas e o temperado se torna temperado por realizar acções temperadas’ (EN 2,4,1105b7-10). Por conseguinte, para Aristóteles, as pessoas virtuosas não agem de acordo com uma ‘ideia’ imaginária ou com uma taxativa lei moral. Agem consoante as circunstâncias, em conformidade com as suas disposições (*hexeis*) (EN 2, 5, 1105b25-30). Ora, a disposição permanente do carácter resulta de um processo de habituação (EN 2, 1, 1103a16).

Para o Estagirita, a ética explica as nossas acções. Como o próprio nome sugere (*ethos*), a ética é uma disposição, ou hábito, ou ainda um carácter, e este carácter manifesta-se através de virtudes ou vícios. As virtudes, diz ele, são hábitos (EN 2,1-6,1103a14-1107a27;2,4,1105a30-b10 e *passim*) que adquirimos através da exercitação e da prática. ‘Na verdade, fazer é aprender. Por exemplo, os construtores de casas fazem-se construtores de casas construindo-as e os tocadores de cítara tornam-se tocadores de cítara, tocando-a. Do mesmo modo, também, nos tornamos justos praticando acções justas,... e, finalmente, tornamo-nos corajosos realizando actos de coragem’ (EN 2,1,1103a35-b4). As pessoas não nascem virtuosas; tornam-se virtuosas à custa da disciplina, e não evitam praticar más acções por estas serem vergonhosas, mas por medo dos castigos que podem acarretar (EN 10,9,1179b10-12). Aprendemos a excelência ética da mesma maneira que aprendemos a tocar guitarra ou a construir uma casa, ou seja, através da aprendizagem e da habituação (EN 10,9,1179b20-28). Há, contudo, no organismo daqueles que, por um determinado motivo de ordem divina, foram favorecidos pela sorte, uma propensão natural para o bem,¹³ a qual é, por assim dizer, ‘activada’ pela prática. Uma pessoa que possua este ‘saber prático’ é virtuosa.¹⁴ ‘As excelências, então, não se geram em nós nem por natureza, nem contra a natureza, mas por sermos constituídos de tal modo que podemos, através de um processo de habituação, acolhê-las e aperfeiçoá-las’ (EN 2,1,1103a25-27). Uma vez que a virtude é entendida em termos excelência funcional, o critério que subjaz à

12 Os passos traduzidos da *Política* são extraídos de Amaral e Gomes 1998, e os da *Ética a Nicómaco* de Caeiro 2012, com ajustamentos pontuais.

13 É necessário, pois, que a disposição do carácter com uma afinidade intrínseca com a excelência exista já, de algum modo, de antemão...’ (EN 10,9,1179b29-30).

14 A ideia do conhecimento prático é desenvolvida em pormenor no livro VI da *Ética a Nicómaco*.

avaliação do grau de virtude é a relação entre o fim (*telos*) que se atinge e aquele que idealmente se pretende alcançar. As pessoas são consideradas virtuosas na medida em que realizam o seu potencial humano e alcançam os fins que se propuseram atingir. Aristóteles argumenta, também, que a especificidade do ser humano, que o distingue dos outros animais, é a sua capacidade de pensar, daí concluindo que a virtude 'natural' do homem é a sua excelência intelectual. Em contrapartida, admite a existência das virtudes 'morais' – justiça, coragem, temperança – que devem ser consideradas dentro da perspectiva mais vasta da suprema aspiração do ser humano: alcançar a felicidade ou a realização pessoal (*eudaimonia*). Para Aristóteles, o que conduz à felicidade não é o exercício das virtudes *per se*. Uma vez que a virtude é uma disposição, a sua prática é em si mesma satisfação ou felicidade, tal como o facto de se ter saúde é bem-estar. Em casos como estes (felicidade, saúde) o fim está implicitamente incluído na prática em si mesma. Assim, em contraste com as modernas teorias da moral baseadas na lei, a ética da virtude aristotélica está mais focada no carácter do que nos resultados, em *ser bom* mais do que em *fazer bem*. Por esta razão, faz sentido dizer, como Aristóteles, que uma boa acção não deve ser avaliada no quadro de qualquer padrão exterior de moralidade, fora da disposição do carácter de quem a pratica (*EN 2,4,1105a30-b5*). O que torna uma acção boa é o facto de ser praticada por uma pessoa de carácter virtuoso; só é boa na medida em que resulta da natureza humana, pois nasce do agir repetido em conformidade com uma disposição de carácter (*EN 2,4,1105b1-b5*).

Mas como se articula a teoria aristotélica da 'ética da virtude', que acabámos de expor, com a sua teoria política? Para os Gregos antigos, a virtude e a política estiveram desde sempre ligadas. Como Hedrick 2013, 432 sublinha, de Homero a Tucídides, a virtude era entendida como competição, e o seu principal objectivo era alcançar o poder. Porém, com o advento do movimento sofístico, emerge um novo ideal de virtude, e esta passa a adquirir o significado de excelência de carácter. Fica, assim, estabelecida uma outra relação entre virtude e política. Tucídides também reconhece que a solidariedade pessoal e a confiança só são possíveis com a presença da virtude. Para os filósofos gregos, a partir de Platão, o cultivo de atitudes éticas adequadas a cada ocasião era uma questão política. Platão referia frequentemente que, durante o seu mandato, o legislador se deveria dedicar, não só a governar, mas a tornar as pessoas melhores. E, já quase no fim da sua biografia sobre Agesilau, Xenofonte comenta que o rei de Esparta tinha mais orgulho em governar-se a si próprio do que em governar os outros. Ele não aspirava a conduzir o seu povo contra o inimigo, acrescenta Xenofonte, mas sim a conduzi-los no caminho da virtude (*Ages. 10,2*).

Aristóteles mantém esta mesma linha de pensamento quando afirma, acerca da excelência, que não basta conhecê-la, mas que se deve tentar possuí-la e aplicá-la (*EN 10,9, 1179b3-b23*). Ao eleger como horizonte especulativo o estudo das disposições de carácter no sentido do bem, ou seja, o estudo da condição da possibilidade de o Humano agir de modo excelente, a *Ética a Nicómaco* constitui, por assim dizer, uma espécie de prólogo do famoso tratado aristotélico sobre pensamento e teoria

política. Aliás, como o próprio filósofo acentua, ‘...mesmo que haja um único bem para cada indivíduo em particular e para todos em geral num Estado, parece que obter e conservar o bem pertencente a um Estado é obter e conservar um bem maior e mais completo. O bem que cada um obtém e conserva para si é suficiente para se dar a si próprio por satisfeito; mas o bem que um povo e os Estados obtêm e conservam é mais belo e mais próximo do que é divino. A nossa investigação tem, então, isto em vista, sendo, portanto, em certo sentido, de âmbito político’ (EN 1,2, 1094b6-b10). E ainda dentro desta mesma linha de pensamento: ‘...os legisladores tornam os cidadãos bons cidadãos habituando-os a agir bem – é este, de resto, o seu propósito. E todos os legisladores que não tiverem em mente esse propósito erram. É nisto, precisamente, que se distingue uma boa constituição política de uma má.’ (EN 1103b4-b6)

No início da *Ética a Nicómaco*, Aristóteles interroga-se sobre qual é, na esfera da actividade humana, a mais autêntica de todas as ciências, aquela que tem como objecto de estudo o supremo bem. O filósofo parece estar seguro de que se trata da ciência política (*politikê epistêmê*) (EN 1,1, 1094a9-26), afirmando que o bem supremo a alcançar pelo Homem é a felicidade. A obra trata, pois, da felicidade como sendo ‘uma certa actividade da alma de acordo com uma excelência completa’ (EN 1102a5) e, por conseguinte, dessa mesma felicidade como o principal objectivo do ser humano. Ética e ciência política são, assim, dois conceitos de extrema importância no pensamento aristotélico. Qual, então, a relação entre uma e outra? Conforme argumenta Depew 2013, 400, se a ética não está subordinada à política nem é superior a ela, é porque, para Aristóteles, a ética é simplesmente ciência política no seu aspecto mais normativo e menos circunstancial. A ética é o aspecto da política que recomenda aos governantes um conjunto de virtudes morais com as quais os cidadãos deviam estar familiarizados e as normas de justiça que deviam respeitar na sua convivência com os demais. Aristóteles estava consciente de que as actividades ligadas ao funcionamento da *polis* e que eram responsáveis pela felicidade individual dependiam da aquisição de um conjunto de hábitos e valores. Assim, ele insiste que a socialização (*ethismos*) e a educação (*paideia*)¹⁵ deveriam constituir as principais preocupações do legislador. ‘A lei obriga, portanto, a viver de acordo com cada excelência em particular e proíbe de agir segundo cada forma particular de perversão. Quer dizer, os dispositivos legais produtores da excelência universal foram legislados com vista a uma educação que possibilite a vida em sociedade.’ (EN 5,2, 1130b22-26), e ainda: ‘... o legislador deverá assegurar que os cidadãos se tornem bons, averiguar que actividades produzirão esse resultado, e qual é o fim da vida melhor’ (Pol. 7,14, 1333a35-b10).

Para além disso, são também especificadas as formas de amizade (*philia*) que os cidadãos deviam cultivar (livros VIII-IX), bem como as espécies fundamentais do prazer, incluindo os vários tipos de actividades de lazer (*diagôgê en tê scholê*). Estão

15 Para Aristóteles, o problema central nas discussões sobre a virtude é a educação. Ao contrário, porém, dos dias de hoje, em que o estado praticamente abdicou das questões de pedagogia moral, a instrução ética da juventude constituía, para os autores antigos, a principal função da educação. O aspecto mais importante da lei constitucional consistia num conjunto de dispositivos legais produzidos com vista a uma educação que possibilitasse a vida em sociedade (Pol. 7,14,1333a35-b10; EN 5,2,1130b22-26).

também incluídas, neste excurso sobre o prazer, as artes e os vários ramos do saber, devido ao peso e influência que aquele, juntamente com o seu contrário, a aversão, tem sobre a realização da excelência do carácter e sobre a possibilidade de se alcançar a felicidade (livro X, 1-6). Estes quatro tópicos, virtude, justiça, amizade e prazer, constituem as respostas de Aristóteles às questões acerca da felicidade. Para além disso, são mais uma prova da profunda interligação entre ética e política. Ao identificarem as virtudes, actividades e valores que são requeridos aos membros das cidades-estado e de outras comunidades gregas para salvaguarda do seu bem-estar e prosperidade, duplicam, por assim dizer, os princípios básicos da política normativa.

Para Aristóteles, o que distingue o homem de todos os outros animais gregários é a fala: ‘...o ser humano é, por natureza [*phûsei*] um animal político [*politikon zôon*] ...a razão pela qual o homem, mais do que uma abelha ou um animal gregário, é um ser vivo em sentido pleno, é óbvia. A natureza...não faz nada ao desbarato, e só o homem, de entre todos os seres vivos, possui a palavra [*logos*]’ (*Pol.* 1,2,1253a2-9). De facto, só o homem tem a capacidade de produzir um discurso articulado (*logos*), o que o distingue, logo à partida, dos outros animais políticos.¹⁶ Este dom permite-lhe interagir com o seu semelhante e com o mundo que o rodeia através de uma rede de interacções comunicativas, não só de natureza linguística, mas também social e cultural. É por isso que, diz Aristóteles, ‘Quem for incapaz de se associar ou quem não sente essa necessidade por causa da sua auto-suficiência, não faz parte de qualquer cidade, e será um bicho ou um deus’ (*Pol.* 1,2, 1253a28-30). O homem solitário é a criatura mais ímpia e selvagem e a mais grosseira de todas. As suas inclinações naturais convertem-se em amor pela violência e a sua inteligência, em vez de ser utilizada como meio de cooperação, converte-se num poderoso, temível e aterrador instrumento de busca dos prazeres animais do sexo e da alimentação (*Pol.* 1,2, 1253a35-37). É um ser temível, ‘sem família, nem lei, nem lar’ (*Pol.* 1,2, 1253a4-5). É a comunidade dos sentimentos (do bem e do mal, do justo e do injusto) diz Aristóteles, ‘que produz a família e a cidade’ (*Pol.* 1,2, 1253a18).

Esta visão antropológica do ser humano tem evidentes implicações éticas e reforça os elos entre a ética e a *polis*. Uma delas é, como vimos atrás, a necessidade imperativa de socialização (cf. supra p. 328). Os princípios fundamentais (manifestações de nobreza, sentido de justiça nas acções humanas, perícia política) adquirem-se através de práticas e processos de habituação correctos, os quais só têm cabimento na e através da *polis*. O jovem torna-se virtuoso na medida em que interioriza os valores do bem e da virtude. A interiorização do que é intrinsecamente nobre dará, por sua vez, estabilidade aos cidadãos, que suportarão melhor as circunstâncias, boas ou más, constituídas por obra do acaso (*EN* 1,10, 1100b18-33). A actividade política requer, por isso, discernimento e capacidade reflexiva. É neste particular que, segundo Aristóteles, os Gregos se distinguem dos povos bárbaros, cujo nível de raciocínio e interacção comunicativa é baixo.

16 Aristóteles reconhece, nos seus tratados biológicos, a existência de outros animais políticos para além do homem, tais como algumas espécies de insectos e aves, porque comunicam entre si e partilham tarefas para a prossecução do bem comum (*koinon ergon*).

Aristóteles defende também que os bens exteriores necessários para o bem-estar e felicidade dos cidadãos (saúde, riqueza, e outros requisitos) são normalmente consequência da procura dos bens da alma, através da prática de actos virtuosos, e não o contrário: ‘...não se adquirem e conservam virtudes através de bens exteriores, mas sim bens exteriores mediante virtudes’ (*Pol.* 7,1,1323a39-b6). Esta tese assenta, não só no princípio de que os bens da alma tornam o próprio eu um todo harmonioso e resistente às dificuldades, mas ainda na confiança de Aristóteles nos poderes protectores e profiláticos da vida em comunidade.¹⁷ O mais nobre dos objectivos a atingir é, por conseguinte, o bem comum (*koinon*) da comunidade política (*koinônia*), cuja estabilidade é reforçada pelo espírito de união que liga os cidadãos. E aqui também, acentua Aristóteles, reside outra grande diferença entre a sociedade grega e a dos bárbaros, cuja ausência de espírito colectivo os torna vulneráveis aos ataques vindos do exterior (*Pol.* 3,3,1276a29-30).

Um aspecto importante da teoria ética de Aristóteles é o facto de ele ser, utilizando a expressão de Depew 2013, 405, um perfeccionista moral, porque acredita que a maioria dos cidadãos pode ser educada de acordo com bons costumes e leis por forma a alcançar aquilo a que chama ‘a virtude perfeita’ (*Pol.* 3,3,1276b33-35). Sublinha também o mesmo autor que um traço peculiar da moral filosófica de Aristóteles é o facto de considerar que o autodomínio (*enkrateia*) não dá a justa medida das capacidades humanas em toda a sua plenitude. A versão aristotélica da teoria da virtude defende que os homens bons e os cidadãos excelentes estão tão comprometidos com princípios éticos que de bom grado aceitam ser comedidos no que diz respeito à alimentação e ao sexo, se dispõem a tratar os seus concidadãos com generosidade e justiça e, inclusivamente, a participar voluntariamente em actos bélicos, sem se sentirem coagidos por qualquer tipo de pressão externa.

Esta visão política da ética e a visão ética da política têm, obviamente, implicações a nível da moral. Para Aristóteles, as intuições morais não são inatas a todos os homens, ainda que reconheça que ‘a avareza humana é insaciável’ (*Pol.* 2,7, 1267b1). Ele não vê a natureza humana como um repositório de afecções patológicas ou de instintos (paixões, desejos, impulsos), mas como um modo de ser adquirido (*hexis*), apesar de reconhecer, na *Ética a Eudemo* (2,11,1227b13-1228a3) que as disposições virtuosas se orientam no sentido do que é intrinsecamente bom, justo e nobre. Para Aristóteles, ‘a natureza de uma coisa é o seu fim, já que, sempre que o processo de génese de uma coisa se encontre completo, é a isso que chamamos a sua natureza, seja de um homem, de um cavalo ou de uma casa’ (*Pol.* 1,2,1252b30-1253a2). Portanto, para Aristóteles, a espécie humana define-se tendo em vista os fins que as suas capacidades (*dunameis*) têm o poder de activar, dependendo, por isso, o conceito de moral de um treino continuado com vista à aquisição de bons princípios.

Podemos, agora, perguntar em que medida é que esta ‘moral prática’ e esta visão teleológica se repercutem na teoria política de Aristóteles. Começemos pela definição que Aristóteles nos apresenta na *Política*:

¹⁷ Cf. Depew 2013, 404.

A cidade ... é uma comunidade [*koinônia*] completa [*teleia*], formada a partir de várias aldeias e que, por assim dizer, atinge o máximo de auto-suficiência [*autarkeia*]. Formada a princípio para preservar a vida [*zên*], a cidade subsiste para assegurar a vida boa [*eu zên*]. É por isso que toda a cidade existe por natureza [*phüsei*]...

Consequentemente, a *polis*, entendida não individualmente, mas como uma forma de vida humana na sua componente social, pertence aos entes que existem por natureza (*ta phüsei onta*), porque o seu princípio de ser radica num processo de desenvolvimento natural.

A comunidade (*koinônia*) é, assim, constituída por uma rede múltipla, transgeracional e permanente, de relações entre os seus membros, decorrendo a cidadania do direito de cada um participar nos cargos deliberativos e judiciais da cidade (*Pol.* 3, 1, 1275b17-20). Dentre os laços que se criam entre os cidadãos, sobressai a entrega ao bem-comum, que é assegurada mediante deliberações públicas tomadas por cidadãos, com base no princípio de que a auto-suficiência e o lazer são o *telos* das suas relações de convivência. Tal facto permite-nos compreender a razão pela qual Aristóteles considera a auto-suficiência económica como um efeito positivo e não, propriamente, como o fim último da vida da *polis*. De acordo com Depew 2013, 408, a razão para tal advém do facto de que, só no contexto de um espaço público de deliberação, onde os meios e os fins são discutidos e ponderados, se pode reconhecer que a segurança económica constitui um meio para atingir um determinado fim e que, só quando essa condição de segurança for satisfeita, a comunidade estará em condições de admitir que é essencial para o seu bem-estar a criação de uma esfera de lazer, que permita aos cidadãos e aos membros do seu agregado familiar possam desfrutar dos tempos livres. A noção de que a riqueza está limitada aos fins a que se destina protege a cidade dos riscos de excessos e da desagregação (*Pol.* 8, 1256b29-39). Aristóteles estabelece, também, a distinção entre viver (*zên*) e viver bem (*eu zên*). A diferença está no salto qualitativo que separa o breve descanso após o trabalho penoso (*ponos*) do dia a dia e a procura de outras formas mais elevadas de lazer, como actividades de carácter cívico, artístico e religioso, bem como as actividades com uma componente reflexiva e filosófica, e todas as formas de pesquisa científica.¹⁸ Por conseguinte, uma vez que a *polis* é por natureza, ou seja, tem uma existência natural,¹⁹ ela constitui o ponto máximo do desenvolvimento cívico e social. Mas como, de acordo com a máxima aristotélica, ‘a natureza não faz nada ao desbarato’, Aristóteles aduz uma causa concreta para o desenvolvimento da *polis*: a causa eficiente não é simplesmente a procura de meios de sobrevivência, mas também o impulso positivo que os animais políticos naturalmente revelam com o intuito de maximizar actividades de lazer partilhadas com os restantes membros da comunidade.

Para concluir, podemos dizer que as traves-mestras do pensamento aristotélico no campo da ética política são as seguintes:

18 Refere Aristóteles, citando Homero (*Od.* 9,5-6), que o papel da música na educação constitui a ‘melhor diversão’ e é um ‘divertimento à altura dos homens livres’ (*Pol.* 7,3, 1338a23-31).

19 A natureza de um ser é o ponto que, no desenvolvimento de um processo natural, não pode sofrer qualquer mudança.

1. Que a cultura do mérito e da excelência se alcança através da aprendizagem de uma capacidade ou competência, isto é, de um saber prático que apenas se adquire quando se converte em acção realizada.

2. Que o horizonte do Ético está intimamente ligado à dimensão prática do Humano enquanto tal.²⁰

3. Que o fim último (*telos*) da existência humana é a felicidade.

4. E que é na *polis* que o ser humano realiza esse projecto de vida.

Seria, por conseguinte, um erro lamentável eliminar o pensamento político clássico das especulações teóricas e dos temas de debate de hoje em dia. Os antigos captaram verdades universais acerca da psicologia política e sobre o carácter social dos seres humanos. Os pensadores clássicos oferecem-nos, ainda hoje, instrumentos teóricos indispensáveis para enriquecer a nossa consciência política. Os textos antigos falam-nos, na sua própria linguagem, de questões permanentes da vida política e confrontam-nos com problemas universais. A distância que nos separa deles torna ainda a sua leitura e a sua mensagem mais aliciantes e provocadoras.

BIBLIOGRAFIA

Aalders, G. J. D. 1975. *Political Thought in Hellenistic Times*, Amsterdam: Adolf M. Hakkert.

Amaral A. C. e Gomes, C. C. (trad.) 1998. *Aristóteles. Política*, Lisboa: Vega.

Balot, R. K. (ed.) 2013. *A Companion to Greek and Roman Political Thought*, Chichester/Malden, MA: Wiley-Blackwell.

Balot, R. K. 2013. 'Introduction: Rethinking the History of Greek and Roman Political Thought', in: R. K. Balot (ed.), 3-19.

Breyfogle, T. 2013. 'Citizenship and Signs: Rethinking Augustine on the Two Cities', in: R. K. Balot (ed.), 501-526.

Brown, E. 2013. 'False Idles. The Politics of the "Quiet Life"', in: R. K. Balot (ed.), 485-500.

Caeiro, A. C. (trad.) 2012⁴. *Aristóteles. Ética a Nicómaco*, Lisboa, Quetzal (1ª ed. 2004).

Dapew, D. J. 2013. 'The Ethics of Aristotle's Politics', in: R. K. Balot (ed.), 399-418.

Ferguson, J. 1975. *Utopias of the Classical World*, Ithaca – New York: Cornell University Press.

Futre Pinheiro, M. P. 2006. 'Utopia and Utopias: a Study on a Literary Genre in Antiquity', in: S. N. Byrne, E.P. Cueva, J. Alvares (eds.), *Ancient Narrative. Authors, Authority, and Interpreters Ancient Narrative Supplementum 5*, Groningen, Barkhuis Publishing and Groningen University Library, 147-171.

Giangrande, L. 1976. 'Les Utopies Hellénistiques', *CEA 5*, 17-33.

²⁰ 'É no agir que o Humano se pode cumprir na sua possibilidade extrema, como ser ético... A possibilidade extrema do Humano é a de ele se tornar excelente', Caeiro 2012, 11.

- Gómez-Pantoja, J. L. 1992². 'El Mediterraneo: Influencias e Interacciones de un Paisage', in: F. J. Gómez Espelosín, y J. Gómez-Pantoja (eds.), *Pautas para una Seduccion. Ideas y materiales para una nueva asignatura: Cultura clásica*, Madrid: Universidad de Alcalá de Henares– Ediciones Clásicas, 53-61.
- Hadas, M. 1959. *Hellenistic Culture. Fusion and Diffusion*, New York: Columbia University Press.
- Hedrick, Jr, Ch. W. 2013. 'Imitating Virtue and Avoiding Vice. Ethical Functions of Bio- graphy, History, and Philosophy', in: R. K. Balot (ed.), 421-439.
- Lane, M. 2014. *Greek and Roman Political Ideas: A Pelican Introduction*, London: Pelican.
- Mossé, C. 1969. 'Les utopies égalitaires à l'époque hellénistique', *RH CCXLI*, Avril-Juin, 297-308.
- Raaflaub, K. A. 2013. 'Early Greek Political Thought in its Mediterranean Context', in: R. K. Balot (ed.), 37-56.

RESPONSABILIDADE POLÍTICA

POLITICAL RESPONSABILITY

Marta Cristina Jesus Santiago

RESUMO

Dedica-se este breve estudo a discorrer sobre a teoria da responsabilidade política, de origem inglesa. A responsabilidade política, própria do sistema parlamentarista, fundamenta-se no juízo discricionário do parlamento, que possui o poder de destituir o governo por atos que afetem sua confiança. Distingue-se da responsabilidade jurídica, própria do *impeachment*, porquanto nesta se apura a prática de um crime previsto em texto constitucional ou legal, devendo o fato imputado ao governante subsumir-se à regra jurídica expressa. Aborda-se, ainda, a construção italiana concernente à responsabilidade política difusa. Não prevista em lei, a responsabilidade política difusa decorre da pressão da opinião pública ou dos meios de comunicação, que força o governo a demitir-se ou provoca sua demissão. Na atualidade, a responsabilidade política difusa tem-se manifestado com frequência em todos os sistemas de governo.

Palavras-chave: Responsabilidade política. Discricionariedade. *Impeachment*. Parlamentarismo. Responsabilidade difusa.

ABSTRAT

This brief study is devoted to discussing the theory of political responsibility, of English origin. Political responsibility, which is characteristic of the parliamentary system, is based on the discretion of the parliament, which has the power to dismiss the government for acts that affect its confidence. It differs from the legal responsibility inherent in impeachment, since it establishes the practice of a crime foreseen in a constitutional or legal text, and the fact attributed to the ruler must be subsumed by the express legal rule. It is also about the Italian construction concerning diffuse political responsibility, which has manifested more frequently in all systems of government. Not established by law, diffuse political responsibility stems from the pressure of public opinion or the media, which forces the government to resign. At present, diffuse political responsibility has manifested itself frequently in all systems of government.

Keywords: Political responsibility. Discretionary. Impeachment. Parliamentarism. Diffuse responsibility.

* Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito de Coimbra (Mestrado Pré-Bolonha). Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

1 INTRODUÇÃO

O princípio segundo o qual quem exerce função pública deve prestar contas à sociedade, e mais especificamente, os governantes aos governados, é alicerce fundamental de uma democracia representativa saudável.

Com o *impeachment* da Presidente Dilma Russel, os debates sobre a teoria da responsabilidade política eclodiram no Brasil. Entrementes, *impeachment* e responsabilidade política são, de acordo com a doutrina política, instrumentos do sistema representativo democrático que se situam em horizontes intelectuais distintos.

Ínsita ao sistema parlamentarista, de onde proveio, e ao sistema semipresidencialista, a responsabilização política é uma *role responsibility*, quer dizer, opera em razão da função exercida, ao passo que a responsabilidade jurídico-penal – que tem espaço tanto no parlamentarismo, como no presidencialismo - guarda conexão com a pessoa que exerce a função.

A responsabilidade política institucional (e mais precisamente a responsabilidade ministerial) é o critério mais relevante de classificação do sistema parlamentarista, ausente do presidencialista.¹ Usa-se a expressão responsabilidade política no presidencialismo, quando, a rigor, ela é jurídica, porquanto, no processo de responsabilização no sistema presidencial, apura-se a ocorrência ou não de um crime de responsabilidade.² O ato do governante apontado como vicioso deve corresponder a um dos tipificados como crime na Constituição ou na lei.

Na responsabilização política institucional, conquanto o mecanismo pelo qual se processe deva ter previsão no direito, quase sempre no Direito Constitucional, o juízo é eminentemente discricionário, não exigindo para o seu acionamento a ocorrência de uma falha técnica ou de uma transgressão jurídica.

Embora a responsabilidade política institucional e a responsabilidade jurídica ou penal sejam mais facilmente distinguidas em abstrato, na prática, tal distinção oferece grandes dificuldades, pois quase sempre uma falta penal ou o descumprimento de uma norma jurídica fatalmente acarreta uma repercussão na esfera política do governante no sistema parlamentarista, tornando-o desmerecedor da confiança do parlamento. É o que doutrinariamente se chama de *aproveitamento político de uma responsabilidade jurídica ou penal*, o qual, se bem que devesse então existir apenas no parlamentarismo, onde coexistem os dois tipos de responsabilidade, parece se fazer presente, de igual modo, no sistema presidencialista, a despeito da ausência formal, em seu seio, da responsabilidade política institucional, tal como originariamente concebida pelos europeus.

1 “La question de la responsabilité ministérielle est un enjeu central pour les institutions dans la mesure où elle correspond, dans la théorie classique, au critère majeur de classification du régime. Qu’elle soit présente et l’on parle de régime parlementaire. Qu’elle soit absente et l’on parle de régime présidentiel. La crise de la responsabilité est donc aussi une crise de la typologie des régimes” (BLANQUER, Jean-Michel. Un enjeu central: la responsabilité des ministres: Ou comment éviter les pièges de l’illusoire VIe République. In: La VIe République? Numéro spécial coordonné par: Xavier ROBERT. *Revue de la Science Politique en France et à l’Étranger*, Paris, p. 261).

2 A propósito do Brasil, Brossard colaciona Pontes de Miranda que já se referia à responsabilidade política tratada aqui como diversa da responsabilidade política própria do parlamentarismo: “(...) o instituto da responsabilidade política é inconfundível com o do *governo coincidente com a maioria*, a que se prendem os fatos políticos da *moção de confiança*, que é comunicação de vontade de eficácia declarativa do *status quo*, ou *moção de desconfiança*, comunicação de vontade, explícita ou implícita, às vezes tácita, de eficácia constitutiva negativa provável (Inglaterra) ou necessária (parlamentarismo apriorístico)” (MIRANDA, Pontes de. *Revista Forense*, v. 125, p. 94. Apud BROSSARD, Paulo. *O impeachment. Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. São Paulo: Editora Saraiva: 1992. p. 35.)

Desse modo, cada vez mais, tanto na Europa semipresidencialista e parlamentarista, como na América presidencialista, os governantes são apeados do poder por uma transgressão jurídica de que se vale o parlamento para justificar sua destituição, quando aqueles deixam de desfrutar de governabilidade ou da sua confiança.

É, pois, nosso propósito trazer a lume, a breve trecho, os principais traços que identificam a responsabilidade política institucional, cotejando-a com a responsabilidade jurídica ou penal. Por se tratar de uma responsabilidade própria de sistemas tipicamente europeus, o presente estudo traz à colação, sobretudo, a doutrina europeia.

2 REPRESENTAÇÃO POLÍTICA, DEMOCRACIA E RESPONSABILIDADE POLÍTICA

Construída pela doutrina política inglesa de Locke e Burke e pela francesa de Montesquieu a Sieyès e a B. Constant, a teoria da representação política irrompeu no surgimento do Estado moderno e do liberalismo, sofrendo grande contestação em Rousseau³, que defendia a democracia direta, embora reconhecesse ser impossível sua aplicação no Estado moderno.

Ao unir-se ao princípio democrático, a representação política passou a ter contornos menos severos. Conquanto o parlamento seja uma instituição preexistente ao regime democrático, a democracia hoje está umbilicalmente ligada ao parlamento: “se uma qualquer crise afectar o parlamento, ela será também a crise do próprio sistema democrático”.⁴

Ao ser elaborado *pari passu* ao amadurecimento do processo democrático, o conceito de representação obstou a volta do mandato imperativo, segundo o qual os representantes eram responsabilizados, até com seu patrimônio pessoal, se deixassem de seguir as exigências formuladas pelos representados, inscritas nos “cahiers d’instructions”. A concepção democrática substituiu a ideia de reunião de interesses particulares, premissa do mandato imperativo, por interesse da coletividade.⁵ Contudo, a liberdade dos parlamentares oriunda do fim do mandato imperativo não significa uma representação dissociada da vontade dos eleitores, isto é, uma irresponsabilidade no exercício do cargo.⁶⁻⁷

3 MIRANDA, Jorge. *Formas e Sistemas de Governo*. Rio de Janeiro: Florense, 2007. p. 43, 44.

4 URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento. Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 39.

5 URBANO, Maria Benedita. Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade dos governantes. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. V. II. Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Lisboa: Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012. p. 602.

6 URBANO, op.cit., p. 136.

7 Damiano Nocilla expõe três vertentes que explicam a representação política: a) a *Jacobina*, com assento na Constituição Francesa de 1793, segundo a qual a soberania reside no povo (artigo 25) e cada membro da Assembléia deve ter o direito de exprimir sua vontade com liberdade (artigo 26). Para Carré de Malberg, “*Per le fait d’élection, chaque électeur confère à l’élu la fraction individuelle de souveraineté dont il est titulaire.*” b) a *pluralista*, para quem a eleição se presta a assegurar o liame entre o povo e o seu representante, devendo este “*(...) si conformino agli interesse degli elettori, si comportino in armonia alle tendenze spirituali deli stessi (...)*”. Para esta corrente, não existe uma vontade mística do povo, mas uma vontade singular e do grupo, devendo o representante levá-la em consideração se quiser continuar no poder. c) E a *eleitoralista*, que, em última análise reúne as demais, sufraga ser estreito e insindivável o vínculo entre o eleito e o eleitor, de maneira que

A vinculação aos representados limita o exercício do poder pelos governantes, pois suas ações devem espelhar os interesses dos representados, a quem devem satisfação de seus atos.⁸

A relação entre representação política e responsabilidade política é tal que esta só existe se existir aquela. A responsabilidade é a outra face da representação política.⁹ É uma exigência inarredável da democracia representativa¹⁰, inversamente proporcional à representatividade do órgão. Quanto menor for esta, maior é a sua responsabilidade e vice-versa. Por isso, o protagonista da responsabilidade política é quase sempre o governo e não o parlamento.¹¹

3 RESPONSABILIDADE POLÍTICA INSTITUCIONAL

A concepção de responsabilidade política originou-se no regime parlamentarista inglês,¹² por ocasião da transferência de poder dos monarcas para o parlamento nas monarquias parlamentaristas europeias.¹³

Antes, os ministros, que eram livremente nomeados pelos monarcas, somente respondiam perante o parlamento por ilícitos penais (*impeachment*).¹⁴⁻¹⁵ Quando se pretendia a responsabilização política, buscava-se ajeitar a situação concreta à prática de um ilícito que ensejasse a abertura do processo acusatório.¹⁶

Resultou, assim, a responsabilidade política de um longo processo histórico voltado a “despenalizar la política”, isto é, apartá-la do risco que representava à vida, à liberdade e à propriedade de quem a exercia, assegurando-se aos políticos a certeza de que, eventual derrota, não iria transcender a esfera política.¹⁷

o órgão representativo, porque eleito pelo povo, deve “*esprimire ed attuare tendenze spirituali e volontà reale del popolo.*” (NOCILLA, Damiano. Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità politica. In: *Scritti su Le Fonti Normative e Altri temi di vario diritto in onore di VEZIO CRISAFULLI II*. Padova, 1985. p. 575, 576).

8 NOCILLA, Damiano. Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità politica. In: *Scritti su Le Fonti Normative e Altri temi di vario diritto in onore di VEZIO CRISAFULLI II*. Padova, 1985. p. 602.

9 CARLASSARE, Lorenza. I rapporti controversi fra democrazia, rappresentanza e responsabilità. In: *Democrazia, Rappresentanza e Responsabilità*. Milão: Editora CEDAM, 2001. p. 1.

10 “A idéia da responsabilidade é inseparável do conceito de democracia.” (BROSSARD, Paulo. *O impeachment. Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. São Paulo: Editora Saraiva: 1992, p. 7).

11 URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 143.

12 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Barcelona, Caracas e México: Ariel, 1979. p. 71.

13 “Em 1782, Lord North e o seu gabinete afastam-se na sequência de um voto de desconfiança parlamentar. Terá sido este momento que marcou o nascimento da responsabilidade política (tradicional) e, mais especificamente, daquele que é o elemento essencial da forma de governo parlamentar, também ela a tomar forma na Inglaterra de Setecentos: a obrigação de o gabinete (ou, mais genericamente, de o governo) se demitir, sempre que perde a confiança do parlamento. De assinalar que, desde este momento, a responsabilidade política passou a ter um carácter colectivo (queda de todo o gabinete na sequência de um voto de desconfiança)” (URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 179)

14 GARCÍA MORILLO, Joaquín. Responsabilidad Jurídica y Responsabilidad Penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a 18, n. 52, p. 86, enero-abr. 1998.

15 “Quando os Ministros eram livremente nomeados pelo Monarca e, portanto, só perante eles eram responsáveis, ao Parlamento mais não cabia do que acusar o Ministro pela prática de um ilícito penal (única forma de o responsabilizar)” (URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 178).

16 Ibidem, p. 86, 109.

17 GARCÍA MORILLO, Joaquín. Responsabilidad Jurídica y Responsabilidad Penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a 18, n. 52, p. 86, 109, enero-abr. 1998.

Na atualidade, repousa a responsabilidade política na noção de vontade nacional. Se o chefe de Governo deve proceder em sua conformidade e assim não age, o equilíbrio político se rompe e o parlamento, que encarna a vontade nacional, sanciona o político com o voto de desconfiança.¹⁸

Possível, na contrapartida, a dissolução do parlamento, seja em situação específica delineada na Constituição (dissolução-arbitragem) - como dispõe, por exemplo, o art. 12 da Constituição Francesa - considerado um elemento de equilíbrio entre poderes próprio do regime parlamentarista, seja por ato discricionário do chefe de Estado ou do chefe de Governo (dissolução discricionária).¹⁹⁻²⁰

Subsiste, assim, no âmbito teórico, a ideia de reciprocidade entre os órgãos titulares do poder político. O poder ou o governo, ainda que democraticamente legitimado, necessita submeter-se à lei, desfrutar da confiança do parlamento (por sua maior legitimidade democrática) e agir de forma exemplar.²¹

Não há uniformidade na noção de responsabilidade política.²²

Rescigno a define como “a obrigação de prestar contas ao parlamento de seu trabalho” e complementa: “rendere conto va inteso nel senso etimológico della espressione.”²³ Já o francês Segur diz ser a responsabilidade política “un mécanisme juridique d’affectation de valeur à une conduite gouvernementale”.²⁴

O principal atributo da responsabilização política é o fato de o juízo não ser de legalidade (jurídico), mas de discricionariedade. Desfruta o parlamento do poder de demitir o governo pelo simples fato de ser quem o elegeu e não mais lhe depositar confiança. Além disso - como realça Blanquer - a responsabilidade política é horizontal, pois escapa à aplicação de uma sanção por um terceiro imparcial – o juiz.²⁵⁻²⁶

18 SEGUR, Philippe. Qu’est-ce que la responsabilité politique? In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, n. 6, p. 1.607, 1999.

19 “(...) Il est soumis à des conditions extrêmement précises et contraignantes afin de que la dissolution soit uniquement un moyen de revoyer au peuple le soin d’arbitrer des conflits entre Parlement et exécutif. La dissolution peut alors être appelée la dissolution-arbitrage. Elle constitue un élément de l’équilibre des pouvoirs propre au régime parlementaire. Dans les autres États, l’exercice du droit de dissolution est laissé à la discrétion de son titulaire (...). La dissolution peut alors être qualifiée de discrétionnaire. Ce pouvoir discrétionnaire peut être utilisé pour arbitrer des conflits institutionnels, comme dans les cas précédents.” (HAGUENAU-MOIZARD, Catherine. *Les systèmes politiques européens*. Paris: G. Lextenso, 2009. p. 76).

20 “(...) a responsabilidade política dos parlamentares pode ser efetivada através da dissolução antecipada do parlamento pelo chefe de Estado, sabendo nós que este mecanismo só existe em certas formas de governo e que, mesmo naquelas em que existe, o papel do chefe de Estado pode ser meramente simbólico (limitando-se a formalizar uma iniciativa do governo) ou, inversamente, pode ser um poder efetivo (como é manifestamente o caso português, em que o poder presidencial de dissolução do parlamento constitui um resquício do parlamentarismo dualista ou orleanista). (URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 221).

21 GARCIA MORILLO, op. cit., p. 84.

22 URBANO, op. cit., p. 184.

23 RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La Responsabilità Politica*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editora, 1967. p. 28.

24 SEGUR, op. cit., p. 1616.

25 “(...) la responsabilité politique est politique précisément parce qu’elle échappe à une conception privée du droit où la sanction est l’horizon indispensable de la norme et suppose l’existence d’un tiers impartial, le juge.” (BLANQUER, Jean-Michel. Un enjeu central: la responsabilité des ministres: Ou comment éviter les pièges de l’illusoire VIe République. In: *La VIe République? Numéro spécial coordonné par: Xavier ROBERT. Revue de la Science Politique en France et à l’Étranger*, Paris, p. 264).

26 “(...) nos países onde vige o governo de gabinete, pela expressão responsabilidade política ou ministerial, se entende o dever, legal ou consuetudinário, de exonerar-se coletivamente o governo, isto é, o ministério, ou um de seus membros individualmente, quando deixa de contar com a confiança da maioria parlamentar, o que se verifica de modo direto ou indireto, segundo critérios puramente políticos, e de forma expedita, dispensada a instauração de processo mediante denúncia, com fases de acusação, produção de provas, suspensão de cargo, defesa e julgamento.” (BROSSARD, Paulo. *O impeachment. Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. São Paulo: Editora Saraiva: 1992. p. 35-36).

Maria Benedita Urbano²⁷ delinea as características principais da responsabilidade política extraíveis do consenso doutrinário, quais sejam:

- a) concerne a “juízo de valor” ou “juízo de incompatibilidade” entre a conduta política e a dignidade do cargo ocupado;
- b) o sujeito passivo deve estar investido temporariamente de “funções políticas”;
- c) os fatos devem ter efetivamente ocorrido, não necessitando serem ilícitos ou erros políticos;
- d) acarreta a destituição do sujeito ou do órgão colegiado do poder; e,
- e) advém a destituição da “perda da confiança” no sujeito ou no órgão colegiado.

Relevante, à partida, a dignidade do cargo ocupado. A sua alta distinção, inerente ao fato de ser o cargo de comando da nação, exige uma conduta plenamente escorreita e idônea, de maneira que qualquer passo em falso que ponha em xeque a confiança do parlamento pode gerar a moção de censura e a queda do governo ou do primeiro-ministro.

Uma vez que não pressupõe comportamento ilícito, a responsabilidade política não depende de prova de que o ato se originou de dolo ou culpa. É, assim, de natureza objetiva.²⁸ Compreende juízo de oportunidade, da alçada do parlamento, até pela prática de atos lícitos – mas, inconvenientes e inoportunos –, gerando a responsabilidade do governo, seja pelos seus próprios atos, seja pelos atos de seus subordinados, por culpa *in elegendo* ou *in viligando*.

Não se lastreia, portanto, realce-se, a responsabilidade política na transgressão de uma obrigação legal a cuja observância esteja o agente político subsumido. Este pode ser chamado a responder politicamente pelo simples fato de ocupar determinado cargo²⁹ e até por meras intenções. Se um governante descumprir determinada lei, responde civil ou penalmente pela violação, independentemente de ser ou não acionado o mecanismo da responsabilização política.³⁰

De acordo com Maria Benedita, “aos princípios da legalidade, da taxatividade e da tipicidade orientadores da responsabilidade jurídico-penal contrapõem-se as ideias de elasticidade, ductibilidade e mutabilidade caracterizadoras do procedimento (e do próprio objecto) de responsabilização política”.³¹

Não se quer dizer com isso que a responsabilidade política seja extrajurídica. Para que seja efetiva há de ter alguma juridicidade, ao menos quanto às sanções que podem ser cominadas. Do contrário, a segurança e o equilíbrio do sistema político estariam comprometidos.

27 URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 188 e 189.

28 GARCÍA MORILLO, Joaquín. Responsabilidad Jurídica y Responsabilidad Penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a 18, n. 52, p. 84, enero-abr. 1998.

29 “Esta afirmação, não sendo de todo incorrecta, tem de ser interpretada *cum grano salis*. O que se pretende com esta afirmação é, fundamentalmente, chamar a atenção para a circunstância de que, diferentemente do que sucede com a responsabilidade jurídica, designadamente com a penal, não resulta muito fácil (se não mesmo impossível) pré-determinar e tipificar os factos que dão lugar a esta responsabilidade, ainda que, como aquela, a responsabilidade política assente em actos, comportamentos, omissões, atitudes etc., do sujeito passivo, tidas como censuráveis.” (URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 197)

30 MODONA, Guido Neppi. Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale. In: *Questione Giustizia. Trimestrale Promosso da Magistratura Democratica*. Milano, 1994. p. 7.

31 URBANO, op. cit., p. 204.

Certos mecanismos do sistema são tratados em normas jurídicas específicas, como o procedimento para a moção de censura ou para a moção de confiança, sem que se desnature a discricionariedade que consubstancia o móvel do ato.³²

Por outro lado, o parlamento, por vezes, usa instrumentos já previstos na lei, como, por exemplo, o veto de uma proposta orçamentária ou de um projeto de lei, que não se destinam a acionar a responsabilização política, mas podem provocar a demissão de um primeiro-ministro ou do governo. O mesmo se pode dizer do procedimento das comissões parlamentares de inquérito, que pode ser utilizado pela câmara para obter a remoção ou a demissão do agente político.³³

Importa deixar assente, ainda, não haver prejudicialidade do juízo jurídico-penal para o acionamento do mecanismo da responsabilidade política. O governante pode ser apeado do cargo mesmo que seja absolvido criminalmente ou ser mantido no cargo, ainda que condenado.³⁴ A instância de responsabilização política é totalmente independente da penal ou jurídica, embora quase sempre esta influencie aquela.

A responsabilidade política não resulta em si da natureza do ato praticado pelo sujeito, mas de sua repercussão, da oportunidade, dos interesses partidários e das forças políticas existentes no momento em que ocorreu. Com a responsabilidade não se pretende punir o culpado ou exigir a reparação do dano, tal como ocorre na Justiça. Almeja-se, em última análise, reforçar a máxima de que “os governantes estão a serviço dos governados”.³⁵⁻³⁶

Conquanto não compreenda punição na concepção judiciária, que tem ínsita a ideia de descumprimento de lei, a remoção do agente ou do gabinete compreende uma sanção pela quebra da confiança.

A destituição do cargo deriva, nesse passo, da aplicação do critério de “discrezionali di opportunità politica”.³⁷ Haverá responsabilização se o parlamento concluir ter havido “rupture du contract de confiance entre le Parlement et le Gouvernement”.³⁸

Nem sempre, contudo, ocorre a destituição do cargo, com a aprovação parlamentar de uma moção de censura, podendo a sanção corresponder à redução do poder do agente ou de sua força política. Haverá responsabilização política também quando a moção de censura for rejeitada e quando o governo emitir uma moção de confiança e ela for aprovada ou rejeitada pelo parlamento.³⁹

32 Ibidem, p. 203.

33 Ibidem, p. 203, 204.

34 URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 186, 200.

35 Ibidem, p. 191.

36 “o seu objetivo não é o de punir nem o de assegurar uma reparação simbólica de um dano, mas sim de consagrar mediante o funcionamento dos poderes públicos a ideia de que os governantes estão ao serviço dos governados e têm que lhes prestar contas.” (AVRIEL, Pierre. Pouvoir et responsabilité. In: *Mélanges offerts à Georges Burdeau*. Le Pouvoir: Paris, 1977. p. 9)

37 RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La Responsabilità Politica*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editora, 1967. p. 33.

38 BOUSTANY, Lara Karam. *Le concept de responsabilité politique*: La responsabilité en droit public: Aspects contemporains. Université Saint-Joseph (Bryrouth). Bruxelles: Bruylant, 2005. p. 31.

39 “Todos estes mecanismos servem para apreciar a existência de uma desconformidade entre a actuação dos governantes e a vontade dos governados a qual, quando ocorra, pode ocasionar a aplicação da única sanção que corresponde à verificação de uma situação de responsabilidade política.” (URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 206).

É sujeito passivo da responsabilização política quem estiver investido de poder, em caráter temporário, no governo, no âmbito nacional ou local. Além do governo ou dos seus membros, podem figurar no polo passivo os próprios parlamentares, o chefe de Estado (nos regimes semipresidencialistas) e até, segundo alguns, os partidos políticos.⁴⁰

A responsabilização pode ser individual ou solidária, neste caso, por atos decisórios do colégio de ministros.

Parece haver dissenso se a responsabilidade política é do primeiro-ministro ou do governo. Diz Rescigno que a responsabilidade é do titular do governo, porquanto este, como órgão, somente responde juridicamente enquanto Estado.⁴¹ Já Maria Benedita Urbano diz que a responsabilidade política passou a ser coletiva, sendo sempre do governo.⁴²

De fato, ainda que o primeiro-ministro seja o alvo formal, sua queda sempre implica a queda do gabinete, daí porque se fala em responsabilidade do governo. E, nessa ótica, a responsabilidade política é governamental, pois, o primeiro-ministro, com seu gabinete, responde perante o parlamento que o elegeu.

Os ministros respondem também, como já dito, por atos de seus funcionários por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Se o primeiro-ministro nomeou alguém que não desfrutava de idoneidade ilibada ou incapaz tecnicamente ou, então, tendo conhecimento de sua atividade criminosa ou sua inabilidade, não o exonerou, responde pelos atos que ele tenha praticado.

Como a responsabilidade política pressupõe que seus funcionários atuaram seguindo orientações do primeiro-ministro ou, ao menos, com seu consentimento expresso ou tácito (princípio da solidariedade ministerial⁴³), para que o ministro possa elidir sua responsabilidade precisará deixar indene de dúvidas que não autorizou, nem expressa nem tacitamente, os ditos atos.⁴⁴ Ademais, deve provar que o ato praticado nem era conhecido nem passível de ser conhecido nas circunstâncias, tampouco de ter sua prática obstada.⁴⁵

Relativamente aos chefes de Estado, na maioria nos modelos parlamentaristas monárquicos ou republicanos, dada sua função de mera representação formal, são irresponsáveis politicamente perante o parlamento. Não desfruta de

40 Tamanho alargamento provoca uma diluição do conceito de responsabilidade política. “Há efetivamente quem refira os partidos políticos como sujeitos activos (em relação aos respectivos membros que exerçam um mandato parlamentar) e passivos (em relação ao corpo eleitoral, no momento das eleições) de uma relação de responsabilidade política (URBANO, op. cit., p. 182, nota de rodapé 234)

41 RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La Responsabilità Politica*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editora, 1967. p. 24.

42 URBANO, Maria Benedita. Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade dos governantes. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. V. II. Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Lisboa: Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

43 SEGUR, Philippe. Qu’est-ce que la responsabilité politique? In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, n. 6, p. 1609, 1999.

44 GARCÍA MORILLO, Joaquín. Responsabilidad Jurídica y Responsabilidad Penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a 18, n. 52, enero-abr. 1998, p. 91.

45 “(...) existe uma presunção política segundo a qual todas as actuações levadas a cabo no âmbito de um determinado Ministério foram ordenadas pelo respectivo ministro ou, pelo menos, eram do seu conhecimento e, na medida em que não as proibiu, foram por ele consentidas. Assim sendo, para afastar a sua responsabilização política, cabe ao ministro ilidir esta presunção. Poderá invocar, por exemplo, que os seus subordinados desobedeceram às suas ordens ou instruções, que não lhe era fisicamente possível tomar conhecimento e, conseqüentemente, controlar certo tipo de condutas, que não autorizou determinadas condutas (ou que manifestamente as desaprovou ou reprovou). Ainda assim, no caso de actos praticados por funcionários livremente nomeados por um ministro, sempre fica a responsabilidade por uma má opção dos sujeitos chamados a colaborar nas tarefas governamentais.” (URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 199).

poder substancial, podendo apenas ser responsabilizado juridicamente, em caráter penal, mediante uma jurisdição especial.⁴⁶⁻⁴⁷

Sujeito ativo da responsabilização política é o parlamento, podendo-se ainda falar no corpo eleitoral.⁴⁸ Para Rescigno, quem possui um “potere istituzionale di critica qualificato”⁴⁹.

Desfruta o sujeito ativo de poderes de investigação semelhantes aos poderes das autoridades judiciárias, como poderes de instauração de inquérito, acompanhados de poderes para intimar, interrogar e criticar o sujeito passivo.⁵⁰ E também de tornar públicas as conclusões da investigação. Ainda que o processo seja conduzido por uma comissão parlamentar, somente o parlamento pode demitir⁵¹, isto é, emitir a moção de censura ou voto de quebra de confiança, instando o governo a demitir-se.⁵²

3 RESPONSABILIDADE POLÍTICA DIFUSA E RESPONSABILIDADE POLÍTICA INSTITUCIONAL LIVRE

Por ter havido na Itália um alargamento do conceito de responsabilidade política, encontra-se, na sua doutrina, a distinção entre responsabilidade política institucional e responsabilidade política difusa.

A primeira corresponde à responsabilidade governamental típica de que até aqui tratamos. Já a segunda, objeto de análise por significativa parcela da doutrina italiana, tem caráter fluído e impreciso por não ser prevista expressamente no Direito Constitucional.

Angiolini reporta-se a Rescigno ao explicitar ser a responsabilidade institucional um “diritto di critica qualificato de potere di rimuovere per ragioni politiche il soggetto passivo”, ao passo que a responsabilidade difusa caracteriza-se por críticas lançadas ao titular do poder político, fruto do exercício da liberdade de crítica ou de expressão, que não enseja “misura oggettiva”.⁵³

46 NOCILLA, Damiano. Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità politica. In: *Scritti su Le Fonti Normative e Altri temi di vario diritto in onore di VEZIO CRISAFULLI II*. Padova, 1985. p. 565.

47 Afirma Lorenza Carlassare, tratando da realidade italiana, que não há responsabilidade política na função de Chefe de Estado, in verbis: “Il monarca oppure il Presidente di una Repubblica parlamentare può rappresentare l’unità, la nazione (per la Costituzione italiana, art. 87, comma 1), il Capo dello Stato rappresenta <l’unità nazionale> ma non è un <rappresentante politico>: qui il termine rappresentare sta per <raffigurare>, <simboleggiare>, ma non esprime un rapporto democratico. (...) Anche il Presidente della Repubblica, in questo senso, infatti, può dirsi rappresentativo, ma di certo non può definirsi un <rappresentante politico>, anzi, non deve essere considerato tale. (...) Considerando la figura giuridica del Capo dello Stato come risulta dai principi della forma parlamentar di governo vigente in Italia e dalla normativa specifica che ne disciplina posizione, funzioni, responsabilità e irresponsabilità, è ben evidente che, quando il rapporto rappresentativo se elimina, di rappresentanza politica non si può parlare. E si conferma il legame tra rappresentanza politica e responsabilità: il Presidente della Repubblica, che non è un rappresentante politico, è, appunto, politicamente irresponsabile. Di lui sembra corretto dire che riveste una *posizione rappresentativa*.” (CARLASSARE, Lorenza. I rapporti controversi fra democrazia, rappresentanza e responsabilità. In: *Democrazia, Rappresentanza e Responsabilità*. Milão: Editora CEDAM, 2001. p. 28, 30)

48 URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 182.

49 RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La Responsabilità Politica*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editora, 1967. p. 33.

50 URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 196.

51 MODONA, Guido Neppi. Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale. In: *Questione Giustizia. Trimestrale Promosso da Magistratura Democratica*. Milano, 1994. p. 8-10.

52 RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La Responsabilità Politica*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editora, 1967. p. 33.

53 ANGIOLINI, Vittorio. Le braci del diritto costituzionale e i confini della responsabilità politica. In: *Rivista di Diritto Costituzionale*. Rivista dell’Associazione. Gruppo di Pisa. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000. p. 61.

Evidencia-se a responsabilidade política difusa quando qualquer crítica consistente que seja feita ao agente político ou fato que lhe seja imputado, divulgado pelos meios de comunicação, acaba por exigir dele, por força da pressão popular, sua demissão. Não acarreta diretamente a remoção do cargo,⁵⁴ mas se a pressão for intensa, pode levar à demissão.

A responsabilidade difusa pode alcançar espaços nos quais o direito e a Constituição não admitem a responsabilização institucional. E mais: se ganhar força e tiver um mínimo de respaldo jurídico pode tanto legitimar o poder, como pressioná-lo a demitir-se. O risco é de ter-se uma responsabilidade indeterminada e potencialmente ilimitada.⁵⁵

Rescigno reporta-se, ainda, a uma terceira forma de responsabilidade política, a que chama de responsabilidade política “institucional-liberal” (institucional livre), situada, em zona intermediária entre a formalização da institucional e a liberalidade da difusa. Caracteriza-se por uma crítica que é amplamente divulgada nos meios de comunicação de massa, de maneira que a decisão de eventual sanção política é adotada, tácita ou expressamente, pelos partidos.⁵⁶

Angiolini também discorre sobre a responsabilidade política institucional-liberal. Embora o artigo 94 da Constituição Italiana disponha que o governo não está obrigado a demitir-se, se não lhe é outorgada uma moção de confiança formalmente aprovada por uma das câmaras do parlamento ou que o voto contrário da câmara a uma proposta do governo também não o obrigue, na prática, o governo tem-se demitido na ausência do voto formal de confiança no parlamento, depois de uma decisão do partido. No caso, o Presidente da República recebe o pedido e o reenvia ao parlamento para discussão, a fim de que haja uma deliberação expressa. Considera-se o exercício deste poder presidencial, mais que um poder discricionário, um poder jurídico voltado a garantir a efetividade do artigo 94 da Constituição, pois este parece exigir uma “mozione motivata”. Diz-se, então, na Itália, que a responsabilidade política institucional do governo perante o parlamento foi substituída pela responsabilidade difusa perante os partidos.⁵⁷

A substituição da responsabilidade política institucional pela difusa é desvantajosa ao equilíbrio do sistema político democrático, porquanto o priva de “uma explicação e exposição públicas do motivo de desconfiança parlamentar que num determinado momento existe relativamente à actuação do governo”.⁵⁸

54 MODONA, Guido Neppi. Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale. In: *Questione Giustizia. Trimestrale Promosso da Magistratura Democratica*. Milano, 1994. p. 8.

55 “(...) come la <libertà di critica> è sufficiente a stabilire una responsabilità politica (<difusa>) indeterminata, e quindi potenzialmente illimitata, il mancato o insufficiente esercizio della <libertà di critica> stessa può divenire fonte di una <legittimazione> politica altrettanto indeterminata ed illimitata di un qualunque <capo>. (...) stessa può divenire fonte di una <Il punto sembra essere che quando alla <libertà di critica> si riallaccia una responsabilità politica <diffusa>, ad essa si riallaccia giocoforza un *quid pluris*, tramutando quella che il diritto disciplina come una facoltà <di parola> in un potere di fatto, il quale, per l'essere tale, deve essere, o essere immaginato, efficiente a produrre un qualche riflesso nella sfera del responsabile, che sai, al minimo politicamente tangibile e giuridicamente valutabile;” (ANGIOLINI, Vittorio. Le braci del diritto costituzionale e i confini della responsabilità politica. In: *Rivista di Diritto Costituzionale*. Rivista dell'Associazione. Gruppo di Pisa. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000. p. 63, 64).

56 MODONA, Guido Neppi. Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale. In: *Questione Giustizia. Trimestrale Promosso da Magistratura Democratica*. Milano, 1994. p. 8, 14).

57 ANGIOLINI, op. cit., p. 66, 67.

58 URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento*: contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 211.

4 IRRESPONSABILIDADE POLÍTICA DO PRESIDENTE NO PRESIDENCIALISMO E DO SEMIPRESIDENCIALISMO

No regime presidencialista, há irresponsabilidade política perante outro órgão do governo, por força do princípio da separação dos poderes, os quais são, ou deveriam ser, independentes e harmônicos entre si.

Brossard afirma que “no sistema parlamentar, porque não governa, o Presidente é politicamente irresponsável”⁵⁹. Todavia, se bem que a doutrina europeia trate preponderantemente dos sistemas semipresidencialistas português, francês e italiano, igualmente reporta-se ao sistema presidencialista genericamente, inclusive ao americano⁶⁰, dizendo tratar-se de uma responsabilidade jurídico-penal e não política.

E isso porque, diferentemente do que se passa no regime parlamentarista, no qual uma moção de censura do chefe de Estado pode levar à queda do governo, no regime presidencialista, o Executivo não pode dissolver o parlamento, nem ser destituído em juízo de conveniência e oportunidade, operando-se, no equilíbrio de poderes, o sistema de freios e contrapesos. Como o Presidente da República é eleito pelo povo ou por um colegiado, conforme a democracia seja direta ou indireta, não responde politicamente perante o Legislativo nesses termos,⁶¹ somente podendo se destituído de seu cargo, por responsabilização penal ou jurídica, na hipótese de *impeachment*.⁶²⁻⁶³

Embora haja irresponsabilidade política perante o outro poder, continua o Presidente respondendo perante quem o elegeu, o que se revela nos países em que a legislação prevê a reeleição. É a responsabilidade eleitoral, a que Cristóbal chama de “responsabilidade semipolítica”⁶⁴, questionada por significativa parcela da doutrina, dada a ausência de certeza que a envolve.

Põe dúvidas sobre a existência da responsabilidade eleitoral Philippe Segur, para quem o resultado eleitoral envolve uma série de fatores em seu processo, como vários candidatos, várias plataformas políticas e diversas personalidades,

59 BROSSARD, Paulo. *O impeachment. Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. São Paulo: Editora Saraiva: 1992. p. 36.

60 “Además, y de ahí procede el interés en estos sistemas, el Presidente de la República es irresponsable políticamente por los actos realizados en el ejercicio de su cargo, al igual que lo es el Presidente de EEUU.” (SIERRA CRISTÓBAL, Rosário. *Las responsabilidades de un jefe de Estado*. Disponível em: <file:///C:/Users/050779260558/Downloads/Dialnet-LasResponsabilidadesDeUnJefeDeEstado-246166%20(1).pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018. p. 156).

61 “(...) la irresponsabilidad del Presidente forma parte de la esencia misma que define al sistema como presidencial. El Presidente goza de total independencia en el ejercicio de su cargo frente al resto de poderes, lo que se traduce, entre otras cosas, en una política por sus actos delante del Congreso y de la justicia civil (...)” (Ibidem, p. 167).

62 Ibidem, p. 156.

63 Catherine Haguenu-Moizard aduz: “Seule la responsabilité politique, engagée pour des raisons politiques et devant des organes politiques sera évoquée ici. Elle seule caractérise le régime parlementaire, contrairement à la responsabilité pénale des ministres, voire du chef de l’État, qui est engagée selon des règles de procédure pénale parce qu’une infraction pénale aurait été commise. La responsabilité pénale n’est pas propre au régime parlementaire, comme l’illustre par exemple dans des régimes présidentiels la possible mise en cause de la responsabilité pénale du président des États-Unis au moyen de la procédure d’*impeachment* (article II section 4 de la Constitution) ou de celle du président de Chypre (article 45 de la Constitution).” (HAGUENAU-MOIZARD, Catherine. *Les systèmes politiques européens*. Paris: G. Lextenso, 2009. p. 95).

64 SIERRA CRISTÓBAL, Rosário. *Las responsabilidades de un jefe de Estado*. Disponível em: <file:///C:/Users/050779260558/Downloads/Dialnet-LasResponsabilidadesDeUnJefeDeEstado-246166%20(1).pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018. p. 180. Nesse sentido, Boustany. (BOUSTANY, Lara Karam. *Le concept de responsabilité politique: La responsabilité en droit public: Aspects contemporains*. Université Saint-Joseph (Bryrouth). Bruxelles: Bruylant, 2005. p. 32).

que torna incerta sua ocorrência.⁶⁵ Embora não se possa, realmente, ter a certeza absoluta de que o eleitorado impôs sanção ao não reeleger o chefe de Estado, quase sempre a conjuntura política evidencia sua presumível ocorrência, mormente quando o eleitorado é formado por pessoas conscientes politicamente. A fluidez dessa responsabilidade não deve levar à sua desconsideração, como apregoa o próprio Segur, ainda mais se se tiver em vista um regime presidencial.⁶⁶

Nos regimes semipresidencialistas, embora se possa inferir a predominância da vertente presidencialista ou parlamentarista, como traço comum o Presidente da República é eleito por sufrágio universal e direto, exercendo a função de chefe de Estado, enquanto o primeiro-ministro, eleito pelo parlamento, exerce a função de chefe de Governo e responde politicamente perante aquele ou perante um parlamento.

Enquanto, de regra, nos países semipresidencialistas, o chefe de Estado exerce papel secundário, representativo e simbólico, na França, o poder executivo é efetivamente repartido entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro, dispendo ambos de numerosos poderes, inclusive indicando à Corte Europeia, por isso, dois representantes. Quando o Presidente dispõe da maioria do parlamento, chamado regime de “concordance (parlamentarismo dualista)”, o Primeiro-Ministro retrai-se e sua responsabilidade perante o parlamento substitui-se pela responsabilidade perante o chefe de Estado. Embora o Primeiro-Ministro disponha dos poderes necessários para superar os entraves no parlamento, apresentando os projetos de lei de interesse do presidente e obtendo os votos necessários dos deputados aliados, é o Presidente da República que conduz a política da nação a partir do programa aceito pelos eleitores. Entretanto, se o Primeiro-Ministro dispuser da maioria parlamentar, o quadro se inverte, chamado regime de “cohabitation (parlamentarismo monista)”. Nenhuma ação será possível sem o beneplácito do Primeiro-Ministro, embora este não possa nomear pessoas sem o acordo do chefe de Estado. Haverá uma retração do chefe de Estado da arena política e, de conseguinte, maior aproximação dos regimes de outros países europeus.⁶⁷

Comentando os sistemas francês e português, de cunho nitidamente presidencialista, Rosário Sierra afirma que se discute, na França, se o sistema instaurado na Vª República é semipresidencialista ou parlamentarista presidencialista, recordando que o Presidente da República, além das atribuições próprias de chefes de Estado, desfruta de outros poderes conferidos pela Constituição Francesa, como o de dissolução da Assembleia Nacional (artigo 12), de promover a política externa (artigo 52), a política de defesa (artigo 15) e de solicitar ao parlamento nova deliberação sobre lei ou artigos de lei, o que não pode ser recusado (artigo 10). Relativamente ao sistema português, que possui influência francesa, Rosário Sierra realça que, desde a reforma constitucional de 1982 (com as revisões posteriores de 1989 e 1992), estão presentes os elementos fundamentais de um sistema presidencialista.⁶⁸

65 SEGUR, Philippe. Qu'est-ce que la responsabilité politique? In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et à l'Étranger*, n. 6, p. 1.620, 1999.

66 Ibidem.

67 LASCOMBE, Michel. Le soleil a rendez-vous avec la lune: Quel réaménagement des pouvoirs entre le Président de la République et le Premier ministre? *Revue du Droit Public de la Science Politique em France et à l'étranger*: Paris, 2002. p. 234- 236, 238-239.

68 CRISTÓBAL, Rosário Sierra. *Las responsabilidades de un jefe de Estado*. Disponível em: <file:///C:/Users/050779260558/Downloads/Dialnet-LasResponsabilidadesDeUnJefeDeEstado-246166%20(1).pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018. p. 160.

5 DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE POLÍTICA E RESPONSABILIDADE JURÍDICA

A responsabilidade jurídica – por uns, chamada de responsabilidade penal, mas que alcança, ainda, a civil e a administrativa - circunscreve-se ao juízo de legalidade decorrente da prática de crimes e ilícitos. Ganhou contornos mais expressivos no regime presidencialista, dada a ausência da responsabilidade política institucional.

Ao tratar da responsabilidade do Presidente da República, Brossard chama a atenção de que se faz “indiscriminada invocação de autores e referências a precedentes, ora ingleses, ora americanos”, quando pelo mesmo nome tratam de instituições distintas⁶⁹. A rigor, deste lado do Atlântico, dever-se-ia evitar usar a expressão “responsabilidade política”, quando se tratasse de *impeachment*.⁷⁰

Guido Modona diferencia a responsabilidade penal (jurídica) da política, dizendo que a primeira se submete à exclusiva competência da autoridade judiciária, enquanto a segunda, à autoridade política.⁷¹

Na responsabilidade jurídica ou penal, o agente político não responde pela prática de ato cometido por pessoa de sua confiança, por culpa *in elegendo* ou *in vigilando*. Nela, a imputação é de caráter subjetivo, devendo restar provado que a falta foi cometida pelo sujeito.

A responsabilidade penal observa regras de estrita legalidade, formais e certas de processo, tendo como consequência sanção jurídica predeterminada na lei, enquanto a política se caracteriza por um juízo de incompatibilidade política, que se baseia em fato certo, mas que não constitui necessariamente crime.⁷²

Observa Angiolini, doutro tanto, que as responsabilidades política e jurídica consistem na aplicação de sanção juridicamente prevista. Todavia, na responsabilidade política, quem a aplica desfruta de liberdade de estabelecê-la e, de eventualmente, alterar o critério de julgamento.⁷³

Mostrando que as fronteiras entre a responsabilidade política e a jurídica não são estanques, prossegue Angiolini aduzindo que as duas convivem entre si, no parlamentarismo e no semipresidencialismo, nas ações do chefe de Governo,

69 E mais adiante prossegue: “(...) dizendo-se que é política a responsabilidade que se apura no *impeachment* de feição norte-americana, corre-se o risco de empregar expressão equívoca, desde que usada também para designar diferente processo de aferição de responsabilidade, segundo diverso sistema de governo.” (BROSSARD, Paulo. *O impeachment. Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. São Paulo: Editora Saraiva: 1992. p. 35.)

70 “(...) por *impeachment* se entende, apenas, a acusação formulada pela representação popular, ou seja, a primeira fase do processo de responsabilidade, que, no sistema brasileiro termina com o afastamento provisório da autoridade processada (...). Contudo, pelo mesmo vocábulo, anglicismo incorporado à nossa língua, se designa, e comumente, o processo político que começa e termina no seio do Poder Legislativo. Instaurado na Câmara dos Deputados, ela decreta a acusação do Presidente da República (e eventualmente de Ministro de Estado) pelo voto de sua maioria absoluta, e o submete ao julgamento do Senado Federal; este, sob a direção do Presidente do Supremo Tribunal Federal e mediante o sufrágio condenatório, e irrecorrível, de dois terços de seus membros, despoja definitivamente do cargo e afasta transitoriamente do poder a autoridade considerada inconveniente ou prejudicial ao governo e que em relação ao governo se mostrou incompatibilizada, por atos ou omissões entre nós denominados “crimes de responsabilidade” (BROSSARD, Paulo. *O impeachment. Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. São Paulo: Editora Saraiva: 1992. p. 5- 6).

71 MODONA, Guido Neppi. Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale. In: *Questione Giustizia. Trimestrale Promosso da Magistratura Democratica*. Milano, 1994. p. 5.

72 Ibidem, p. 5.

73 ANGIOLINI, Vittorio. Le braci del diritto costituzionale e i confini della responsabilità politica. In: *Rivista di Diritto Costituzionale*. Rivista dell’Associazione. Gruppo di Pisa. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000. p. 100, 103.

que ora exerce poder político, ora exerce competência administrativa. Pelos atos políticos, presta contas ao parlamento, enquanto, pelos atos administrativos, responde juridicamente perante o Poder Judiciário.⁷⁴

Em verdade, um mesmo fato pode ensejar a responsabilidade jurídica e política, em esferas distintas.

Ocorre que, nesses casos, em especial quando há um crime imputado ao chefe de Governo, embora a responsabilidade jurídica se opere no espaço judiciário, haverá resistência do chefe de Governo em se demitir, com o receio de que a demissão possa implicar numa confissão tácita.⁷⁵ Por isso se diz que a jurídica sempre interfere negativamente na política e muitas vezes a obstrui ou aniquila.

Jean-Michel Blanquer, ao tratar da responsabilidade francesa, híbrida por congregar o regime presidencialista e parlamentarista, acena para uma crise na tipologia dos regimes, revelando uma tendência ao retorno da responsabilização individual (penal), dada a dificuldade em se efetivar a responsabilidade coletiva.⁷⁶

Esboça Blanquer três níveis de responsabilização na Vª República Francesa: a do Presidente da República, perante seus eleitores (responsabilidade eleitoral), de difícil concreção; a do Primeiro-Ministro perante o parlamento (responsabilidade política coletiva), de natureza horizontal; e a de cada ministro perante o Primeiro-Ministro e as comissões parlamentares (responsabilidade política individual ou responsabilidade ministerial), de dimensão vertical. Esta última distingue-se das demais por se afastar do direito político, guardando correlação com o direito constitucional e o administrativo. Possui natureza técnico-jurídica, é passível de sanção e origina-se de uma falta semelhante a que importa em responsabilidade administrativa. Revela o jurista francês uma tendência a esse tipo de responsabilização dirigida ao Poder Executivo, dada a tecnicidade cada vez maior dos atos que pratica.⁷⁷

Na Itália, conquanto a doutrina dominante se reporte a um juízo político da Corte Constitucional,⁷⁸ o Presidente da República responde, sob o ponto de vista jurídico, pela prática de atos que desbordem da lei e da Constituição.⁷⁹

74 "Beaud distingue entre "criminalidade governante" e "delitos políticos". Na primeira categoria deverão ser inseridos os actos ilícitos cometidos no exercício de funções públicas, designadamente de funções políticas (está-se, portanto a falar da prática de ilícitos como a corrupção, a concussão, o tráfico de influências etc.). Na segunda categoria irão ser integrados aqueles actos que, sendo lícitos, foram mal utilizados pelos sujeitos políticos. Os primeiros são objeto de uma responsabilidade jurídico-penal. Os segundos são objeto de uma responsabilidade política (...)" (URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento. Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 197).

75 "(...) a permanência do responsável político no cargo pode considerar-se um *reflexo de defesa* no âmbito jurídico-penal, uma vez que se entenda que a permanência no exercício das funções política lhe permite "sustentar com convicção a sua inocência" (Ibidem, p. 216)."

76 BLANQUER, Jean-Michel. Un enjeu central: la responsabilité des ministres: Ou comment éviter les pièges de l'illusoire VIe République. In: *La VIe République? Numéro spécial coordonné par: Xavier ROBERT. Revue de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris. p. 263, 264).

77 BLANQUER, Jean-Michel. Un enjeu central: la responsabilité des ministres: Ou comment éviter les pièges de l'illusoire VIe République. In: *La VIe République? Numéro spécial coordonné par: Xavier ROBERT. Revue de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris. p. 267).

78 "(...) la riconversione della Corte de giudice della costituzionalità in organo politico solo grazie all'inoppugnabilità della decisioni è votata al fallimento. La disciplina della giustizia costituzionale può solamente attestare che l'inoppugnabilità delle decisioni non è sufficiente a costituire la politicità del potere o dell'organo che lo esercita; e questa non è che l'altra faccia o il complemento del principio, da ribadire anche quanto al Presidente della Repubblica, che il potere politico medesimo esige la responsabilità politica." (ANGIOLINI, Vittorio. *Le braci del diritto costituzionale e i confini della responsabilità politica*. In: *Rivista di Diritto Costituzionale*. Rivista dell'Associazione. Gruppo di Pisa. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000. p. 98)

79 Ibidem, p. 96.

No contexto italiano, Lorenza Carlassare revela uma crise na representação política provocada, dentre outras coisas, pelo maior distanciamento dos partidos políticos da sociedade. Defende uma personalização da política com a realização de eleições diretas para o cargo de Presidente da República (*Capo dello Stato*, que representa a *unità nazionale*⁸⁰), eleito, na Itália, em escrutínio secreto e por maioria qualificada, por um colégio eleitoral composto de membros do parlamento e delegados das regiões (artigo 83 da Constituição). Esta opinião é contrastada por Mauro Volpi, por entender que as eleições diretas não resolveriam a crise da representação política, no que tange à relação entre os eleitores e o órgão parlamentar, embora pudessem conferir estabilidade e individualização da responsabilidade do governo.⁸¹

Na Itália, o Presidente da República possui papel meramente simbólico, sua função de representante da união nacional lhe outorga certa dose de poder político, que, por vezes, gera conflitos entre o governo e o parlamento. Embora não responda perante o parlamento pelo exercício de suas funções, em face de sua irresponsabilidade política, o Presidente da República italiana não é de todo inviolável, sendo julgado pela Corte Constitucional por crimes de traição e por atentados à Constituição, pronunciando-se a Corte, ainda, acerca de conflito de atribuições, anulando os atos inconstitucionais e declarando a omissão do quanto devido por ordem constitucional.

Modona revela que a tradicional relação entre a responsabilidade política e jurídica (penal) está em processo de profunda mutação na Itália, provocada pelas investigações que revelam relações criminosas entre os agentes políticos e a máfia italiana.⁸²

Referindo-se, em especial, à introdução de voto secreto para a autorização da Câmara e do Senado e à aprovação da Lei Constitucional de 28 de Outubro de 1993, n. 3, Guido Modona diz haver ocorrido a ab-rogação do artigo 68, 2, da Constituição Italiana, restando extinto o instituto da imunidade processual parlamentar. Com a nova legislação, a autorização do parlamento é requerida apenas para os atos de perseguição pessoal e de prisão do parlamentar, exceto se em execução sentença de condenação transitada em julgado ou em caso de flagrante delito, cuja prisão seja obrigatória. Contudo, manteve-se a autorização para a interceptação de conversa ou comunicação e para o sequestro de correspondência (art. 68, 1 e 3, da Constituição). No sistema anterior, a impossibilidade de responsabilização penal do político italiano, pela constante denegação de autorização para abertura de processo, dificultava a responsabilização política, que, embora devesse ser autônoma, tinha relação de prejudicialidade para com a responsabilização penal, em face do princípio da presunção de inocência, o que era, inclusive, invocado para obstar o juízo de responsabilização política, ainda que eventualmente instaurado o processo penal. Com o fim da imunidade processual, o risco que corre, comenta

80 Ibidem, p. 94-95.

81 VOLPI, Mauro. Rappresentanza e responsabilità politica. In: *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Milão: DOTT. A Giuffrè Editore, 2001. p. 126).

82 MODONA, Guido Neppi. Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale. In: *Questione Giustizia. Trimestrale Promosso da Magistratura Democratica*. Milano, 1994. p. 1.

o Jurista, é que se prossiga aplicando a presunção de não-culpabilidade como prejudicial à responsabilização política e conclui: “(...) alla magistratura é stata restituita la cognizione anche per i reati commessi dai politici, si impone dunque una riflessione complessiva sull'autonomia non solo della responsabilità politica, ma anche delle regole e delle forme di accertamento di tale responsabilità rispetto al processo”.⁸³

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia, qualquer que seja o sistema de governo, exige a responsabilização dos governantes pelos atos que praticam perante quem os elegeu.

Deste lado do Atlântico, dever-se-ia evitar o uso da expressão responsabilidade política quando se tratasse de *impeachment*, pois ambas as formas de responsabilização são, segundo a teoria política, nitidamente diversas.

A responsabilidade política institucional teve sua gênese e se identifica com o parlamentarismo, ao passo que a responsabilidade jurídica radica com plenitude no presidencialismo. Todavia, isso não significa dizer que as duas não convivam nos sistemas parlamentarista e semipresidencialista. O primeiro-ministro pode ser responsabilizado por um ato de governo sob o ângulo jurídico, no âmbito de um Tribunal, e igualmente ser responsabilizado perante o parlamento. O que não pode, como realça Maria Benedita Urbano, é a responsabilidade política “invadir domínios onde, a existir responsabilidade, ela só poderá ser de natureza jurídica ou constituir um obstáculo indevido à operatividade da responsabilidade jurídica”.⁸⁴

Em tese, há consenso doutrinário sobre os principais traços que identificam a responsabilidade política institucional, mas, na prática, é difícil constatar sua ocorrência em sua pureza, dada a fluidez do jogo político. Cada sistema de governo dispõe de peculiaridades herdadas de sua história política que lhe matizam de forma singular, sobretudo os sistemas semipresidencialistas, como o francês e o italiano.

Percebe-se que cada vez mais o mecanismo de responsabilidade política tem deixado de ser acionado no direito europeu. E não porque não existam crises. É que as crises políticas, por vezes, resolvem-se fora do parlamento, de forma intrapartidária. O partido que forma o governo quase sempre é o mesmo que possui a maioria parlamentar.

Por outro lado, a dispensa ou a demissão de um membro do governo decorre também, por vezes, de pressão da opinião pública ou da imprensa, em razão de escândalos políticos ou financeiros. Prefere-se o exercício de pressão para uma demissão do governo do que o acionamento da responsabilidade política institucional. Quando, num regime semipresidencial ou parlamentar, um mesmo fato pode ensejar responsabilidade jurídica e responsabilidade política, uma acaba por absorver a outra, pois quase sempre as sanções jurídicas tornam-se políticas.

83 MODONA, Guido Neppi. Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale. In: *Questione Giustizia. Trimestrale Promosso da Magistratura Democratica*. Milano, 1994. p. 2-3.

84 URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento. Contributo para uma Teoria Politico-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 214.

Ganha espaço, então, na atualidade, a responsabilidade política difusa, mediante o aproveitamento político de uma responsabilidade jurídica, que tem alcançado também o presidencialismo.

REFERÊNCIAS

- ANGIOLINI, Vittorio. Le bràci del diritto costituzionale el i confini della responsabilità politica. In: *Rivista di Diritto Costituzionale*. Rivista dell'Associazione. Gruppo di Pisa. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000.
- AVRIEL, Pierre. Pouvoir et responsabilité. In: *Mélanges offerts à Georges Burdeau*. Le Pouvoir: Paris, 1977.
- BLANQUER, Jean-Michel. Un enjeu central: la responsabilité des ministres: Ou comment éviter les pièges de l'illusoire VIe République. In: *La VIe République? Numéro spécial coordonné par: Xavier ROBERT*. *Revue de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris.
- BOUSTANY, Lara Karam. *Le concept de responsabilité politique: La responsabilité en droit public: Aspects contemporains*. Université Saint-Joseph (Bryrouth). Bruxelles: Bruylant, 2005.
- BROSSARD, Paulo. *O impeachment. Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. São Paulo: Editora Saraiva: 1992.
- CARLASSARE, Lorenza. I rapporti controversi fra democrazia, reappresentanza e responsabilità. In: *Democrazia, Rappresentanza e Responsabilità*. Milão: Editora CEDAM, 2001.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín. Responsabilidad Jurídica y Responsabilidad Penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a 18, n. 52, enero-abr. 1998.
- HAGUENAU-MOIZARD, Catherine. *Les systèmes politiques européens*. Paris: G. Lextenso, 2009.
- LASCOMBE, Michel. Le soleil a rendez-vous avec la lune: Quel réaménagement des pouvoirs entre le Président de la République et le Premier ministre? *Revue du Droit Public de la Science Politique en France et à l'étranger*. Paris, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Barcelona, Caracas e México: Ariel, 1979.
- MIRANDA, Jorge. *Formas e Sistemas de Governo*. Rio de Janeiro: Florense, 2007.
- MODONA, Guido Neppi. Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale. In: *Questione Giustizia. Trimestrale Promosso da Magistratura Democratica*. Milano, 1994.
- NOCILLA, Damiano. Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità politica. In: *Scritti su Le Fonti Normative e Altri temi di vario diritto in onore di VEZIO CRISAFULLI II*. Padova, 1985.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La Responsabilità Política*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editora, 1967.

URBANO, Maria Benedita. Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade dos governantes. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. V. II. Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Lisboa: Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento. Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

SEGUR, PHILIPPE. Qu'est-ce que la responsabilité politique? In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et à l'Étranger*, n. 6, 1999.

SIERRA CRISTÓBAL, Rosário. *Las responsabilidades de un jefe de Estado*. Disponível em: <file:///C:/Users/050779260558/Downloads/Dialnet-LasResponsabilidadesDeUnJefeDeEstado-246166%20(1).pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

VOLPI, Mauro. Rappresentanza e responsabilità política. In: *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Milão: DOTT. A Giuffre Editore, 2001.

DEMOCRACIA TRANSNACIONAL*

TRANSNATIONAL DEMOCRACY

Suzana Tavares da Silva**

RESUMO

São várias as possíveis acepções de *democracia transnacional*, sendo as mais divulgadas a busca de instrumentos para colmatar o *deficit democrático* das instituições internacionais, em particular as responsáveis pela *governance* económico-financeira global, a par das tentativas de ingerência de Estados e instituições supranacionais em sistemas políticos de Estados soberanos, com o propósito de “impor” o modelo ocidental de democracia. Mas é estranho que o Ocidente insista nas virtudes do seu modelo democrático numa fase em que o mesmo atravessa uma crise profunda, caracterizada pela redução da participação democrática dos cidadãos, pelo regresso de oligarquias aos partidos políticos, pelo ressurgimento dos populismos, pelo aumento da corrupção e até pela mercantilização da cidadania. Numa era em que o poder público se ajusta a novos parâmetros sociais e tecnológicos, a democracia tarda em reinventar-se e esta demora pode comprometer a sociedade liberal.

Palavras chave: Democracia transnacional. Crise. Pós-democracia. Liberalismo.

ABSTRACT

We can present different meanings of transnational democracy, but the most popular are the democratic deficit of international institutions and the search for instruments to solve it, particularly those responsible for global economic and financial governance, as well as interferences from supranational states and institutions in sovereign states to impose them the Western model of democracy. Although the West spreads the virtues of its democratic model all over the world, it is immersed in a deep crisis, based on the lack of democratic participation of their citizens in the elections, the return of oligarchies to political parties, the resurgence of populisms, and even the “marketization” of citizenship. As long as public power is adjusting itself to the new social and technological parameters, democracy is slow to reinvent itself and this delay can jeopardize liberal society.

Keywords: Transnational democracy. Crisis. Pos-democracy. Liberalism.

* Este texto serviu de base à comunicação apresentada no X Encontro de Professores de Direito Público, e consta das actas do evento, publicadas em volume com o mesmo nome – ICJP, *X Encontro de Professores de Direito Público*, Lisboa, 2017, pp. 160-185 [ISBN: 978-989-8722-25-6].

** Professora de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. stavares@fd.uc.pt. Pátio da Universidade. 3004-545 Coimbra.

1 INTRODUÇÃO

A democracia – todos sabemos – é uma forma de governo baseada na legitimidade (soberania) popular e constitui, até ao presente, o modelo ideal de “auto-governo” de uma comunidade. De resto, a comunidade internacional erigiu o regime democrático, juntamente com a consagração de um catálogo de direitos fundamentais, à categoria de elemento determinante para a existência de um Estado de Direito. Mas isso não significa que esteja tudo dito sobre esta matéria, que a democracia seja um *acquis* inquestionável e, até, que não se apontem hoje sintomas significativos de *crise* das democracias, como iremos ver.

Optámos por tratar o tema da *democracia transnacional* em todas as suas possíveis acepções – desde as construções teóricas para a identificação de expressões de democracia supranacional, ou seja, manifestações democráticas não baseadas na cidadania do Estado-nação, até às diversas tentativas de ingerência externa nos Estados-nação com o intuito de garantir as democracias nacionais – e por deixar algumas pistas de reflexão quanto à possibilidade de dar um sentido ao conceito de *democracia transaccional*, integrando-a em uma das razões para a crise da democracia.

2 DEMOCRACIA TRANSNACIONAL: BREVE CARACTERIZAÇÃO

Em regra, quando a literatura se refere à *democracia transnacional* vem de imediato à ideia o caso *Haider*, quando em 2000, catorze Estado-membros da União Europeia, pela voz de António Guterres (Portugal assumia nessa data a presidência da União, quando esta ainda era rotativa), decidiram ameaçar diplomaticamente o Governo de Viena com um “isolamento” caso este viesse a integrar no seu elenco membros do partido de extrema-direita de Jörg Haider. Não será exagerado dizer que o Mundo foi surpreendido por esta intromissão inédita das Instituições Europeias na política interna de um Estado-membro e pelas consequências que daí advinham, também no plano nacional da democracia austríaca, pois o objectivo deste ultimato era impedir ou neutralizar a efectivação prática do que haviam sido os resultados eleitorais no contexto de eleições livres. As correntes socialistas e sociais-democratas regozijaram-se naquela época com a “maturidade política” que este episódio revelava em relação à União Política Europeia e às suas potencialidades na neutralização de correntes políticas que procurassem explorar os populismos e a xenofobia – talvez os que então se regozijaram sejam os mesmos que hoje, volvidos quase vinte anos sobre aquela “conquista”, ainda estejam a tentar perceber o que falhou no projecto europeu para conduzir ao Brexit, o que é que explica o sucesso eleitoral de políticos “sem ideologias” e porque é que estamos novamente a discutir os “populismos” na Europa do século XXI.¹

¹ Sobre os populismos de direita e de esquerda e o seu significado actual v. MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism: A Very Short Introduction*. [UK?]: Oxford University Press, 2017; CASSAGNE, Juan Carlos. *El Estado populista*. Buenos Aires: Editorial B., 2017.

A *democracia transnacional* pode, contudo, assumir diferentes significados,² que vão desde a necessidade de democratização das instituições transnacionais até à tentativa de instituição de novos modelos democráticos supranacionais, de que a União Europeia é um exemplo. Estes novos modelos democráticos apresentariam características híbridas e *sui generis*, uma vez que não exigiriam a constituição de uma organização política nova de tipo federativo ou confederal, erigindo-se, em alternativa, como uma forma de integração assente sobre o modelo de estado-nação e uma “soberania duplicada”, como pressupõe Habermas em 2014 relativamente à União Europeia.³

No essencial, este esquema político organizativo novo previa, em termos democráticos, que cada cidadão europeu integrava simultaneamente duas comunidades políticas: *i*) a nacional, onde participaria no processo político com os seus co-cidadãos nacionais; e *ii*) a europeia, onde, a par com os Estados, os cidadãos poderiam ter uma voz activa na construção da política comum europeia. Uma proposta que tem, a nosso ver, tanto de desafiante no plano teórico, como de irrealista no domínio pragmático.⁴ A demonstrar o irrealismo da proposta estão igualmente as iniciativas cidadãs no procedimento legislativo europeu,⁵ que, pela (falta de) participação e pelos temas, mostram claramente que não existe ainda uma cidadania europeia capaz de definir um interesse público europeu.⁶ Parece-nos, pois,

2 Para uma visão geral de diferentes acepções do conceito v. JAMES, Anderson. *Transnational Democracy: Political Spaces and Border Crossings*. London: Routledge, 2002.

3 HABERMAS, Jürgen. Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible. *European Law Journal*, v. 21, n. 4, p. 546-557, July 2015.

4 A demonstração do falhanço desta proposta de “soberania híbrida”, na expressão de Köchler, é o projecto de Constituição para a Europa. KÖCHLER, Hans. *The European Constitution and the Imperatives of Transnational Democracy*. *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, p. 88-101, 2005.

5 O artigo 11.º/4 do Tratado da União Europeia foi aditado com o Tratado de Lisboa e contempla um mecanismo de participação directa através de iniciativa cidadã no procedimento legislativo europeu. “Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar os Tratados”. O procedimento consta do Regulamento (UE) n.º 211/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à Iniciativa de Cidadania.

6 Lembremos as três iniciativas bem sucedidas que se registam desde 2011: *i*) a Right2Water (“A água e o saneamento são um direito humano! A água é um bem público, não uma mercadoria!”), registada em 10 de Maio de 2012, deu origem à COM(2014) 177 final, onde a Comissão pouco adianta em relação à regulamentação já existente, limitando-se a reafirmar que a Directiva-quadro da Água já responde às preocupações relativas à sustentabilidade e ao uso racional daquele recurso, que os fundos comunitários têm desempenhado um papel importante no que respeita à construção de sistemas de abastecimento de água e saneamento e, no que era o essencial do pedido da cidadania, nega qualquer alteração em relação ao princípio da neutralidade, afirmando que as directivas da contratação pública e a directiva serviços são suficientes e adequadas para assegurar os direitos reivindicados pelos cidadãos; *ii*) a One of Us (“Um de Nós”), registada em 11 de Maio de 2012, deu igualmente origem a uma Comunicação em 2014 [COM(2014) 355 final], na qual a Comissão sublinhou que a dignidade humana é um valor que compromete a União e que está subjacente a todas as suas decisões e políticas, mas que apesar disso não era possível aceder ao pedido formulado para que “[...] a UE não financie investigação subsequente ao estabelecimento de linhas de células estaminais embrionárias humanas. Tal deve-se ao facto de a Comissão ter formulado a sua proposta tendo em conta as considerações de ordem ética, os potenciais benefícios para a saúde e o valor acrescentado do apoio a nível da UE para todos os tipos de investigação sobre células estaminais. Esta proposta foi adoptada pelo co-legislador, ou seja, o Parlamento Europeu e o Conselho, com base num acordo obtido democraticamente durante as negociações interinstitucionais” – em suma, trata-se de um regime que beneficia de uma legitimidade alargada e de uma legitimidade científico-técnica que deixa sem base de fundamentação o pedido da cidadania; por último, *iii*) a Stop Vivisection, registada em 22 de Junho de 2012, deu origem a uma Comunicação de 2015 [C(2015) 3773 final], na qual a Comissão explica também a impossibilidade de atender às pretensões dos peticionantes no sentido de abandonar a experimentação em animais, alegando que a mesma é essencial à investigação científica e que os princípios éticos são assegurados pela Directiva 2010/63/UE.

Registam-se ainda doze iniciativas em tramitação, cujos temas são muito variados, mas quase sempre reconduzíveis ao labor de alguns grupos activistas: *i*) Stop Plastic in The Sea (Plástico no Mar: Basta!) – 2015; *ii*) Pai, Mãe e Filhos – Iniciativa de cidadania europeia para defender o casamento e a família – 2015; *iii*) People4Soil: assine a iniciativa de cidadania para salvar os solos da Europa! – 2016; *iv*) Mais do que ensino – Formação de cidadãos ativos e responsáveis – 2016; *v*) Proibição do

que a acepção de *democracia transnacional* como caracterização da organização política *sui generis* da União Europeia enquanto alternativa aos modelos tradicionais de integração política acaba por se esvaír em meros exercícios de teorização. A mesma crítica nos merece quem procura fundamentar a legitimidade democrática transnacional no nível Europeu a partir dos valores do *comunitarismo* que seriam partilhados por todos os Estados-membros e por todos os seus cidadãos,⁷ pois se a “crise do Euro” mostrou que havia uma Europa do Sul e uma Europa do Norte, a “crise dos refugiados” mostrou também que existem diferenças culturais assinaláveis entre a Europa do Leste e a Europa mais Ocidental.

Questão diferente é a acepção de *democracia transnacional* como exigência de *democratização das instâncias internacionais* que surgem após a Segunda-Guerra Mundial e com o advento da regulação económica como resposta ao liberalismo económico-financeiro mundial.⁸ Neste domínio, onde há efectivamente campo fértil para a disseminação da democracia, os institutos adquirem, porém, novas designações e adaptam-se às necessidades e às diferenças. Se a intenção é “democratizar” o FMI ou o Banco Europeu de Investimento, o que está em causa não é a instituição de formas de legitimação popular dos decisores através do voto universal e igual, mas sim mudanças estruturais na forma de escolha dos decisores, no modo de formação das decisões e até na sua contestação e fiscalização. Por isso, em rigor, os autores preferem neste caso o termo (*good and global*) *governance* a democratização.

Não se trata, com esta mudança terminológica, de alterar apenas a denominação de uma mesma realidade, mas antes de sublinhar que estamos perante – já o dissemos – uma nova realidade e novas exigências. A *governance* não é uma expressão de *democracia* no sentido de legitimação da acção pela vontade popular, a *governance* é a expressão da qualidade da acção que se legitima pelo seu conteúdo (apto a responder positivamente às exigências da actualidade), pelo modo de formação das decisões (pelo diálogo, pela participação, pela comunicação e pela informação) e pelo modo de execução (realização cooperativa e colaborativa). Na definição de Levi-Faur, a *governance* é simultaneamente uma estrutura, um processo, um mecanismo e uma estratégia.⁹

Assim, a *governance* não é um conceito concorrente com a democracia, mas aspira a ser um modo de gestão e de legitimação da acção que se pode vir a sobrepor àquela ou a impor-lhe regras para a aperfeiçoar. Tal como o constitucionalismo

glifosato e protecção das pessoas e do ambiente contra pesticidas tóxicos – 2017; vi) Instrumento Europeu de Circulação – 2017; vii) Cidadania da UE para os europeus: unidos na diversidade apesar do jus soli e do jus sanguinis – 2017; viii) Minority SafePack – Um milhão de assinaturas pela diversidade na Europa – 2017; ix) Manter a cidadania europeia – 2017; x) Vamos reduzir as diferenças salariais e económicas que dividem a UE! – 2017; xi) Stop Extremism – 2017; xii) STOP TTIP – 2017.

7 Para uma síntese da doutrina que adopta esta perspectiva v. KAPLÁNOVÁ, Patrícia. Transnational democracy, legitimacy and the European Union. *Journal of Universal Excellence*, ano 4, n. 1, p. A52-A63, 2015.

8 Para muitos o liberalismo económico-financeiro ligado à globalização económica (remoção de barreiras ao comércio internacional e desregulação da economia) é uma expressão do neoliberalismo, mas estas associações genéricas e apressadas acabam sempre por revelar diversas inconsistências no plano teórico e dogmático – para uma visão global das divergências e dos pontos de contacto: STEGER, Manfred; ROY, Ravi. *Neoliberalism: A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press, 2010.

9 LEVI-FAUR, David. From “Big Government” to “Big Governance”. In: _____. *The Oxford Handbook of Governance*. [UK?]: Oxford University Press, 2012. p. 8-10.

impõe denominadores materiais mínimos ao poder público estadual, a *governance* pretende impor denominadores materiais mínimos ao poder global como forma de suprir o seu inevitável deficit democrático representativo.¹⁰

Se a democracia legitima o governo do povo, pelo povo e para o povo (é indissociável de uma cidadania legitimadora e destinatária do poder), a *governance* legitima a acção das novas estruturas burocráticas a qualquer nível (local, regional, nacional, supranacional e internacional). Na *governance global*, não estamos perante uma acção (termo que é aqui preferido ao de poder) que responde perante um povo-nação, mas sim perante uma acção que presta contas aos destinatários directos (que podem ser empresas, pessoas singulares, instituições políticas) e às estruturas dirigentes de cúpula que lhe deram vida e que são também elas estruturas jurídicas complexas, representativas de interesses nacionais. Assim, a *governance*, nas instituições intergovernamentais, suscita problemas específicos no campo do que alguns autores apelidam de especial forma de democracia: a *democracia intergovernamental*.¹¹

Em conclusão, podemos dizer que os dois *drivers* essenciais da *governance* – aqui na acepção de *democracia transnacional* ou democratização de instituições intergovernamentais e internacionais – são a *accountability* (a prestação de contas perante destinatários da acção e os agentes instituidores das entidades) e a *transparência* no sentido “federador” de informação, comunicação, participação e fundamentação.¹²

Apesar das “virtudes” apontadas à *governance*, percebemos que boa parte dos autores conclui que a mesma não tem capacidade para substituir a democracia ou aquilo que a legitimação democrática consegue prover: paz social e sentimento generalizado de legitimação da acção.¹³

Uma última acepção de *democracia transnacional* que nos falta tratar é a que designaremos como *democracia exportada*, ou seja, a tentativa de impor a outros sistemas políticos a adopção de formas democráticas de governo; algo que referimos no início a propósito do caso Haider e que mais tarde a Primavera Árabe mostrou ser um ensaio desastroso. Para além dos resultados a que conduziu, a tentativa de exportação do regime democrático europeu para sociedades complexas pôs também em evidência os *riscos* associados à exportação do modelo democrático. Importa não esquecer que os valores Ocidentais do liberalismo e da dignidade humana são o esteio da democracia e a tentativa de implementar um regime democrático em

10 Sobre o deficit democrático do direito internacional e os riscos que o mesmo apresenta para a democracia e as soberanias nacionais v. RABKIN, Jeremy. *Law without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

11 O estudo da democracia transnacional liga-se, neste caso, com o estudo das relações internacionais, em particular com a institucionalização de formas de cooperação estratégica através da proliferação de organismos intergovernamentais nas mais diversas áreas, da economia à segurança – o estudo da legitimação da acção destas entidades e do que muitos denominam como deficit democrático das mesmas consubstancia uma área cinzenta ou mista que designamos como democracia intergovernamental – sobre o tema v. GRIGORESCU, Alexandru. *Democratic Intergovernmental Organization?* New York: Cambridge University Press, 2015.

12 No mesmo sentido v. DELBRÜCK, Jost. Exercising Public Authority beyond the State: transnational democracy and/or alternative legitimation strategies. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 10, p. 29-43, 2003.

13 RON, Amit. Modes of democratic governance. In: LEVI-FAUR, David. *The Oxford Handbook of Governance*. [UK?]: Oxford University Press, 2012. p. 472-484.

Sociedades onde esses valores não estejam disseminados e internalizados – em particular em Sociedades onde a igual dignidade entre os Homens não é ainda um valor dominante – não permite a instituição de um sistema legítimo.¹⁴ A experiência mostrou também que o *cosmopolitismo* – outra das correntes que serve de suporte teórico à *democracia transnacional* assim como ao direito internacional e aos direitos humanos – é uma aspiração, mas não uma realidade.

3 A CRISE DA DEMOCRACIA

Esclarecidas as acepções possíveis de democracia transnacional, parece-nos importante fazer agora uma alusão, ainda que tópica e breve, aos que consideramos serem as *causas da crise da democracia*, desde as mais remotas – que estão associadas às mudanças no paradigma de organização social e filosófico no Ocidente – até às próximas – ligadas às transformações registadas nas instituições político-sociais e à evolução tecnológica.

No plano das *modificações estruturais* globais, começamos por assinalar a complexidade dos tempos recentes, patente na incapacidade de elaborar novos modelos de compreensão global da realidade como aqueles que encontramos na transição para a época moderna e o advento do capitalismo. Hoje a compreensão da realidade política é fragmentada e fragmentária e, apesar das inúmeras tentativas, não conseguimos encontrar uma teoria global que compreenda e sintetize a teoria política actual.¹⁵ Propostas como a *biopolítica* (apesar dos equívocos que a tese de Foucault acabaria por suscitar)¹⁶ ou a *sociedade em rede* de Manuel Castells,¹⁷ centrada no impacto que as novas tecnologias representam para as estruturas sociais e para a nova forma de capitalismo – o capitalismo informacional – são apenas dois exemplos de tentativas de recompreensão da realidade político-económica e social que não foram bem sucedidas.

Com efeito, o que caracteriza na contemporaneidade o desenvolvimento das ciências sociais são os *fenómenos políticos parciais*, como o *feminismo*, o *ambientalismo* ou o *trans-humanismo*, que, precisamente por serem parciais, conseguem construir com mais facilidade comunidades identitárias transnacionais

14 Como a doutrina bem destaca, a igualdade não é o esteio da democracia (a democracia visa legitimar o exercício do poder de governo nas sociedades), mas um regime democrático não depende apenas de esquemas formais como eleições livres e universais, ele precisa também de uma sociedade entrosada com a vida política, ou seja, onde exista acesso a informação e media assim como a garantia de direitos fundamentais: ERMAN, Eva; NÄSSTRÖM, Sofia. Introduction: in search of political equality. In: _____. *Political Equality in Transnational Democracy*. New York: Palgrave Macmillan, 2013. p. 1-15.

15 Neste sentido v. GOODIN, Robert. The state of the discipline, the discipline of the State. In: _____. *The Oxford Handbook of Political Science*. [UK?]: Oxford University Press, 2009. p. 3-57.

16 Na formulação que Foucault deu ao conceito no início do século XIX, a biopolítica era essencialmente a referência ao fenómeno de gestão política da vida humana, ou seja, para o autor, o Homem Ocidental passa a perceber a sua consciência de espécie (a espécie humana) e a necessidade de promover a respectiva preservação através da acção colectiva organizada (a política). Mais tarde, porém, sobretudo com a obra de Agamben, o conceito haveria de aparecer associado a conotações menos positivas ligadas a uma certa compreensão da acção política sobre as potencialidades da vida humana, o que poderia “justificar” intervenções de natureza eugénica. Isso não significa que não possamos encontrar também conotações positivas do termo, desenvolvidas por Esposito, para quem a biopolítica pode ser reconduzida a uma compreensão de Estado como organização política que não só tem um corpo (os cidadãos), mas também uma unidade espiritual que lhe garante unidade – sobre todas estas acepções v. CAMPBELL, Timothy; SITZE, Adam. *Biopolitics*. London: Duke University Press, 2013.

17 CASTELLS, Manuel. *Sociedade em Rede*. 4. ed. [S.l.]: Gulbenkian, 2012. (Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, v. 2).

que globalmente têm expressão social, apesar de, proporcionalmente, não terem depois expressão política significativa, se analisados individualmente em cada território dos Estados-nação.

Podemos afirmar que existe neste caso – nos fenómenos políticos parciais – o desenvolvimento de uma expressão representativa do social que cresce dia-cronicamente e de forma transnacional, distinguindo-se das *teorias reactivas*, que surgem em regra de forma diacrónica em um ou mais Estados-nação, mas como expressões paralelas de fenómenos político-sociais que apresentam continuidades identitárias entre si. É o caso do *estado de excepção* de Agamben (na esteira do pensamento de Schmitt) em resposta a crises ou ameaças sérias à organização política e que, em nome da capacidade de (re)acção do Estado, pode justificar uma concentração de poderes e uma redução das garantias jurídicas.¹⁸ Mas também do *juiz Hércules* de Dworkin, aquele juiz ideal a quem se poderia pedir que, para a decisão de cada caso, analisasse o direito escrito e os princípios no seu todo (*law as integrity*), e que, na verdade, é uma teoria normativa de reacção ao positivismo, que acaba depois por servir de lastro teórico aos activismos judiciais. E as mesmas críticas – de teorias reactivas da compreensão dos fenómenos sociais actuais – podem ser estendidas à *hospitalidade* de Derrida, que culmina com as dificuldades de execução de políticas de integração multicultural e os “excessos” dessas comunidades que a Europa procurou integrar.¹⁹

A incapacidade das teorias em abarcar de forma compreensiva a realidade actual é acompanhada da perda de significado e de relevância de alguns institutos jurídicos essenciais à matriz sociocultural ocidental e, em particular, europeia, como sucede com a passagem de um optimismo racional para uma *cultura de risco*²⁰ e de *medo*²¹⁻²², com a multiplicação das teorias da justiça²³, a transmutação dos bens públicos para bens económicos, a matização da limitação do poder na era da regulação, a emergência de experiências de regulação política alternativas ao contrato social, a passagem do direito internacional dos Estados ao direito internacional dos indivíduos e o aprofundamento do estudo da teoria dos jogos no campo das relações internacionais.

Não admira, pois, que todas estas transformações tenham levado os cidadãos a deixar de acreditar nas instituições e na própria política, assistindo-se a uma diluição dos esteios socioculturais no que Bauman apelida de “modernidade líquida.”²⁴

Todos estes fenómenos contribuem para a denominada *crise da democracia*, que é fundamentalmente uma *crise do modelo de democracia representativa*, o qual

18 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepção*. Lisboa: Edições 70, 2010.

19 Referimos, apenas a título ilustrativo, problemas como o casamento de menores na etnia cigana, a proibição do uso da burca em França e todos os casos do TEDH sobre o véu islâmico – para uma análise dessa jurisprudência v. RUIZ RUIZ, Juan José; ALÁEZ CORRAL, Benito. *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.

20 BECK, Ulrich. *A Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70, 2015.

21 SUNSTEIN, Cass. *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*. [UK?]: Cambridge University Press, 2005.

22 ACKERMAN, Bruce. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. USA: Yale University Press, 2007.

23 SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2013.

24 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. [Buenos Aires?]: Fondo de Cultura Económica, 2015.

é, de resto, indissociável da *crise das ideologias*. Arriscamos dizer que, desde a apresentação da “terceira via” de Guiddens,²⁵ as ideologias políticas não conseguem encontrar forma de se reinventar e adaptar à mudança. A política transforma-se em mera “arte de comunicar políticas”. Mais do que isso, deixa de se preocupar com o conteúdo – as ideias que pretende fazer valer na organização social – e centra-se na forma – *no marketing político* e na *propaganda*. Assistimos a uma superação da liderança pela popularidade e à substituição de estadistas por “bons actores e bons comunicadores”.

Apesar desta luta pela comunicação, os cidadãos apercebem-se da perda de poder real por parte das instituições políticas. Assistem a sucessivos episódios reveladores da incapacidade de os Estados se imporem perante as multinacionais, as organizações políticas internacionais ou os grupos terroristas, o que mina a sua confiança nas instituições políticas nacionais e abre um ciclo de enorme risco para as democracias, com a abstenção a chegar a cifras incalculáveis em quase todos os países ocidentais – votar porquê? votar para quê?

Também no plano económico o trabalho dependente cede lugar ao empreendedorismo e à terceirização, o que obriga a repensar e reestruturar a forma de garantir os direitos sociais que tradicionalmente estavam ligados às formas de organização colectiva do trabalho. E a “questão social” por resolver agrava-se à medida que o bem-estar se torna mais exigente e as pessoas aprisionadas nas cidades e sem comunidades de pertença e partilha ficam mais vulneráveis e dependentes da organização colectiva pública no contexto do que são as actuais formas de pobreza. Se somarmos a isto as novas comunicações utilizadas pela “geração Y”²⁶, baseadas em comunidades virtuais de pertença e partilha, perceberemos que este novo mundo global e digital de “proximidade baseada num clique” é afinal sinónimo de individualismos, solidões e desprotecção.

É neste contexto que emergem também novos movimentos políticos que procuram *referenciais culturais de partilha na proximidade*, dando origem a um recrudescimento dos nacionalismos e dos regionalismos que ameaçam o Estado-nação, a partir da sua base e de que a Catalunha (e outros movimentos semelhantes no plano europeu) é um exemplo.

Por último, os Estados ficam também fragilizados financeiramente, pois o aumento da despesa, que deveria ser assegurado pelo aumento da receita tributária, enfrenta dificuldades de efectivação em razão dos esquemas de planeamento fiscal agressivo – tema a que voltaremos mais à frente neste texto, quando tratarmos da *democracia transaccional*.

Em suma, acompanhamos as preocupações de Colin Crouch, quando o autor há mais de dez anos nos alertava para as consequências destes fenómenos económico-sociais, que, ao destruírem a estrutura de classes e substituírem o capitalismo mercantil e industrial por um capitalismo global e financeiro, minavam as

25 GIDDENS, Anthony. *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*. London: Polity, 1998.

26 Expressão utilizada por William Strauss e Neil Howe para designar a geração do milénio ou geração da internet, ou seja, aqueles que nasceram após 1980 e estão perfeitamente adaptados à revolução tecnológica. STRAUSS, William; HOWE, Neil. *Millennials Rising: The Next Great Generation*. USA: Random House, 2000.

bases da estrutura democrática estadual e, com isso, se nada fosse feito, impunham a passagem (o retrocesso) da democracia de massa e popular, tal como a tínhamos conquistado, para uma democracia de elites, ou seja, para o que ele qualifica como *pós-democracia*.²⁷ Na revisitação do tema em 2016, o autor imprime um tom ainda mais pessimista ao discurso, quando conclui que fenómenos como o TTIP, a crise do euro, a formação de empresas internacionais na área dos *media* sugerem que as forças que dominam a política são cada vez menos aquelas que elegemos de forma democrática e que a própria democracia não consegue reinventar-se e apresentar propostas ou soluções que resolvam o problema da *pós-democracia*.²⁸

4 AS “NOVAS ACEPÇÕES” DA DEMOCRACIA

A crise, decorrente dos fenómenos a que topicamente fizemos alusão, deu origem a diversas propostas de recompreensão do funcionamento dos sistemas democráticos, em particular através de tentativas de alargar as formas de participação democrática directa ou de generalizar a democracia deliberativa, em complemento da democracia representativa. Os resultados, com uma ou outra excepção, não são, a nosso ver, animadores.²⁹

Por ocasião da crise económico-financeira de 2008, surgiram diversos movimentos populares inorgânicos que apelavam aos princípios da democracia directa como forma de promover a justiça social em alternativa ao que consideravam ser os resultados desastrosos da desregulação dos mercados financeiros, em parte alcançados graças à passividade ou má gestão (em alguns casos com esquemas de corrupção) de governos eleitos a partir de sistemas representativos ilegítimos. Estas “redes sociais de indignados” – como o “Occupy Wall Street – OWS” dos EUA ou o “13m” em Espanha – revelaram que são capazes de alcançar protagonismo nos *media* e até impacto transnacional – no caso do movimento Occupy, que nasceu em Manhattan, surgiram depois expressões regionais em outras áreas do globo, como prova da sua capacidade de *branding* – mas não passam de “movimentos de contestação”,³⁰ incapazes de gerar respostas alternativas estruturadas (formas institucionais) que consigam entrar no sistema e modificar o rumo da história.

27 CROUCH, Colin. *Post-Democracy*. [UK?]: Polity Press, 2004.

28 CROUCH, Colin. The March Towards Post-Democracy: Ten Years On. *The Political Quarterly*, v. 87, n. 1, p. 71-75, jan./mar. 2016.

29 Diferente é o caso do direito de audição e participação administrativa em procedimentos respeitantes a projectos com efeitos transnacionais, como sucede desde logo com os projectos que têm impactos ambientais transfronteiriços, embora neste caso não estejamos perante um verdadeiro alargamento da democracia transnacional baseada no princípio da busca da comunidade política relevante para a decisão, mas apenas da obrigação de auscultar comunidades políticas lesadas por decisões de outras comunidades políticas, recorrendo, para o efeito, à mediação do Estado – Cf. Convenção de Espoo (Convenção sobre Avaliação dos Impactes Ambientais num Contexto Transfronteiriço) e o artigo 7.º/4 da Directiva 2011/92/UE relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente, na redacção dada pela Directiva n.º 2014/52/EU.

30 Apesar de integrarem pessoas muito diversas – de estudantes e professores universitários a profissionais e trabalhadores desempregados; de representantes de diversos movimentos como anarquistas, ambientalistas e feministas a representantes de diversas “tribos urbanas” como punks ou góticos – estes movimentos demonstraram não conseguir instituir formas de autogoverno, nem respostas duradouras. O relato escrito de um dos participantes no movimento Occupy, através do qual procurou dar protagonismo à corrente anárquica em que se filia prova que os objectivos destes “actores sociais” são afinal limitados e andam muito distantes de um projecto global de governo para sociedade – v. BRAY, Mark. *Translating Anarchy: The Anarchism of Occupy Wall Street*. [S.l.]: Zero Books, 2013.

É verdade que estes movimentos deram um contributo importante na denúncia e consciencialização geral de que a desigualdade económico-social tinha aumentado de forma excessiva no Ocidente nos últimos anos e que a globalização e a desregulação financeira estavam a contribuir de forma determinante para este resultado,³¹ mas é também verdade que as breves formas de institucionalização que alcançaram – referimo-nos em especial ao partido político “Podemos” em Espanha – rapidamente demonstraram que afinal estes *newcomers* utilizavam as mesmas estratégias e incorriam nos mesmos erros que os partidos políticos tradicionais: financiamentos ilegais, corrupção, fraude.

Estes movimentos lembraram “o colectivo” do que há muito já se sabia: a *democracia directa* apenas pode ter efectividade e virtualidades se surgir em forma de expressões orgânicas e institucionalizadas, no contexto do que actualmente se denomina como *reforço da participação*. São exemplos de sucesso neste domínio institutos como os orçamentos participativos municipais, que alocam uma parte das suas verbas a projectos propostos e votados pela população eleitora daquela circunscrição municipal.

Também as experiências da *cyber-democracia* não colhem o nosso entusiasmo. Sem querer negar as virtudes da *sociedade do conhecimento*, afigura-se-nos utópico que possamos transitar para um modelo de desenvolvimento totalmente baseado no conhecimento e na inovação, segundo o qual o diálogo entre o local e o global através das novas tecnologias irá também levar a novas formas de organização político-social, assentes nas tecnologias de informação e comunicação e no investimento privado em prol do bem comum (a *cyber-democracia*).³²

De resto, as experiências de *e-government* um pouco por todo o mundo mostram que este domínio de associação entre as novas tecnologias e os serviços públicos é fundamental para alcançar ganhos de eficiência, aumento da qualidade dos serviços e do bem-estar dos cidadãos, mas, ao mesmo tempo, apresenta alguns *riscos* nesta fase de transição, pois a iliteracia informática é responsável pela exclusão social dos mais velhos e dos mais pobres e, em muitos casos, a intermediação informática é também geradora de individualismos que fazem perigar a capacidade de reivindicação dos utentes dos serviços públicos. Acompanhamos assim as preocupações que Cass Sunstein expressou em 2009, quando alertou para a diferença entre cidadãos e consumidores e o modo como a intermediação da tecnologia e das redes sociais nos serviços públicos pode conduzir a uma diluição da cidadania e dos códigos culturais da democracia.³³

Isso não significa, porém, que desprezemos por completo as propostas que vão surgindo no contexto da substituição dos modelos burocráticos por novas formas de gestão e governo que explorem os benefícios da tecnologia, como as “*wiki-based government*” (instituição de ecossistemas de decisão colaborativa que permitam

31 Entre a muita literatura sobre o tema permitimo-nos destacar STIGLITZ, Joseph E. *O Preço da Desigualdade*. Lisboa: Bertrand, 2013.

32 Sobre o tema v. CARAYANNIS, Elias G.; CAMPBELL, David F. J.; EFTHYMIPOULOS, Marios Panagiotis. *Cyber-Development Cyber-Democracy and Cyber-Defense*. New York: Springer, 2014.

33 SUNSTEIN, Cass. *Republic.com 2.0*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

a todos os que têm interesse e *expertise* participar e melhorar o sistema)³⁴ ou os “*peer-to-peer governance experiences*” (regimes de decisão colaborativa onde as decisões são tomadas de forma colectiva e democrática e que estão na base do desenvolvimento de sistemas informáticos como o LINUX).³⁵

Uma nota adicional ainda sobre a *informatização* e a *simplicificação* da acção governativa para destacar outros *riscos* que são indissociáveis deste fenómeno, como: *i*) o elevado volume de informação que é gerada e que precisa de ser correctamente protegida;³⁶ *ii*) a informação qualificada (segredos e reservas) que exige cuidados acrescidos em matéria de protecção; e *iii*) a eliminação de trâmites procedimentais e a introdução de automatismo que podem afectar a justiça dos resultados.³⁷

Por último, parece-nos importante incluir entre as “novas tendências” da democracia aquilo que nos parece configurar um meio de *legitimação das decisões pelos resultados* através do alargamento das formas de controlo da actividade governativa e administrativa. Em primeiro lugar, esse alargamento do controlo centrou-se na constituição de novas jurisdições onde os interessados podem demandar o Estado pelos actos decorrentes de qualquer das suas instituições, incluindo as decisões judiciais nacionais – é o que sucede com o controlo do TEDH, quando julga questões como a demora das instâncias nacionais na emissão de uma decisão judicial ou a implementação de uma medida tributária como a contribuição extraordinária de solidariedade. No fundo, queremos com esta alusão destacar que, se por um lado o sistema internacional de garantia dos direitos humanos é, em si, uma forma de garantia da democracia, por outro, este sistema, na medida em que é fundamentalmente assegurado por tribunais internacionais, cujos juízes não são eleitos, acaba por ter, ele próprio, um certo déficit democrático, que há-de ser compensado através do procedimento de decisão (julgamento) destas instâncias.³⁸ Sucede que, muitas vezes, esta autocontenção na decisão depende dos próprios juízes e nem sempre encontra respostas adequadas.

Em segundo lugar, os tribunais tendem também a aumentar o seu poder de interferência com a acção governativa no contexto das denominadas *affirmative actions*, acabando por, em nome da protecção devida às minorias com o intuito de neutralizar discriminações históricas, impor saltos civilizacionais que o sistema

34 Sobre a implementação deste tipo de projectos na Casa Branca v. NOVECK, Beth Simone. *Wiki Government: How Technology Can Make Government Better, Democracy Stronger, and Citizens More Powerful*. [S.l.]: Brookings Institution Press, 2009.

35 Neste sentido v. BASTICK, Zach. *Digital Limits of Government: The Failure of E-Democracy*. In: PAULIN, Alois A.; ANTHOPOULOS, Leonidas G.; REDDICK, Christopher G. *Beyond Bureaucracy: Towards Sustainable Governance* Informatisation. [S.l.]: Springer, 2017. p. 3-14.

36 Não se trata apenas de combater fenómenos patológicos como o caso Snowden, mas sim de compreender que toda a informatização de dados pessoais e administrativos cria novas e inevitáveis vulnerabilidades que ameaçam também a democracia. É nesse sentido que, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou inválida a Decisão 2000/520, adoptada pela Comissão Europeia (que reconhecia a adequação dos International Safe Harbor Privacy Principles), ao abrigo da qual empresas como o Facebook e a Apple transferiam o armazenamento de dados pessoais de cidadãos europeus para os EUA (cf. Proc. C-362/14).

37 Cass Sunstein alerta para estes problemas em SUNSTEIN, Cass. *Simpler: The Future of Government*. New York: Simon & Schuster, 2013.

38 Sobre o tema v. BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*. [UK?]: Oxford University Press, 2014.

democrático não estaria preparado para assumir.³⁹ Na Europa, estas questões colocam-se fundamentalmente quanto à igualdade de género.⁴⁰

Finalmente, a instituição de controlos internos e intermédios, assim como controlos independentes, com especial incidência sobre as áreas económicas, financeiras e de despesa pública colocam também inúmeras questões sobre o que é e quais os limites que devem ser apontados à responsabilidade tecnocrática e aos guardiões de políticas sectoriais, que não dispõem de legitimidade democrática directa. Um tema a que a regulação económica e os poderes das entidades reguladoras é igualmente reconduzível. No fundo, a questão essencial é a de saber se estes controlos ajudam ou prejudicam a democracia.

5 A DEMOCRACIA TRANSACCIONAL

O conjunto de reflexões mais ou menos avulsas que fomos convocando não ficaria completo sem uma referência ao possível sentido da *democracia transaccional*. Após uma pesquisa na literatura, concluído que esta apenas cuidava dos termos *democracia negociada* (*negotiated democracy*) e *democracia comercializada* (*traded democracy*). A primeira, uma expressão utilizada para qualificar os sistemas onde a instituição de um regime democrático, assente na democracia representativa de base popular, não é possível ou não estão ainda reunidas as condições para a sua implementação e por isso é necessário encontrar *formas transitórias de governo* baseadas em pactos de regime entre representantes dos diversos sectores da sociedade – algo particularmente comum em fases de transição de regime ditatoriais para democracias ou de nações em guerra para Estados em construção. A segunda para qualificar o défice democrático no contexto da política de comércio internacional. Não sendo nenhum destes o sentido que queremos cunhar para a expressão *democracia transaccional*, ficámos então com maior espaço para uma reflexão autónoma sobre os sentidos possíveis para o conceito de *democracia transaccional*.

E a nossa primeira ideia foi associar a democracia transaccional àquelas situações em que *cidadãos de um espaço de integração económica e financeira pactuam entre si instituir um regime económico-financeiro predatório das receitas tributárias dos outros Estados*, como sucede nos paraísos fiscais e em todos os regimes jurídico-legais que têm como objectivo obter mais receitas à custa da perda de receita ocasionada a outros Estados. No fundo, a nossa questão reconduzia-se ao problema da legitimidade destes regimes: será a democracia apenas um sistema de legitimação a partir da expressão da vontade da maioria ou deve ter

39 De sublinhar que esta não é, contudo, uma tendência especialmente visível no bloco Europeu e sobretudo em Portugal, onde os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional em particular têm revelado prudência no uso deste instrumento no julgamento de temas como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o aborto ou a eutanásia.

40 Na jurisdição do Tribunal de Justiça o destaque vai para os casos Kalanke (C-450/93) e Marschall (C-409/95) e para a Directiva n.º 76/207/CEE, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, posteriormente substituída pela Directiva n.º 2006/54/CE. Portugal tem igualmente adoptado diversa legislação onde impõe quotas para mulheres ou regras sobre a paridade de género no acesso a certos cargos. Sobre o tema em geral v. GERAPETRITIS, George. *Affirmative Action Policies and Judicial Review Worldwide*. [S.l.]: Springer, 2016.

denominadores éticos em matéria política, semelhantes ou equivalentes aos que decorrem do sistema de direitos fundamentais?

Este tema chegou a ser afluado no debate público europeu por ocasião do caso *Lux Leaks*, que deu publicidade aos acordos fiscais (esquemas de evitação fiscal) celebrados entre o Governo Luxemburguês (à data presidido por Jean-Claude Juncker) e diversas empresas multinacionais, ao abrigo dos quais estas podiam beneficiar de um regime fiscal de baixa tributação naquele país, ao mesmo tempo em que evitavam o pagamento de impostos em outros Estados-membros da União Europeia. Na altura, a questão formulava-se do seguinte modo; pode a construção de uma cidadania europeia fazer-se sobre esta base política?

Em segundo lugar, também a *regulação do comércio internacional a nível Europeu, assim como a protecção do investimento estrangeiro* suscitam questões atinentes com a construção de uma democracia europeia. Quando diversos Estados-membros contestam judicialmente (nas jurisdições internas e europeia) a negociação do TTIP e celebram entre si, à revelia das orientações da Comissão Europeia, acordos bilaterais de protecção do investimento, que tipo de integração política e de cidadania está aqui subjacente? São estes diferendos solucionáveis no quadro de uma transacção política? É este mais um dos sentidos possíveis da democracia transaccional?

E no plano global a complexidade é ainda maior. Quando pensamos nas negociações do Acordo de Paris e naquilo que alguns Estados estão dispostos a oferecer a outros em troca da redução das emissões será isso igualmente uma forma de democracia transaccional? Quer isto dizer que a cidadania política compreende não apenas uma dimensão de escolha comunitária, mas também uma dimensão de pacto entre comunidades diferentes?

Por último, será a cidadania hoje um bem económico transaccionável? É isso que resulta dos regimes legais de autorização de residência para actividade de investimento (os denominados *vistos gold* previstos no artigo 90.º-A da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português) e do regime fiscal do residente não habitual (artigos 16.º e 72.º do código do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares)? É esta também uma nova acepção da democracia, da democracia transaccional?

Na verdade, pareceu-nos que o tema da *democracia transaccional* apresenta diversas possibilidades de reflexão que podem e devem ser explorados, em particular no contexto do estudo dos princípios e dos valores que limitam e balizam a acção pública.

6 NOTAS FINAIS

Termino lembrando que o nosso propósito com esta breve comunicação não era visitar as teorias da democracia, nem da construção do Estado ou da ciência política, nem tão-pouco fazer uma análise e um diagnóstico do funcionamento dos regimes democráticos e das premissas teóricas ou da filosofia política sobre as quais os mesmos repousam. O nosso objectivo era em verdade pouco ambicioso,

limitando-se – como ficou patente – a lançar tópicos de reflexão e debate a propósito (alguns talvez mesmo a pretexto) do conceito de democracia transnacional (e/ou transaccional).

Talvez por isso não tenhamos uma nota conclusiva para apresentar, mas apenas duas convicções pessoais para partilhar: a primeira é a de que a democracia é sinónimo de *liberalismo*,⁴¹ na medida em que pressupõe (baseia-se em) igualdade entre os indivíduos sem lhes impor qualquer projecto comunitário; a segunda é a de que este é o melhor regime em que podemos aspirar a viver, pois é nele que podemos exercer plenamente a liberdade natural, deixando-nos “influenciar” apenas por aquilo em que confiamos, e por isso devemos temer e olhar com alguma desconfiança para os “novos comunitarismos” que espreitam em nome do ambiente, da igualdade social paternalista, da trans-humanidade, da cibernética...

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. USA: Yale University Press, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepção*. Lisboa: Edições 70, 2010.
- BASTICK, Zach. *Digital Limits of Government: The Failure of E-Democracy*. In: PAULIN, Alois A.; ANTHOPOULOS, Leonidas G.; REDDICK, Christopher G. *Beyond Bureaucracy: Towards Sustainable Governance Informatisation*. [S.l.]: Springer, 2017. p. 3-14.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. [Buenos Aires?]: Fondo de Cultura Económica, 2015.
- BECK, Ulrich. *A Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70, 2015.
- BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*. [UK?]: Oxford University Press, 2014.
- BRAY, Mark. *Translating Anarchy: The Anarchism of Occupy Wall Street*. [S.l.]: Zero Books, 2013.
- CAMPBELL, Timothy; SITZE, Adam. *Biopolitics*. London: Duke University Press, 2013.
- CARAYANNIS Elias G.; CAMPBELL, David F. J.; EFTHYMIOPOULOS, Marios Panagiotis. *Cyber-Development Cyber-Democracy and Cyber-Defense*. New York: Springer, 2014.

41 Concordamos inteiramente com o nm Pierre Manent quando o autor termina as suas “Dez Lições” sobre a história intelectual do liberalismo com a referência a Tocqueville não porque – como ele expressamente afirma – “ com ele [Tocqueville] termina a história intelectual do liberalismo, mas sim porque ele formulou o problema das sociedades liberais de forma mais ampla e mais profunda (...) O projecto democrático coloca o homem numa estranha posição. Em primeiro lugar, ele atribui-lhe uma soberania muito exaltada, em virtude da qual deve reconduzir à igualdade natural todas as «influências» pelas quais os homens agem uns sobre os outros. Mas essa soberania é, ao mesmo tempo, muito humilde: ignora o que o homem fará da sua liberdade natural reconquistada” – MANENT, Pierre. *História Intelectual do Liberalismo: Dez Lições*. Tradução de Jorge Costa. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 209.

- CASSAGNE, Juan Carlos. *El Estado populista*. Buenos Aires: Editorial B., 2017.
- CASTELLS, Manuel. *Sociedade em Rede*. 4. ed. [S.l.]: Gulbenkian, 2012. (Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, v. 2).
- CROUCH, Colin. *Post-Democracy*. [UK?]: Polity Press, 2004.
- _____. *The March Towards Post-Democracy: Ten Years On*. *The Political Quarterly*, v. 87, n. 1, p. 71-75, jan./mar. 2016.
- DELBRÜCK, Jost. *Exercising Public Authority beyond the State: transnational democracy and/or alternative legitimation strategies*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 10, p. 29-43, 2003.
- ERMAN, Eva; NÄSTRÖM, Sofia. *Introduction: in search of political equality*. In: _____. *Political Equality in Transnational Democracy*. New York: Palgrave Macmillan, 2013. p. 1-15.
- GERAPETRITIS, George. *Affirmative Action Policies and Judicial Review Worldwide*. [S.l.]: Springer, 2016.
- GIDDENS, Anthony. *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*. London: Polity, 1998.
- GOODIN, Robert. *The state of the discipline, the discipline of the State*. In: _____. *The Oxford Handbook of Political Science*. [UK?]: Oxford University Press, 2009. p. 3-57.
- GRIGORESCU, Alexandru. *Democratic Intergovernmental Organization?* New York: Cambridge University Press, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. *Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible*. *European Law Journal*, v. 21, n. 4, p. 546-557, July 2015.
- JAMES, Anderson. *Transnational Democracy: Political Spaces and Border Crossings*. London: Routledge, 2002.
- KAPLÁNOVÁ, Patrícia. *Transnational democracy, legitimacy and the European Union*. *Journal of Universal Excellence*, ano 4, n. 1, p. A52-A63, 2015.
- KÖCHLER, Hans. *The European Constitution and the Imperatives of Transnational Democracy*. *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, p. 88-101, 2005.
- LEVI-FAUR, David. *From “Big Government” to “Big Governance”*. In: _____. *The Oxford Handbook of Governance*. [UK?]: Oxford University Press, 2012. p. 8-10.
- MANENT, Pierre. *História Intelectual do Liberalismo: Dez Lições*. Tradução de Jorge Costa. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 209.
- MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism: A Very Short Introduction*. [UK?]: Oxford University Press, 2017.

- NOVECK, Beth Simone. Wiki Government: How Technology Can Make Government Better, Democracy Stronger, and Citizens More Powerful. [S.l.]: Brookings Institution Press, 2009.
- RABKIN, Jeremy. Law without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- RON, Amit. Modes of democratic governance. In: LEVI-FAUR, David. The Oxford Handbook of Governance. [UK?]: Oxford University Press, 2012. p. 472-484.
- RUIZ RUIZ, Juan José; ALÁEZ CORRAL, Benito. Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.
- SEN, Amartya. A Ideia de Justiça. Coimbra: Almedina, 2013.
- STEGER, Manfred; ROY, Ravi. Neoliberalism: A Very Short Introduction. New York: Oxford University Press, 2010.
- STIGLITZ, Joseph E. O Preço da Desigualdade. Lisboa: Bertrand, 2013.
- STRAUSS, William; HOWE, Neil. Millennials Rising: The Next Great Generation. USA: Random House, 2000.
- SUNSTEIN, Cass. Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle. [UK?]: Cambridge University Press, 2005.
- _____. Republic.com 2.0. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- _____. Simpler: The Future of Government. New York: Simon & Schuster, 2013.

SISTEMA DE GOVERNO SEMIPRESIDENCIAL* SEMIPRESIDENTIAL SYSTEM OF GOVERNMENT

Vitalino Canas**

RESUMO

O sistema semipresidencial desafiou os modelos parlamentares e presidenciais clássicos. Neste trabalho, argumento que o sistema semipresidencial não é um sistema híbrido ou misto de governo. É um *tertio genus*. MAURICE DUVERGER foi o primeiro cientista político que alcançou a visão clara de sua singularidade. Não obstante, quando ele começou a construir o novo conceito, não havia evidências claras de sua autonomia científica. Somente depois da Constituição Portuguesa de 1976 e da terceira onda de constituições semipresidenciais, MAURICE DUVERGER obteve evidências sólidas do acerto de sua defesa do sistema semipresidencial como algo diferente dos sistemas clássicos de governo. No entanto, como se argumenta no presente trabalho, a definição *duvergeriana* do sistema semipresidencial deve ser revisada. Além disso, algumas outras definições populares devem ser rejeitadas por sua abrangência. *Sistema semipresidencial é o sistema de controles mútuos entre três órgãos políticos com legitimidade fungível e poderes políticos efetivos, incluindo o poder parlamentar de demitir o governo.*

ABSTRACT

The semipresidential system challenged the classic parliamentary and presidential models. In this work I argue that the semipresidential system is not a hybrid or a mixt system of government. It is a *tertio genus*. MAURICE DUVERGER was the first political scientist that reached the clear vision of its distinctiveness. Notwithstanding, when he started to build on the new concept there was no clear evidence of its scientific autonomy. Only after the Portuguese Constitution of 1976 and the third wave of semipresidential constitutions MAURICE DUVERGER got sound and solid evidence of the correctness of its advocacy of the semipresidential system as something different from the classical systems of government. However, as it is argued in the present work the *duvergerian* definition of *semipresidential system* must me revised. Also, some other popular definitions must be rejected for their broadness. *Semipresidential system is the system of mutual checks and balances*

* Escrevemos pela primeira vez sobre o sistema semipresidencial em 1982 (“A forma de governo semi-presidencial e suas características”). Procedemos regularmente a atualizações, designadamente em 1992 (*Preliminares do estudo da Ciência Política*), 1998 (“Sistema semipresidencial”), 2004 (“The semi-presidential system”) e 2007 (“Reler Duverger: O sistema de governo semipresidencial ou o triunfo da intuição «científica»”). Em 2018, várias décadas volvidas, inúmeros casos de semipresidencialismo experimentados, extensa reflexão publicada, continua a não se impor uma revisão de fundo, mas apenas alguns ajustamentos e atualizações. É isso que ora fazemos para o público brasileiro.

**Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

between three political bodies with fungible legitimacy and effective political powers, including the parliamentary power of dismissing the government.

1 NO INÍCIO: A INCONTORNABILIDADE DA DICOTOMIA PARLAMENTAR/PRESIDENCIAL

Como sistema de governo¹ conceptualmente distinto dos restantes, o sistema semipresidencial ainda hoje não é unanimemente aceite. Persiste na doutrina uma relevante corrente no sentido de o diluir num dos dois sistemas clássicos, o parlamentar ou o presidencial.² Em períodos mais recuados podia até falar-se de abordagens inamistosas, designadamente no ambiente francês.³

O que não deixa de se compreender: aqueles dois sistemas tenderam a ser considerados durante muito tempo modelos de organização político-constitucional – e de funcionamento – paradigmáticos, exercendo, desde que concebidos na Inglaterra e nos Estados Unidos, uma força de atração que determinou que todas as experiências que se aventurassem fora do esquema normal fossem tomadas como meras derivações ou tentativas de aperfeiçoamento daqueles sistemas padrão ou como experimentalismos excêntricos, votadas ao insucesso.

O sistema parlamentar, paciente e demoradamente arquitetado em Inglaterra, revelara-se de adaptabilidade desigual noutros Estados do continente europeu. A França, seguida de outros países (entre os quais Portugal), adoptou-o em várias ocasiões, incorrendo sempre em alguma dose de instabilidade governativa resultante do princípio «todo o poder ao Parlamento». Portugal conhece essa instabilidade ainda no tempo da monarquia, mas ela prolonga-se dramaticamente na I República, enquadrada por uma Constituição – a de 1911 – aderente ao modelo parlamentar de assembleia.

Num mundo em evolução, com a irrupção de cada vez mais polarizados interesses, com o enterro definitivo da velha ordem, com as crises económicas do capitalismo, no início do século XX, ficou demonstrado que o modelo parlamentar puro, salvo raras exceções, tinha elementos estruturais propícios à exposição das instituições políticas a conjunturas volúveis e não tinha defesas suficientes para resistir a adulterações e a instabilidades.

O sistema presidencial, pelo seu lado, também não dava garantias inequívocas de adaptabilidade e de satisfação do desejo de estabilidade governativa. As condições em que este surgira nos Estados Unidos e em que se tornara maduro

- 1 A aceção de «sistema de governo» implícita no presente texto reconduz-se *grasso modo* à que encontramos em: SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O Sistema de Governo Português*. 4. ed. p. 9; MIRANDA, Jorge. *Ciência Política*. Lisboa, 1992, p. 128 et seq.; CANAS, Vitalino. *Preliminares do Estudo da Ciência Política*. p. 87-78. Nesta aceção, o conceito de sistema de governo recobre a organização, o funcionamento e a inter-relação dos órgãos políticos de uma determinada entidade politicamente relevante, podendo ser estudado, segundo os pontos de vista jurídico ou fáctico.
- 2 Um bom exemplo da angústia intelectual provocada pelas experiências constitucionais inovatórias e pela dúvida sobre se seriam ou não manifestações de tipos novos de sistemas de governo é-nos fornecido pelas longas páginas que Karl LOEWENSTEIN dedica à Constituição da V República francesa pouco tempo depois da revisão de 1962: cfr. *Teoria de la Constitución*. Tradução castelhana de *Verfassungslehr*. reimpr. da 2. ed. 1982. p. 117 et seq.
- 3 V. por exemplo, o que Maurice Duverger escreve sobre a doutrina francesa em “Le concept de régime semi-présidentiel”, p. 7, confirmado por Olivier Duhamel, “Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel”, p. 581; parafraseando Jean Gicquel, «o regime semipresidencial não tem boa imprensa entre os constitucionalistas franceses».

eram manifestamente diferentes das condições típicas da Europa. Afirmados numa revolta mais contra uma potência colonial do que contra a instituição monárquica, os Estados Unidos puderam aderir sem dificuldade (embora com apaixonados debates) a um sistema de governo que tem no seu vértice uma instituição muito parecida com a instituição monárquica. O Presidente da União, pelo menos no figurino inicial imaginado pelos constituintes de Filadélfia – menos intervencionista do que é hoje – não deixa de oferecer semelhanças visíveis com o monarca, tal como visto à época na antiga potência colonial, a Inglaterra.

Na Europa, os sistemas de governo faziam-se com um Rei ou depois do derrube do Rei. Em nenhum desses casos havia ambiente para um sistema presidencial, pelo que no máximo haveria espaço para um presidencialismo de primeiro-ministro, para utilizar uma expressão de ressonâncias modernas,⁴ ou de chanceler, se quisermos adequar a terminologia à experiência alemã do período de Bismark.

Além disso e talvez mais decisivo, a homogeneidade social e ideológica que caracterizava e, *malgré tout*, ainda caracteriza a sociedade norte-americana, bem como o seu peculiar sistema de partidos, sem paralelo na Europa, permitem que um sistema de separação quase absoluta de poderes, como o presidencial, funcione sem bloqueios permanentes. Ora, qualquer tentativa de implantar o sistema presidencial de tipo norte-americano no continente europeu ver-se-ia certamente condenada a um bloqueio permanente, resultante da impossibilidade de dois órgãos possuidores de legitimidades de valor facial idêntico, mas obtidas em eleições e momentos distintos ou por atores político-ideologicamente desavindos, chegarem ao grau de colaboração exigível para que o sistema funcionasse.⁵

4 Recuperada por Adriano Moreira para o léxico político português (MOREIRA, Adriano. O regime: presidencialismo do Primeiro-Ministro. In: COELHO, Baptista (Org.). *Portugal: o sistema político e constitucional, 1974-1987*. Lisboa: Universidade de Lisboa. p. 31 et seq.)

5 Compreende-se assim a síntese de Giovanni Sartori (SARTORI, Giovanni. Elogio del semipresidencialismo. *Rivista italiana di scienza politica*, v. 25, n. 1, p. 6, 18, abr. 1995), quando, advogando a superioridade do sistema semipresidencial, explica que, enquanto o sistema presidencial puro é uma estrutura predisposta ao bloqueio, sobretudo em caso de maiorias distintas na presidência e no parlamento, o semipresidencialismo incorpora uma solução para o evitar, baseada na «alternância das cabeças». V. também *La forma di governo semi-presidenziale: profili metodologici e circolazione del modello francese in Europa centro-orientale*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 195. No entanto, tenha-se em conta que Sartori parece não dar relevância à distinção conceitual entre sistema presidencial e sistema presidencialista. Ora, essa distinção justifica-se cfr. sobre os sistemas presidencialistas (MOULIN, Richard. *Le presidentialisme et la classification des régimes politiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978). Temos utilizado a expressão sistema presidencialista para designar o sistema em que o chefe do estado, legitimado por sufrágio popular, detém poderes legislativos e/ou controla o governo, podendo ainda, eventualmente, ter poder de dissolução do parlamento. Desse modo, pode dizer-se que há uma hipertrofia dos poderes presidenciais, proporcionando ao seu titular um domínio sobre os outros órgãos. É discutível se se trata de uma mera deformação do sistema presidencial, de um sistema misto, reunindo componentes desse e do parlamentar, ou de uma categoria pura. Essa discussão acaba por evoluir por estradas idênticas às que são percorridas pela discussão sobre a natureza do sistema semipresidencial. E não falta quem, como Sartori, confunda os dois. Não é o caso, por exemplo, de Jorge Miranda. Embora em “Governo (Formas e sistemas de)”, *Enciclopédia Polis*, 3º vol., col. 86, aluda a «sistema presidencial impuro» e não a sistema presidencialista, não chega a haver desacordo entre o que escrevemos e a opinião do autor, uma vez que se afigura que a sua designação é apenas para as situações em que com o presidente coexistem ministros com poderes próprios mas sujeitos às suas orientações. Aí pode aceitar-se que há meramente um sistema presidencial impuro, uma vez que não há uma alteração substancial nas relações entre presidente e assembleia parlamentar. Quando o presidente detém também, direta ou indiretamente (por intermédio de um governo submetido ao seu controlo), competências legislativas e outras que lhe permitam quebrar o equilíbrio institucional em seu benefício, como o poder de dissolução do parlamento, então sim haverá presidencialismo. Voltando a Sartori, a indistinção entre os sistemas presidenciais e os sistemas presidencialistas é visível em Sartori (SARTORI, Giovanni. *Ingegneria costituzionale comparata*, Bolonha: il Mulino, 1995) particularmente no mapa da p. 188, onde os junta, sem distinguir. Mas, se é verdade que aquela síntese adere bem às características dos sistemas presidenciais onde, por definição, se pretende um equilíbrio de poderes, com separação mais ou menos rígida, entre presidente e parlamento, a mesma síntese só em casos excepcionais poderá valer para os sistemas presidencialistas. Nestes, há a tendência para um desequilíbrio de poder a favor do chefe do estado, o qual dispõe, normalmente, de instrumentos que lhe permitem resolver a seu favor situações de bloqueio ou de conflito com outro órgão político.

Habitual laboratório europeu dos sistemas políticos, a França cumpriu a sua função de demonstrar que o sistema presidencial de tipo norte-americano não funciona do lado de cá do Atlântico: a reviravolta de Luis Napoleão selou essa demonstração.⁶

Ainda no século XIX encontramos protótipos de modelos que contêm já o germe do princípio que constituirá a coluna vertebral conceitual do sistema semi-presidencial, como o chamado sistema parlamentar de Orleães, que colhe o seu nome da fórmula adotada em França entre 1830 e 1848 pela Carta Constitucional de 14 de Agosto de 1830.⁷

Mas é no início do século XX que despontam as primeiras tentativas de superação da dicotomia parlamentar/presidencial, de modo a encontrar um sistema «mais aplicável», para utilizar a expressão de SARTORI.⁸ No período entre as duas guerras surgem as Constituições alemã (de Weimar) e finlandesa,⁹ de 1919, a Constituição austríaca de 1920 (alterada em 1929) e a Constituição irlandesa de 1937. Pouco mais tarde, é aprovada a Constituição islandesa de 1944.¹⁰

O que tornava estes textos diferentes no plano do sistema dos órgãos políticos? Essencialmente, a repartição de competências políticas relevantes, algumas de exercício livre – ou seja, não condicionadas pela intervenção de outro órgão –, entre três órgãos e não dois como é timbre dos sistemas parlamentar e presidencial. O sistema parlamentar confia a gestão política ao conjunto formado pelo parlamento e pelo governo, desempenhando o chefe do estado (monarca, presidente) uma função pouco mais que honorífica, mesmo que nominalmente disponha de importantes poderes; o sistema presidencial obriga à negociação quotidiana entre o chefe do estado (presidente) e o parlamento com vista à decisão política. Em cada um destes sistemas, há dois órgãos centrais, politicamente ativos e determinantes, que possuem competências exercidas sem o concurso do outro. O equilíbrio que se estabelece entre eles varia de caso para caso, sendo até possível um desequilíbrio a favor de um dos órgãos, como sucede no chamado sistema parlamentar de assembleia (a favor do parlamento) ou no sistema parlamentar de gabinete britânico (a favor do gabinete e, dentro deste, do primeiro-ministro).

Ora, nas Constituições acima referidas sobressaia um elemento novo: a emergência de um terceiro polo de decisão, com legitimidade própria, investido de reais funções políticas, detentor de competências que lhe permitiam participar

6 A Constituição francesa, de 4 de Novembro de 1848 (II República), consagrou um sistema presidencial. Mas em 2 de Dezembro de 1851 o Presidente eleito, Luis Napoleão, sobrinho de Napoleão Bonaparte, protagonizou um golpe de Estado que se traduziu no regresso às instituições políticas do I Império. O próprio Luis Napoleão tornar-se-ia, em 1852, Napoleão III, por vontade popular expressa em plebiscito. Horst BAHRO, “A influência de Max Weber na Constituição de Weimar e o semipresidencialismo português...”, p. 780, faz uma sugestão interessante (citando Klaus von BEYME): o sistema de governo da II República francesa seria semipresidencial e não presidencial como se defende no texto.

7 Duverger (DURVEGER, Maurice). *Xeque mate*. Tradução port. de L’echec au roi. Lisboa: Edições Rolim, 1978. p. 142), sustenta que este sistema inspirou a Constituição francesa de 1958, antes da revisão gaulista de 1962.

8 SARTORI, Giovanni. Elogio del semipresidencialismo. *Rivista italiana di scienza politica*, v. 25, n. 1, p. 19, abr. 1995.

9 Falamos de Constituição finlandesa apenas por comodidade de expressão, uma vez que até recentemente não havia Constituição em sentido instrumental, mas um conjunto de leis constitucionais, originariamente publicadas em 1919, 1922 e 1928, substituídas por um texto constitucional único apenas em 2000.

10 Eventualmente também a Constituição espanhola de 1931 (LINZ, Juan J. Presidential or Parliamentary Democracy: Does it make a difference? In: LINZ, Juan J.; VENEZUELA, Arturo (Org.). *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, p. 56 et seq., 1994 / NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo: o sistema semipresidencial português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, p. 95).

no jogo dos equilíbrios políticos. Não se tratava de uma simples remaquiagem de um dos sistemas já existentes: nem simplesmente se recauchutava o sistema parlamentar, subtraindo ao parlamento ou ao governo competências que classicamente lhes cabiam, nem simplesmente se mitigava o sistema presidencial dando menos competências ao presidente.

Ao chefe do estado (em regra, um presidente) confiava-se um acervo de competências que, no seu conjunto, configuravam uma função diferente das tradicionalmente exercidas por cada um dos órgãos integrantes daqueles dois sistemas: uma função arbitral, de controlo ou niveladora, que atuava como uma espécie de almofada de absorção de choques ou de neutralização de curto-circuitos no sistema. Se isso não fosse suscetível de levar a confusões com as doutrinas de BENJAMIN CONSTANT, seria quase irresistível falar de um poder moderador do chefe do estado. A nomeação e destituição do primeiro-ministro e dos membros do governo, a dissolução do parlamento, o veto dos diplomas do parlamento e do governo, o poder de bloquear, de decidir ou de codecidir a nomeação de funcionários,¹¹ tudo isto através de opções livres ou só parcialmente condicionadas pela intervenção de outros órgãos, permitiam ao chefe do estado arbitrar conflitos, controlar decisões políticas, equilibrar posições, fomentar consensos, cultivar a estabilidade, nem que seja pela simples ameaça do uso das suas armas constitucionais.

Possibilitava-se que o chefe do estado participasse ativamente no grande jogo da política, sendo um fator a tomar em consideração. A decisão política global deixava de ser resultado exclusivo dos equilíbrios, momentâneos ou permanentes, de dois órgãos, para passar a ser o produto dos comportamentos (de ação ou omissão) de três. O terceiro, o chefe do estado, despia a vestimenta honorífica típica dos sistemas parlamentares para assumir a de ator de primeiro plano, embora não de estrela principal.

As cinco Constituições referidas partilhavam esta filosofia geral, embora aqui e ali se pudessem afastar pontualmente dela. Por exemplo, a Constituição de Weimar conferia ao Chefe do Estado poderes excepcionais quando a segurança e a ordem pública fossem gravemente perturbadas ou ameaçadas. E a Constituição finlandesa atribuía ao Presidente iniciativa legislativa, poder regulamentar e poderes administrativos, embora a eficácia dos seus atos estivesse em muitos casos dependente da referenda ministerial.

O papel assim atribuído ao chefe do estado só poderia ser viável se este beneficiasse de uma base de legitimidade diferente da dos chefes de estado dos sistemas parlamentares. Nem poderia ser uma legitimidade de raiz monárquica, naturalmente afastada pela dinâmica da história, nem baseada na eleição pelo parlamento, a qual condenaria o chefe de estado a ser institucionalmente dependente daquele e, por isso, incapaz de exercer a autoridade necessária para assegurar o funcionamento estável e equilibrado das instituições políticas. A solução não podia andar longe de o fazer eleger pelos mesmos que elegem os membros do parlamen-

11 DURVEGER, Maurice. *Xeque mate*. Tradução port. de L'echech au roi. Lisboa: Edições Rolim, 1978. p. 28. Aí é feita a apresentação de um quadro comparativo dos poderes dos Presidentes nas Constituições por ele consideradas depositárias de sistemas semipresidenciais. Ver também: DOMINGOS, Emídio da Veiga. *Portugal Político: análise das instituições*. Lisboa: Edições Rolim, 1980, p. 123, onde é reproduzido o quadro de Duverger.

to: de forma direta ou indireta, o mandato presidencial teria de estar alicerçado na vontade popular. Só desse modo a sua carga de legitimidade equivaleria à que era atribuída ao parlamento e, por via deste, ao governo. A Constituição de Weimar,¹² a Constituição austríaca, a partir de 1929, e as Constituições islandesa¹³ e irlandesa estabeleciam o sufrágio universal para a eleição do Presidente. A Constituição finlandesa consagrou até 1987 um sistema nominalmente distinto: a eleição por um colégio ultimamente composto por 301 grandes eleitores, escolhidos por sufrágio universal, com a exclusiva finalidade de eleger o Presidente. Todavia, o sistema equivalia materialmente a uma eleição direta.¹⁴

Numa primeira fase, as tentativas não foram na maior parte dos casos além da consagração jurídico-constitucional. Ao modelo jurídico original não correspondeu um modelo de funcionamento igualmente original. Como se desenvolve no número seguinte, a maioria dos esquemas constitucionais assim configurados só em ocasiões especiais e pouco duradouras revelaram propensão a funcionar como um *tertio genus* distinto dos sistemas clássicos. A tendência mais vincada foi para um funcionamento que em pouco se distinguiu dos sistemas parlamentares (Islândia,¹⁵ Irlanda, Áustria), resultante da não utilização pelo Chefe do Estado dos respetivos poderes com a amplitude que os textos constitucionais lhe autorizavam e da assunção de uma posição quase irrelevante no jogo político do dia a dia.¹⁶ Mesmo no caso da Finlândia a melhor doutrina inclina-se para que o sistema de governo do seu país funcionou historicamente como um sistema parlamentar, exceto no que respeita à condução da política externa.¹⁷

Quanto à Alemanha de Weimar, os catorze anos de aplicação da Constituição de 1919 não foram conclusivos, parecendo certo, todavia, que em alguns períodos o sistema funcionou efetivamente fora dos padrões normais dos sistemas clássicos.

Avaliando estes dados, o projeto de um *tertio genus* poderia parecer inviável ao engenheiro político da época. As experiências de uma terceira via baseada num equilíbrio entre três órgãos com legitimidades fungíveis, que concorresse para a estabilidade política, inalcançada na maioria das experiências concretas de sistemas parlamentares, e se adaptasse à situação política europeia, avessa à

12 Para o caso específico de Weimar, v. Horst BAHRO, “A influência de Max Weber...”, cit.

13 Embora no caso da Constituição irlandesa se verifique que, quando aqueles que na prática têm possibilidade de propôr candidatos à eleição, os partidos representados no *Oireachtas* (o Parlamento irlandês), se põem de acordo, não há eleições. V. DOONEY, Scan; O'TOOLE, John. *Irish Government today*. Dublin: Gill, Macmillan, 1992. p. 93.

14 V. TORNUDD, Klaus. Le mécanisme de l'élection présidentielle en Finland: évolution et signification politique. In: Maurice Duverger (Org.). *Les régimes semi-présidentiels*, p. 31 et seq. Em 1991, a eleição indireta foi substituída pelo sufrágio direto, maioritário, a duas voltas, aplicado pela primeira vez em 1994.

15 Na Islândia, a eleição de um Presidente forte (Ólafur Grímsson) em 1996 (permaneceu até 2016), criou alguma expectativa sobre a possibilidade de recuperação e exercício dos poderes presidenciais constitucionalmente previstos de modo diverso do que tem sido a tendência habitual. Essa expectativa foi acentuada pela crise de 2008 e concomitante erosão da confiança nos partidos e no parlamento que, mesmo sem alteração da Constituição, suscitou uma reinterpretação do papel do Presidente, com apoio popular. Recorde-se que depois dos eventos relacionados com os *Panama Papers*, o Primeiro-Ministro Sigmundur Davíð Gunnlaugsson solicitou ao Presidente Grímsson a dissolução do Parlamento e a convocação de eleições, o que foi recusado, levando à demissão do Primeiro-Ministro. Num sistema puramente parlamentar esta seria uma situação virtualmente inconcebível.

16 Cfr. o exame sucinto das razões do apagamento em: DUVERGER, Maurice. Le concept de régime semi-présidentiel. In: DUVERGER, Maurice (Org.). *Les régimes semi-présidentiels*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986. p. 8 et seq.

17 SARTORI, Giovanni. Elogio del semipresidencialismo. *Rivista italiana di scienza politica*, v. 25, n. 1, p. 3, abr. 1995, p. 13; RINELLA, Angelo. RINELLA, Angelo. La forma di governo semi-presidenziale: profili metodologici e circolazione del modello francese ini Europa centro-orientale. Torino: Giappichelli, 1997. p. 221 et seq. Mesmo os presidentes fortes, como Kekkonen, terão aceite o primado do parlamento em Política interna.

concentração de poderes num órgão singular como a experimentada nos Estados Unidos, não tinham produzido resultados convincentes no fim da primeira metade do século passado.

No entanto, no final da II Guerra, a urgência da procura de modelos que garantissem soluções de equilíbrio, de limitação interorgânica e de estabilidade, requisitos essenciais para o asseguramento e consolidação do sistema democrático e constitucional, era ainda maior do que nas primeiras décadas do século. Os acontecimentos que antecederam a II Guerra e que, de certo modo, a provocaram, tinham alertado as consciências para o perigo letal do poder ilimitado, mesmo que apoiado na vontade da maioria. A ilusão racionalista de que ao poder bastava ser democrático para garantir a liberdade sofrera um duro desmentido: a proteção da democracia e da liberdade só é adequadamente garantida se o poder, mesmo o das maiorias democraticamente sufragadas, for limitado. Por esse motivo, a busca dos meios de limitação do poder, designadamente através do equilíbrio (e limitação mútua) dos órgãos com funções políticas, recebia classificação de primeira prioridade.

Os objetivos da estabilidade político-governativa e da limitação do poder dos próprios representantes, agora eleitos em regra por sufrágio universal, desencorajam reservas à adoção de soluções anteriormente encaradas com suspeição: a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade de atos oriundos do poder político constitui o melhor exemplo. Procuram-se modelos de compromisso. Condiciona-se o funcionamento do sistema de governo através das cada vez mais sofisticadas engenharias dos sistemas eleitorais.

No plano dos sistemas de governo, percorrem-se várias linhas paralelas. Por um lado, desenvolvem-se fórmulas ditas de racionalização do parlamentarismo¹⁸, como as célebres moções de censura construtivas. Por outro lado, abre-se a porta a esquemas de distribuição de poderes que fogem ao esquema bipolar clássico do parlamentarismo. Não que esses esquemas resultem forçosamente de ensaios laboratoriais ou de debates científicos profundos. O exemplo mais claro depois do final da I Guerra resultou da conjugação entre norma e circunstância: a conjugação entre a imposição por de Gaulle de uma leitura dos poderes que a Constituição de 1958 atribui ao Presidente distante de uma leitura simplesmente parlamentar (ou “parlamentar racionalizada”) e a revisão constitucional de 1962 que, na medida em que introduziu a eleição direta, a duas voltas, do Presidente da República, atribuiu a de Gaulle o instrumento democrático mais forte para legitimar o exercício presidencial estranho ao modelo parlamentar.

Já na década de 70, novas manifestações de equilíbrio interinstitucional foram dos quadros tradicionais do parlamentarismo e do sistema presidencial despontariam no continente europeu: a de Portugal (Constituição de 1976) e, discutivelmente, a da Grécia (Constituição de 1975)¹⁹.

18 O exemplo mais notório é o da Lei Fundamental de Bona, de 1949, mas a versão original da Constituição francesa de 1958, se tivesse tido desde o início uma leitura parlamentarista, poderia ter constituído, ela própria, um bom exemplo.

19 Tendo em conta a extensão dos poderes presidenciais na versão original da Constituição de 1975, o papel da instituição presidencial na transição grega para a democracia (1974) e a auto designação de democracia presidencial parlamentar, chegámos a admitir que o sistema grego pudesse ser considerado semipresidencial, não considerando decisiva, no caso, a eleição do presidente pelo parlamento: v. “A forma de governo semi-presidencial e suas características. *Revista Jurídica*, v. 1, p. 103”. Sobre isso, pronunciaram-se em sentido negativo ou duvidoso: PEREIRA, André Gonçalves. *O semipresidencialismo em*

E é a partir da década de 1970 que surge o *nomen* semipresidencial para cobrir boa parte das experiências referidas até aqui e que a hipótese de um sistema *tertio genus* alternativo aos dois clássicos começa a ser interiorizada pela ciência do direito constitucional e pela ciência política.

2 A CONSTRUÇÃO CIENTÍFICA DO CONCEITO DE SISTEMA DE GOVERNO SEMIPRESIDENCIAL COMO TRIUNFO DA “INTUIÇÃO CIENTÍFICA”

A autonomização do sistema de governo semipresidencial como categoria da Ciência Política e do Direito Constitucional deve muito a MAURICE DUVERGER. Paradoxalmente, porém, a teorização daquele sistema de governo foi mais resultado da intuição – ou da premonição... – do mestre francês do que de uma pura pesquisa científica, baseada no estudo e avaliação de factos e casos suficientemente numerosos e consolidados. Em 1978, quando MAURICE DUVERGER publicou o livro com o título improvável e desconcertante de *Echec au roi*, que o tradutor português traduziu deficientemente como *Xeque Mate*, a demonstração da validade científica do seu modelo de sistema semipresidencial como construção distinta dos sistemas parlamentar e presidencial baseava-se na análise de sete dos casos referidos no número anterior²⁰: Alemanha de Weimar (1919), Finlândia (1919), Áustria (1919-1929), Irlanda (1937), Islândia (1944) França (V República, 1958-62) e Portugal (1976).

Mas como já se começou a demonstrar no número anterior, a evidência fornecida por estes casos era pouco mais do que escassa e insuscetível de sustentar a defesa de um novo tipo de sistema de governo credivelmente autónomo e viável. Era notória a fragilidade da maior parte dos exemplos invocados.

Quanto à Constituição de Weimar, alguns dos seus arranjos institucionais mais relevantes para efeitos de ser visto como repositório de um sistema de governo extrínseco aos quadros clássicos tinham eventualmente um cunho precário. Por exemplo, a eleição do *Reichspräsident* por sufrágio directo poderá ter sido pensada pelos «pais» da Constituição (entre eles HUGO PREUSS e MAX WEBER²¹) como uma fórmula transitória de consolidação do sistema. Por outro lado, os catorze anos de aplicação dessa Constituição não são inequívocos: o primeiro Presidente da República de Weimar, Friedrich Ebert, não foi eleito por sufrágio universal. O único eleito por sufrágio universal foi o marechal de campo von Hindenburg, em 1925 que, como o próprio DUVERGER reconhece, até 1930 utilizou menos do que o possível os seus poderes parlamentares, sendo comum entender-se que, entre 1919 e 1930, o funcionamento do sistema não se distinguiu da maioria dos sistemas parlamentares. Desde então, até à rutura protagonizada por Hitler, a instabilidade permanente, o sectarismo dos partidos democráticos, a progressão nazi e o pouco discernimento do presidente Hindenburg são fatores tão atípicos que não permitem fazer qualquer

Portugal. Lisboa: Ática, 1984. p. 30; SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O sistema de governo português antes e depois da revisão constitucional*. Lisboa: Cognitio, 1983, p. 48. A primeira revisão constitucional, de 1986, reduziu significativamente os poderes presidenciais, consagrando (ou confirmando...) inequivocamente a natureza parlamentar do sistema.

20 Todavia, Duverger refere-se em certas ocasiões a “regimes semipresidenciais contemporâneos”, o que parece pressupor que houve outros casos, não contemporâneos. V. por exemplo: DURVEGER, Maurice. *Xeque mate*. Tradução port. de L’echec au roi. Lisboa: Edições Rolim, 1978. p. 75.

21 Sobre o assunto, Horst BAHRO, “A influência de Max Weber na Constituição...”, pp. 781 ss.

tipo de avaliação conclusiva sobre as possibilidades e as características de um sistema semipresidencial na Alemanha de Weimar. Fica-nos, por isso, a arquitetura constitucional que, apesar de relevante para a ciência do direito constitucional e até para a ciência política, não elimina a dúvida sobre se alguma vez poderia ter sido virtuosamente concretizável como *tertio genus*.

Os sistemas austríaco, islandês e irlandês, mesmo que se possa admitir que têm uma configuração semipresidencial ao nível constitucional (inclusive no último caso, onde salta à vista a debilidade dos poderes presidenciais, bem como as peculiaridades da eleição presidencial), nunca haviam funcionado como tal.

No momento em que DUVERGER publicou o *Xeque Mate*, o sistema finlandês não preenchia os requisitos por ele considerados essenciais para o sistema semipresidencial, uma vez que o presidente não era eleito por sufrágio direto e universal, mas sim por um colégio de grandes eleitores escolhidos através de sufrágio universal não estritamente vinculados ao voto num determinado candidato²². Isto tinha como consequência, nas próprias palavras do autor, a ocasional escolha pelos partidos de presidentes medíocres de forma a paralisarem o poder presidencial²³. A eleição por sufrágio direto e universal só viria a ser instituída em 1991. Apesar disso, DUVERGER, com os dados conhecidos em 1978, nota que os poderes constitucionais do presidente finlandês eram os mais proeminentes de todos os sete casos estudados, sendo também o presidente finlandês um dos mais poderosos do ponto de vista do funcionamento efetivo, apenas suplantado pelo francês²⁴. Por isso, não consegue escapar à centralidade da instituição presidencial no sistema finlandês. A prova mais evidente é que quando faz a análise deste sistema se detém longamente na ação e no comportamento dos presidentes, sendo raras as palavras dedicadas ao Primeiro-Ministro ou ao *Eduskunta* (parlamento)²⁵. O mestre francês reconhece que o sistema oscilou entre presidentes fracos e presidentes fortes, que o levaram para a órbita do sistema parlamentar umas vezes e do sistema presidencialista outras. Tudo visto, pelo menos na altura em que DUVERGER escreve, seria mais do que pertinente a dúvida sobre se naquele momento, em pleno período de pujança presidencial na Finlândia, coincidente com o vigésimo segundo ano do mandato do “eterno” presidente Uhro Kekkonen, o sistema de governo funcionava efetivamente como semipresidencial.

O caso francês é mais sintomático. DUVERGER admite que a Constituição de 1958 atribui ao presidente francês um número reduzido de poderes em comparação com os outros seis casos. Por exemplo, nem sequer tem o poder de demissão do Primeiro-Ministro por iniciativa própria, uma vez que só o pode demitir se aquele lhe apresentar a demissão do Governo. Apesar disso, pode admitir-se que a distribuição de poderes desenhada pelo texto constitucional é enquadrável na categoria semipresidencial. Porém o presidente francês era aquele que, do grupo de sete, exercia um poder fáctico mais intenso²⁶. Mas por razões que radicam na

22 DUVERGER, Maurice. *Xeque mate*. Tradução port. de L'echec au roi. Lisboa: Edições Rolim, 1978. p. 64 at seq.

23 Ibidem, p. 61.

24 Ibidem, p. 39.

25 Ibidem, p. 49-61.

26 Ibidem, p. 39.

sua própria gênese e no modo como foi interpretado por De Gaulle e pelos seus sucessores, o funcionamento do sistema teve, desde o início, mais pareanças com o presidencialismo²⁷ (alguns preferem o termo hiper-presidencial²⁸, mais *soft*, menos passível de ressonâncias autoritárias) do que com qualquer outro²⁹. Carismático e venerado pelos franceses, De Gaulle soube colocar-se quase sempre acima dos partidos políticos – embora tenha servido de inspiração a alguns –, encetando um diálogo direto com o povo que lhe reforçava a legitimidade sempre que necessário (a partir da revisão constitucional de 1962, através da eleição direta). De Gaulle foi o responsável póstumo pelo presidencialismo de facto. Os seus sucessores, mesmo que ligados à tradição parlamentarista francesa (como Mitterrand, eleito presidente em 1981), não resistiriam a usufruir de tal dinâmica estrutural. Nesse contexto, o equilíbrio constitucional foi superado pela prática constitucional. O funcionamento do modelo em regra pouco tem tido de semipresidencialismo. A exceção ocorre nos momentos da chamada *cohabitation* entre um Presidente e um Primeiro-Ministro de cores político-partidárias divergentes, como sucedeu entre março de 1986 e maio de 1988 (Mitterrand/ Chirac), entre março de 1993 e maio de 1995 (Chirac/ Balladur) e entre junho de 1997 e maio de 2002 (Chirac/Jospin)³⁰. Nesses momentos (nenhum anterior a 1978), o texto constitucional foi convocado na sua interpretação mais estrita, semipresidencial. Nos outros, o Parlamento e o Governo nunca tiveram outra alternativa que não a resignação face à liderança político-institucional do Presidente, detentor de legitimidade democrática diretamente concedida por pelo menos 50% dos votantes nas eleições presidenciais, habitualmente líder ou referência máxima da maioria parlamentar, possuidor de um poder de dissolução do Parlamento (e, até à revisão constitucional de 2000, titular de um mandato mais duradouro que o daqueles).

Decerto que a V República conseguiu uma estabilidade política que, num Estado onde inventar, propor e experimentar sistemas de governo é uma ocupação de alguns desde há mais de dois séculos, é, a todos os níveis, notável. Nesse capítulo, os objetivos do artifice da prevalecente leitura da Constituição de 1958, também inspirador da revisão constitucional de 1962 (o General De Gaulle), tiveram plena realização. Mas é duvidoso que essa estabilidade possa ser creditada ao funcionamento de um sistema em termos semipresidenciais. Ou melhor: não é

27 Neste sentido: DUHAMEL, Olivier. Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel. In: *Droit, Institutions et Systèmes Politiques: mélanges en hommage a Maurice Duverger*. Paris: Presses universitaires de France, 1987. p. 587. O autor distingue entre sistema e regime, reservando a primeira expressão para o modo de funcionamento efetivo das instituições políticas e a segunda para a estrutura constitucional. Nessa perspetiva, em França convivem um sistema presidencialista e um regime semipresidencial.

28 QUEIROZ, Cristina. *O sistema político e constitucional português*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992. p. 62.

29 Contra Maurice DUVERGER, nos vários locais citados, nomeadamente em: DUVERGER, Maurice. Le concept de régime semi-présidentiel. In: DUVERGER, Maurice (Org.). *Les régimes semi-présidentiels*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986. Na literatura francesa, não é difícil encontrar posições doutrinárias no sentido da integração do sistema francês no clube dos sistemas presidencialistas: cfr., por exemplo: GICQUEL, Jean; HAURIUO, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1985. p. 208; GICQUEL, Jean. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 18. ed. Paris: Montchrestien, 2002. p. 466-78.

30 As situações de conflitualidade latente, tal como as de crise, provocam, em geral, um regresso ao texto constitucional na sua interpretação mais estrita, qualquer que seja o sistema de governo adotado na constituição. Sobre o caso francês, v. por último: RINELLA, Angelo. *La forma di governo semi-presidenziale: profili metodologici e circolazione del modello francese in Europa centro-orientale*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 196.

seguro que a estabilidade política tenha sido atingida graças à adoção constitucional de um sistema semipresidencial. Por uma razão: o sistema de governo francês não tem funcionado na maior parte do tempo como sistema semipresidencial.

Todavia, a circunstância de o texto constitucional ter sido, até ao momento em que escrevia, todos os dias aplicado segundo um diapasão presidencialista não foi considerado por DUVERGER inibidor da sua inserção na órbita semipresidencial. É sintomático que esta opção não seja acompanhada pela esmagadora maioria da doutrina francesa. Por um lado, porque são raros os autores gauleses de primeira água que aceitaram ou aceitam o sistema semipresidencial como um novo modelo autónomo ou distinto dos sistemas de governo clássicos mais difundidos, todos eles, aliás, experimentados em França numa ocasião ou outra. Por outro lado, o conservadorismo constitucional em relação aos poderes do presidente francês (que, bem vistas as coisas, são inferiores aos do seu congénere português³¹) e o contraste com a opulência dos seus poderes reais, parece fazer inclinar a maioria dos autores franceses para uma classificação diferente³². É certamente caso para dizer que DUVERGER, apesar da sua reconhecida autoridade interna e externa, não conseguiu ser profeta na sua própria terra de modo a convencer os seus pares da valia das suas teses.

Não se tendo DUVERGER ocupado de outros casos, na Europa³³ ou noutros continentes³⁴, restava o caso português.

Todavia, este, em 1978, tinha escassos dois anos de existência, sendo impossível antecipar-se a sua evolução. Além disso, DUVERGER conferia especial importância ao poder do Presidente de demitir livremente o Primeiro-Ministro e o Governo³⁵, poder que seria muito limitado na revisão constitucional de 1982. Em contrapartida, contabilizava ainda um poder presidencial de dissolução do parlamento partilhado (com o Conselho da Revolução) que, também a partir de 1982, passaria a ser quase livre.

Assim, a estimulante e pioneira construção de DUVERGER baseava-se em arquiteturas constitucionais já superadas ou que não suscitaram nada que na prática se diferenciasse do sistema parlamentar ou que não eram reconhecidas

31 Também o nota: NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo: teoria do sistema de governo semipresidencial*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1, p. 248 et seq.

32 Eis uma amostragem de alguma literatura, onde não se encontra qualquer tipo de doutrina dominante: como se referiu, Jean Gicquel, classifica o sistema francês de presidencialista (GICQUEL, Jean. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 18. ed. Paris: Montchrestien, 2002, p. 466-78). PACTET, P. *Institutions Politiques, Droit Constitutionnel*, 5.ª ed., Paris, 1981, 347, classifica-o de parlamentar-presidencial, o mesmo sucedendo com: DEBBASCH, C.; BOURDON, J.; PONTIER, J.; RICCI, J. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 4. ed. França: Economica, 2001. p. 579. Outros falam de monarquia parlamentar republicana ou sistema parlamentar dualista: CADART, Jacques. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990. p. 871. Alude a sistema parlamentar com correção presidencial: COLLIARD, Jean-Claude. *Les régimes parlementaires contemporains*. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1978. Também o inclui nos sistemas parlamentares: ARDANT, Philippe. *Institutions Politiques & Droit Constitutionnel*. 14. ed. Paris: Philippe Ardant, 2002. p. 596. Há quem empregue designações mais radicais, ou mais exóticas, como “República consular” ou “democracia plebiscitária”. Cfr. recensão mais completa em: NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo...*, p. 108-109.

33 Como o grego: cfr. a justificação *supra*.

34 Em “A forma de governo semi-presidencial e suas características”. Revista Jurídica. v. 1, pronunciávamo-nos também no sentido de algumas constituições não europeias, como a venezuelana de 1961 e a peruana de 1979, consagrarem sistemas semipresidenciais.

35 Ver referências em DUVERGER, Maurice. *Xeque mate*. Tradução port. de L’echec au roi. Lisboa: Edições Rolim, 1978. p. 28, 30.

pela maioria dos autores como diferentes de outras formas ou, finalmente, que não tinham tido tempo para se impor. Baseava-se, por outro lado, em funcionamentos mais ou menos instáveis. Tudo isso era pouco para demonstrar que um *tertio genus* era possível não apenas no plano das normas constitucionais, mas, sobretudo, do funcionamento. Era manifestamente um alicerce frágil para sustentar uma tese com aquela ambição e alcance³⁶.

Contudo, mesmo que se possa apontar que a sua construção tinha alicerces frágeis, a intuição científica de DUVERGER mostrar-se-ia certa: a evolução e os ajustamentos subsequentes de alguns dos casos estudados (principalmente Portugal, França e Finlândia, mas também Áustria e Islândia, embora menos) viriam a confirmar a viabilidade de um *tertio genus* quer no plano constitucional quer no plano do funcionamento³⁷. Além disso, aquela construção lançou uma marca, uma *brand* forte e apelativa como se diria na linguagem do *marketing*, que correspondia à “procura” no mercado dos sistemas de governo, mercado esse há décadas ansioso por encontrar uma alternativa consistente e elegante aos sistemas clássicos. Isso criou ambiente para que, em muitas outras latitudes, se encarasse a ideia de um *tertio genus* semipresidencial como uma boa ideia.

3 A NECESSIDADE DA SUPERAÇÃO DA IMPRECISÃO CONCEPTUAL

Porém, a existência de uma *brand* forte e apelativa não basta para resolver problemas científicos. Desde logo, não é suficiente para resolver o problema científico da definição das características fundamentais distintivas do sistema semipresidencial nos planos jurídico e fático. Nesse aspeto, o sistema semipresidencial partiu em clara desvantagem em relação aos sistemas mais clássicos. Basta olhar para as listagens de Constituições alegadamente consagradoras desse sistema apresentadas por múltiplos autores para perceber que assentam em critérios divergentes ou instáveis.

As divergências sobre a composição do clube dos sistemas semipresidenciais devem-se essencialmente a dois fatores: ausência de consenso sobre a definição e deficiente distinção entre o sistema na constituição e o sistema efetivo. Estes dois fatores levam a que o número de casos de sistemas semipresidenciais varie de autor para autor de acordo com a maior ou menor amplitude do critério perfilhado ou com o facto de incluírem no elenco casos que só são semipresidenciais na prática ou na constituição.

Vejamos alguns exemplos do virar do século XX.

36 Neste panorama de teorização de um sistema de governo sem bases e provas seguras da respetiva exequibilidade, é curiosa a interpretação psicologista de Manuel Lucena (LUCENA, Manuel de. Semipresidencialismo: teoria geral e práticas portuguesas. *Análise Social*, v. 31, n.138, p. 832, 1996), quando sustenta que o autor apenas pretendia, com o novo conceito, amarrar o sistema francês (por ele incluído nos semipresidenciais), porventura permeável a desvios autoritários, simultaneamente ao sistema parlamentar e ao sistema presidencial, isto é, a dois sistemas «imunes» ao autoritarismo.

37 Procurando evitar algum luso-centrismo, deve, porém, destacar-se a experiência portuguesa, a qual deu um contributo significativo para salvar *a posteriori* uma construção teórica e um modelo que poderiam estar condenados ao descrédito se nenhuma aplicação concreta viesse fazer o que as experiências mais antigas não faziam ou faziam de modo titubante e episódico: a demonstração da viabilidade teórica e prática de um *tertio genus*. Mas se o sistema português deu um contributo expressivo para salvar a criação teórica de Duverger também não é menos evidente que a influência de Duverger na interpretação, consolidação, motorização e sucesso do sistema português ultrapassou a de um simples professor de ciência política.

HORST BAHRO sugeriria uma lista de 23 países na Europa, na Ásia, em África e na América Latina, para além dos originalmente estudados por DUVERGER³⁸.

ELGIE inclui na sua lista nada menos do que 42 países de África (Angola, Benin, Burkina Faso, Cabo Verde, Gabão, Gana, Madagáscar, Mali, Namíbia, Nigéria, Togo), das Américas (República Dominicana, Guiana, Haiti), Ásia/Médio Oriente (Líbano, Maldivas, Mongólia, Coreia do Sul, Ceilão), da Europa Central e Oriental (Bulgária, Croácia, Macedónia, Polónia, Roménia, Eslovénia), da antiga União Soviética (Arménia, Azerbaijão, Bielorrússia, Geórgia, Casaquistão, Quirguistão, Lituânia, Moldávia, Rússia, Ucrânia, Uzebequistão) e, claro, os clássicos exemplos duvergerianos (Áustria, Finlândia, França, Islândia, Irlanda e Portugal)³⁹.

ANTÓNIO ARAÚJO aceita a maior parte da lista, com algumas exceções, como Angola, aditando o Tadjiquistão, a Sérvia, a Argentina e a Argélia⁴⁰. Além de Angola e Cabo-Verde, GOMES CANOTILHO via sistemas semipresidenciais em outros países de língua portuguesa: S. Tomé e Príncipe e Guiné-Bissau⁴¹. Mais recentemente, NOVAIS omite boa parte dos casos referidos acima, mas inclui outros como Perú, Senegal, Moçambique, Timor-Leste e Eslováquia⁴².

Estas listagens e outras mais recentes, cada vez mais extensas (particularmente quando abarcam casos atuais e casos passados)⁴³, denunciam uma relação inversamente proporcional entre a popularidade do sistema semipresidencial e o consenso em torno dos seus traços identitários. Continua a justificar-se, portanto, investimento na clarificação desses traços⁴⁴. A estratégia expositiva que seguiremos consiste na reavaliação dos quadros teóricos do sistema semipresidencial propostos por DUVERGER.

Tal reavaliação deve, antes de tudo, ter como objetivo atingir alguma estabilidade na definição dos traços específicos do sistema semipresidencial. A instabilidade remonta ao próprio MAURICE DUVERGER: tendo sido o primeiro a ensaiar a teorização deste sistema de governo, foi também o primeiro a saltitar entre vários critérios de identificação. Desde então nunca cessou de se debater qual o critério apropriado.

No domínio das possibilidades, poderia optar-se por critérios simples, que fazem depender a existência do sistema semipresidencial de um único fator ou de um fator mais saliente, como (i) a eleição do chefe do estado por sufrágio universal,

38 Horst BAHRO, «A influência de Max Weber...», p. 778.

39 ELGIE, Robert (Ed.). *The Politics of semi-presidentialism*. Oxford, UK: OUP Oxford, 1999, p. 14. A extensão da lista resulta, naturalmente, da aplicação do critério de malha larga que Elgie propõe: consagração constitucional da eleição direta do presidente e responsabilidade política do governo perante o parlamento. Como se verá no correr da exposição, o critério a que aderimos tem malha mais apertada.

40 ARAÚJO, António de. *El Presidente de la República en la Evolucion del Sistema Político de Portugal*. In: BARRETO, António; GOMEZ, Brualio; MAGALHÃES, Pedro (Ed.). *Portugal: Democracia y Sistema Político*. Madrid, 2003, p. 104.

41 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1. ed. Coimbra: Almedina, [19--]. p. 605-606.

42 *Semipresidencialismo...*, p. 137.

43 Só por curiosidade, refira-se que, no site presidential power (<<https://presidential-power.com/?p=1740>>), são registados 54 casos, incluindo os da Argélia, Egipto e Síria, o que só pode suscitar reservas (tal como alguns dos casos da lista do texto).

44 Parece, na verdade, otimista a indicação de Elgie (ELGIE, Robert (Ed.). *As três vagas de estudos sobre semipresidencialismo*. In: PINTO, António Costa; RAPA, Paulo José Canela (Org.). *Presidentes e (Semi) Presidencialismo nas Democracias Contemporâneas*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2018. p. 37-38), de que já haverá hoje um consenso em torno de uma proposta de definição (a sua própria, acima referida), estando superada a querela. O otimismo resulta, talvez, da circunstância de praticamente ter apenas em conta escritos em língua inglesa, os quais estão muito longe de ser os únicos relevantes.

(ii) a responsabilidade do governo perante o chefe do estado e o parlamento ou apenas perante o parlamento, (iii) a existência de poderes efetivos do chefe do estado face aos outros órgãos, (iv) a dualidade do poder executivo ou (v) o equilíbrio de poderes entre três órgãos políticos. Mas a propensão mais vincada é para a adopção de critérios mistos, que associam variavelmente dois ou mais desses fatores, como a coexistência de um presidente com poderes significativos, eleito por sufrágio universal, com um governo que pode ser demitido pelo parlamento, critério que parece ter sido preferido por DUVERGER⁴⁵. Ora, a defesa da autonomia conceptual do sistema semipresidencial como modelo *puro* – e não como modelo *misto* que de algum modo concilie aspetos de outros sistemas – requer que encontremos um critério distintivo em relação aos dois principais sistemas de governo, o parlamentar e o presidencial. E um critério distintivo só pode ser um critério que não se encontra, *que nunca se encontra*, nesses dois sistemas e que só se encontra, e *sempre se encontra*, em todo e qualquer concretização do modelo semipresidencial.

Por outro lado, tem de se dar relevo – DUVERGER deu-o, mas sem o esperado rigor sistemático⁴⁶ – e retirar todas as consequências da circunstância de o estudo dos sistemas de governo poder adotar tanto a perspetiva jurídico-constitucional como a perspetiva do funcionamento: uma coisa é o modo como o sistema de governo está arquitetado na Constituição, sendo essa a perspetiva da ciência do Direito Constitucional; outra coisa é o modo como um sistema funciona na prática e esse é o ângulo que importa à ciência política. Pode haver maiores ou menores divergências entre o que se encontra pela aplicação de uma e outra perspetiva.

Decerto que o desejável seria uma plena correspondência entre a constituição e a realidade constitucional, uma vez que isso indicaria que a constituição tem força normativa plena. Mas isso nem sempre sucede e não é impossível, ou tão pouco raro, que em certo país a constituição preveja um desenho do sistema de governo e o sistema de governo efetivo seja, invariavelmente ou de tempos a tempos, diferente.

Esta nota cautelar é aplicável a *todos* os sistemas de governo em geral e ao sistema de governo semipresidencial em particular. Resta saber se têm razão aqueles que sustentam que o sistema semipresidencial é *particularmente vulnerável* às circunstâncias e ao contexto político, comportando várias modalidades de funcionamento⁴⁷. É, além disso, frequente esbarrar com a ideia de que mais do que ocorre com a maioria dos outros sistemas de governo, se não se reunirem certos pressupostos de facto propícios ao seu funcionamento típico (ou a um dos seus funcionamentos típicos...), o sistema semipresidencial adotado na constituição é substituído ao nível do funcionamento efetivo por um outro sistema de governo ou, numa fórmula mais leniente, consente funcionamentos que em pouco se distinguem dos sistemas de governo clássicos. Voltaremos a este tópico.

Nos nossos trabalhos, temos procurado apresentar uma proposta que corresponda bem a estas duas exigências⁴⁸: que o critério distintivo seja um que só

45 DUVERGER, Maurice. *Xeque mate*. Tradução port. de L'echec au roi. Lisboa: Edições Rolim, 1978. p. 23-24.

46 *Ibidem*, p. 37 et seq.

47 Vai nesse sentido o que escreve Jorge R. NOVAIS, *Semipresidencialismo...*, pp. 128 ss.

48 CANAS, Vitalino. A forma de governo semi-presidencial e suas características. *Revista Jurídica*, v. 1, p. 98, 198; “Sistema semipresidencial”, cit.; «The semi-presidential system», cit.

se encontre, e *sempre se encontre*, em toda e qualquer concretização do modelo semipresidencial; e que seja feita adequada distinção entre constituição e a realidade constitucional.

4 CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA SEMIPRESIDENCIAL

4.1 PRINCÍPIO ESTRUTURAL BÁSICO

Ora, em nosso entender, o critério distintivo que só se encontra, e *sempre se encontra*, em toda e qualquer concretização do modelo semipresidencial é um critério de natureza estrutural: a estrutura política típica do sistema semipresidencial é uma estrutura tríptica. Significa isto que o sistema semipresidencial é, quer numa perspectiva jurídica quer numa perspectiva política ou fáctica⁴⁹, *o sistema que se subordina ao princípio estrutural do equilíbrio, mínimo e variável, de três órgãos políticos*. Isto contrasta com outros sistemas clássicos, como o presidencial, o parlamentar ou até o diretorial, em que o equilíbrio e o jogo político se processam constitucionalmente e realmente entre dois órgãos politicamente ativos.

Esse equilíbrio alcança-se através da criação (constitucional, legal ou outra) e do funcionamento de relações dinâmicas de interação recíproca entre aqueles vários órgãos políticos.

4.2 A DISTRIBUIÇÃO DE PODERES DO SISTEMA SEMIPRESIDENCIAL

Tais relações dinâmicas supõem que os três órgãos disponham de um conjunto de poderes que lhes proporcionem a interação já referenciada.

Esses poderes podem ser desenhados com vista ao simples controlo político, ou podem ter um alcance mais ambicioso, orientado à colaboração na tomada da decisão política, isto é, podem assumir um conteúdo negativo ou positivo.

Têm um conteúdo negativo os poderes cujo exercício implica a mera obstrução ou inviabilização de uma manifestação de vontade de outro órgão: por exemplo, o exercício de veto, político ou qualquer outro, a recusa de nomeação de certos funcionários, a recusa de ratificação de convenções internacionais, a recusa de referenda ministerial, a recusa de ratificação ou confirmação parlamentar, etc.

Têm um conteúdo positivo os poderes cujo exercício comporta uma decisão política que, por si só, produz uma alteração na ordem política: por exemplo, a dissolução do parlamento, a nomeação ou a demissão de um primeiro-ministro e/ou governo, a emissão de legislação ou de regulamentação, a nomeação de funcionários, a formalização de propostas legislativas ou de atos normativos, a marcação e convocação de atos eleitorais e inúmeros outros.

49 Entendemos que os traços que caracterizam o sistema semipresidencial do ponto de vista jurídico-constitucional são os mesmos que o caracterizam na perspectiva da realidade política. Os critérios que deverá preencher para ser considerado semipresidencial — equilíbrio, legitimidades fungíveis, competências efectivas de três órgãos políticos — tanto valem na perspectiva jurídica quanto na perspectiva política. Visão diferente é a de Manuel de Lucena LUCENA, Manuel de. Semipresidencialismo: teoria geral e práticas portuguesas. *Análise Social*, v. 31, n.138, p. 862 et seq., 1996.

Os atos de conteúdo negativo podem produzir efeitos secundários de carácter positivo: o veto (ou a ameaça do exercício do veto...) de um diploma do governo pelo chefe do estado poderá obrigar aquele a procurar ou aceitar uma negociação que estabeleça um patamar comum sobre o conteúdo do diploma; a recusa da nomeação de um funcionário poderá obrigar a um consenso sobre outra individualidade. Nesses casos, o poder de mera obstrução transfigura-se em antecâmara de um poder de co-decisão.

E a inversa também é verdadeira. Os poderes de conteúdo positivo podem lograr por via lateral efeitos negativos: a dissolução do Parlamento obsta à continuidade da sua ação política e legislativa; a demissão do Governo impede-o de prosseguir o cumprimento do seu programa.

Pode falar-se de uma distribuição de poderes típica de um sistema semi-presidencial?

Em geral não, com uma única exceção.

Deve começar por se sublinhar que, quando se fala de *equilíbrio mínimo*, não se pretende que os três órgãos disponham de poderes com igual relevância ou peso ou até de importância política milimetricamente nivelada. Parafraseando DUVERGER, em sistema democrático representativo o parlamento tem uma preeminência de direito⁵⁰, porque representa todo o povo, ao passo que o chefe do estado, mesmo que se diga representante de toda a comunidade, pode ser visto como uma emanção da maioria que o elegeu. Situações em que, na constituição ou na prática, o presidente se sobreponha reiterada e sistematicamente à vontade parlamentar não configuram uma arquitetura ou uma prática semipresidencial. Em contrapartida, a natureza semipresidencial do sistema não é comprometida se o parlamento e o governo que dele depende ocuparem o espaço político do dia a dia, desde que o chefe do estado não seja reduzido - ou não seja forçado a remeter-se - a um papel meramente simbólico ou cerimonial. O equilíbrio do sistema semipresidencial requer que o chefe do estado, num contexto de preeminência de direito do parlamento, disponha pelo menos de poderes arbitrais de conflitos, de moderação e de intermediação, de compensação da vulnerabilidade de minorias políticas, de resolução de crises ou de superação de momentos patológicos do funcionamento do sistema.

Por outro lado, diferentemente do sistema presidencial e à semelhança do sistema parlamentar, não há um formato único de modelo semipresidencial. Por isso se pode falar com propriedade de várias matrizes do semipresidencialismo⁵¹. O modelo presidencial (com separação de poderes), como o que existe nos EUA, tem uma configuração muito precisa. Por seu turno, o modelo parlamentar admite diversas variantes e concretizações: o sistema parlamentar de Itália é diferente do da Alemanha, do da Dinamarca e do de Espanha ou do Reino Unido, não obstante a arquitetura ser idêntica. O número hipotético de concretizações do sistema parlamentar é, porém, mais limitado do que o do sistema semipresidencial. O facto de

50 DUVERGER, Maurice. *Xeque mate*. Tradução port. de L'echec au roi. Lisboa: Edições Rolim, 1978. p. 74.

51 Tema que não desenvolveremos aqui. A mais celebrada proposta, já referida antes, pertence a: SHUGART, Matthew S.; CAREY, John M. *Presidents and Assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 18 e 55 et seq. Distinguindo matrizes *premier-presidential* e *presidential-parliamentary*. Na doutrina portuguesa, v. Jorge R. NOVAIS, *Semipresidencialismo...*, distinguindo matrizes austríaca, francesa e portuguesa.

este pôr em relação três órgãos políticos e não apenas dois multiplica as hipóteses de combinação e concretização.

Esta diversificação de matrizes do sistema semipresidencial decorre em particular de não se poder dizer que há um modelo único de distribuição de poderes entre os órgãos que partilham a gestão do sistema de governo, diferentemente do que sucede com os sistemas parlamentar e presidencial.

No sistema presidencial, sabe-se que o parlamento legisla e condiciona a ação do presidente através do controlo político; em contrapartida, este dirige a política corrente, podendo condicionar a ação do parlamento. Cada um deles dispõe das apropriadas competências para o efeito.

No sistema parlamentar de gabinete, o parlamento legisla e controla o gabinete, que dele depende, cabendo a este a direção política diária, a qual, na prática, supõe um ascendente sobre o próprio parlamento por via do partido ou coligação maioritários. Cada um dos órgãos dispõe de poderes – ou instrumentos extra-jurídicos – para assegurar o funcionamento do sistema nesses termos.

Em contrapartida, o sistema semipresidencial consente numerosas combinações: atribuição de competências legislativas e regulamentares a todos os órgãos, só a um, ou a dois; atribuição de poderes de controlo sobre os outros órgãos só a um, a dois ou a todos; gestão política corrente entregue só ao governo ou também ao chefe do estado⁵²; poder de dissolução do parlamento pelo presidente, livre, condicionado, partilhado ou inexistente; outorga de competência para nomear e/ou demitir o governo só a um dos dois restantes órgãos ou a ambos⁵³.

A indicação que consta das últimas linhas do parágrafo anterior requer uma explicação. O sistema semipresidencial não pressupõe a dupla responsabilidade do governo perante o parlamento e o chefe de estado, ou seja, que quer o parlamento quer o chefe de estado disponham de competências que, em última análise, se repercutem na subsistência ou não do governo⁵⁴. Pode haver sistema semipresidencial sem dupla responsabilidade⁵⁵, tal como é possível que haja sistemas de governo concretos em que se verifica a existência de dupla responsabilidade sem que haja sistema semipresidencial. Por isso, os poderes típicos das relações de

52 Não se acompanha, portanto, Sartori (SARTORI, Giovanni. Elogio del semipresidencialismo. *Rivista italiana di scienza politica*, v. 25, n. 1, p. 14, abr. 1995), quando sustenta que é característica do sistema semipresidencial a partilha do chamado poder executivo entre o chefe do estado e o primeiro-ministro (executivo com duas faces, como *Janus*).

53 Este é o critério que subjaz à classificação mais conhecida e mais citada de sistemas semipresidenciais, proposta por Shugart e Carey (SHUGART, Matthew S.; CAREY, John M. *Presidents and Assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 18 e 55 et seq.), entre matrizes *premier-presidential* e *presidential-parliamentary*. Todavia, esta classificação assente na verificação de uma única competência presidencial ignora que pode haver várias combinações mais determinantes.

54 Em Portugal, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1. ed. Coimbra: Almedina, [19--]. p. 518. Apesar de notar a falta de homogeneidade daquilo a que chama regimes mistos parlamentares-presidenciais (que coincidem com o que designamos de sistemas semipresidenciais), sustenta que um dos traços estruturais daqueles regimes é a dupla responsabilidade do governo perante o presidente da república e perante o parlamento. Também Carlos Blanco de Moraes (MORAIS, Carlos Blanco de. As metamorfoses do semipresidencialismo português. *Revista Jurídica*, v. 22, p. 143, mar. 1998), refere a necessidade de uma dupla responsabilidade política e institucional do governo perante os dois outros órgãos do triângulo característico do sistema. Outros prescindem, como no texto, da dupla responsabilidade, na sequência, aliás, das teses de Maurice Duverger. Por exemplo: Jorge MIRANDA, *Manual...*, p. 393; SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O sistema de governo português*. 4. ed. Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 1992. p. 14; QUEIROZ, Cristina. *O sistema político e constitucional português*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992. p. 57, defendem que tem de haver pelo menos responsabilidade do governo perante o parlamento, mas não exigem a dupla responsabilidade.

55 Posição que reiteramos desde “A forma de governo...”, p. 48; v. também Jorge R. Novais, *Semipresidencialismo*, p. 148.

dupla responsabilidade (política ou institucional), nomeadamente os poderes de nomeação e de demissão, se existirem, são apenas uma forma possível de concretização da interação triangular entre órgãos políticos antes descrita. Mas não são condição *sine qua non* para o desenho da relação triangular típica do sistema semipresidencial, a qual pode passar sem eles. E, por outro lado, não são suficientes, porque a simples posse pelo Presidente e pelo Parlamento de uma faculdade (jurídica ou factual) de nomeação e de demissão do Governo, se desacompanhada de outros poderes efetivos, pode não ser bastante para retirar um concreto sistema do círculo dos sistemas de governo parlamentares.

Já de forma diferente se coloca a questão da responsabilidade política do Governo perante o parlamento, materializada, designadamente, pelo poder de demissão. Essa já parece ser uma condição necessária (embora não suficiente) para a configuração de um sistema semipresidencial. Não sendo concebível que o governo não respondesse perante nenhum dos dois outros órgãos que constituem o tríptico semipresidencial (porque, a ser assim, ou se assistiria a bloqueios sucessivos ou a um deslizamento do centro do sistema para as mãos do governo), se o parlamento não pudesse provocar a demissão do governo, este teria de responder exclusivamente perante o chefe de estado. Isso, porém, é próprio dos sistemas presidenciais ou presidencialistas. O que garante o equilíbrio característico do sistema semipresidencialista é a responsabilidade política do governo *pelo menos* perante o parlamento.

A circunstância de o sistema semipresidencial não envolver uma distribuição *típica* de competências (com exceção da referida no parágrafo anterior) não significa que essa distribuição possa ser totalmente arbitrária ou que todos os poderes tenham o mesmo valor ou peso⁵⁶. O princípio do equilíbrio mínimo, princípio constitutivo do sistema semipresidencial, inculca que nenhum dos órgãos adquira um ascendente permanente ou neutralize qualquer dos outros. A distribuição de funções deve ser harmónica com esse princípio. A arquitetura de um sistema semipresidencial requer um apurado cruzamento de competências, que se conjugam numa rede rigorosamente calibrada. Qualquer margem de decisão atribuída a um dos órgãos não compensada por um poder atribuído a outro pode desequilibrar o sistema. O historial dos sistemas semipresidenciais revela qual o desenlace normal da inobservância dessa orientação: o colapso da intenção semipresidencial e o funcionamento à imagem de um sistema diferente.

4.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA EQUIVALENTE DOS TRÊS ÓRGÃOS DO TRÍPTICO

A distribuição de poderes em termos que permitam um equilíbrio pode não bastar por si só. Em princípio, é necessário que esteja preenchida uma condição que garanta que esses poderes possam ser efetivamente exercidos: a equivalência

⁵⁶ Tem razão Jorge R. Novais, *Semipresidencialismo...*, p. 155 ss., quando destaca a importância do poder presidencial de dissolução do parlamento, particularmente quando não está sujeito a constrangimentos significativos, bem como quando se insurge contra as opções metodológicas de certas tabelas classificatórias de sistemas semipresidenciais que atribuem valor equivalente a poderes presidenciais com significados jurídico e político abissalmente diferentes.

da legitimidade dos órgãos políticos que participam no jogo interativo. Não pode haver legitimidade menor de um dos órgãos em relação aos outros. Só muito dificilmente haverá sistema semipresidencial se um dos três órgãos usufruir de um *pedigree* democrático superior ou inferior ao que é exibido pelos outros dois. O sistema semipresidencial pressupõe que todos os órgãos ostentam um título derivado, mais ou menos directamente, do voto popular.

A expressão mais ou menos directamente⁵⁷ procura ser flexível para abranger um leque de situações que, embora diferentes do ponto de vista técnico e procedimental, são substancialmente próximas: uma eleição indireta por intermédio de grandes eleitores designados exclusivamente com o intuito de proceder à escolha do Chefe do Estado (como sucedeu até 1987 na Finlândia), embora procedimentalmente diversa da eleição por sufrágio direto e universal, pode equivaler a esta no que toca à geração de legitimidade política⁵⁸; a investidura de um Primeiro-Ministro ou de um Governo por uma maioria parlamentar (ou aproveitando a ausência de uma maioria de rejeição), equivale, hoje em dia, seguramente, à sua direta eleição por sufrágio direto, uma vez que as eleições parlamentares cumprem em muitos sistemas a dupla função de determinação da identidade dos deputados e da definição de quem será o chefe do Governo.

A ausência da equivalência de legitimidades dificulta ou impossibilita o funcionamento do sistema de governo como sistema semipresidencial: se o Chefe do Estado for eleito e destituído pelo Parlamento, sendo este preenchido através do sufrágio universal, não há equilíbrio no plano constitucional e muito menos haverá do ponto de vista do funcionamento; se o Chefe do Estado for eleito por sufrágio universal, tal como o Parlamento, mas o Governo resultar simplesmente da vontade do primeiro, a sua legitimidade será diminuta quando comparada com a do Chefe do Estado⁵⁹.

A equivalência de legitimidades não é suficiente para gerar um sistema semipresidencial. É uma condição necessária, mas não suficiente⁶⁰. É por esse motivo que rejeitamos a ideia de que a introdução de sufrágio direto no processo de

57 Não nos parece necessário ir tão longe quanto Marcelo Rebelo de Sousa (SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O sistema de governo português*. 4. ed. Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 1992. p.14) ou Carlos Blanco de Moraes (MORAIS, Carlos Blanco de. As metamorfoses do semipresidencialismo português. *Revista Jurídica*, v. 22, p. 143, mar. 1998), que incluem na definição do sistema semipresidencial a legitimação por uma eleição realizada por sufrágio universal e direto do Presidente da República ou deste e do Parlamento.

58 No mesmo sentido, por exemplo, Sartori (SARTORI, Giovanni. Elogio del semipresidencialismo. *Rivista italiana di scienza politica*, v. 25, n. 1, p. 14, abr. 1995).

59 Poderá pôr-se a questão: por que é que se for o Chefe do Estado a nomear o Primeiro-Ministro e o Governo, sem intervenção do Parlamento, a legitimidade do executivo sai diminuída em comparação com o que sucede quando é o Parlamento a proceder à investidura? A resposta resulta das regras que a dinâmica política permitiu que a Ciência Política sistematizasse. Uma delas demonstra que, na relação entre órgãos em igualdade de planos, aqueles cuja composição é menos numerosa adquirem maior ascendente sobre os de composição mais numerosa. Na relação entre Governo e Parlamento, o primeiro, mais leve e eficaz, assume o papel de motor e quase tutor. A legitimidade do segundo transmite-se ou confunde-se, com a do primeiro sem grandes refrações. Na comparação entre Chefe do Estado (órgão singular) e Governo (órgão colegial), aquele sempre ultrapassará este em rapidez de decisão, coerência com uma linha uniforme e capacidade de diálogo direto com o público. O ascendente nunca deixará de ser do primeiro, pelo que a sua legitimidade não conhece uma tendência natural a comunicar-se em toda a sua dimensão ao segundo.

60 Sobre isto há pleno consenso entre a doutrina, a começar por Duverger. V. por todos Jorge MIRANDA, MIRANDA, Jorge. Le regime semi-presidential portugais entre 1976 et 1979. In: DUVERGER, Maurice (Org.). *Les regimes semi-presidentiels*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986. p. 137-138; CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 19.

eleição do Chefe do Estado seja alquimia suficiente para transformar um sistema parlamentar em semipresidencial.

4.4 SÍNTESE E APLICAÇÃO AOS EXEMPLOS DE DUVERGER

Em síntese, numa perspectiva *jurídico-constitucional*, o sistema de governo semipresidencial rege-se pelo princípio estrutural do *equilíbrio mínimo e de limitação mútua de três órgãos políticos – um chefe do estado (em regra, presidente da república), um gabinete ministerial chefiado por um primeiro-ministro e um parlamento –, detentores de legitimidade fungível e de efetivos poderes jurídicos, de ação positiva ou de obstaculização recíproca, um dos quais é o poder parlamentar de demissão do governo.*

Numa perspectiva de ciência política ou de *funcionamento*⁶¹, o sistema semipresidencial implica que *três órgãos políticos, chefe do estado, governo e parlamento, se limitem e equilibrem minimamente na definição e execução da orientação política do País, usando efetivamente ou podendo ameaçar o uso de poderes juridicamente atribuídos ou faticamente adquiridos, um dos quais é o poder parlamentar de demissão do governo.*

Esta proposta de contornos do sistema semipresidencial constitui em vários aspetos um corte com as teses de MAURICE DUVERGER e de outras hoje em voga.

DUVERGER defende que o sistema semipresidencial é um sistema *misto* enquanto nós entendemos que é um sistema *puro*. DUVERGER vê este sistema como o resultado da conjugação de elementos ou componentes dos sistemas parlamentar e presidencial. Do sistema parlamentar seria importada a possibilidade de o governo ser demitido pelo parlamento. Do sistema presidencial seria recebida a eleição do chefe de estado por sufrágio universal e a posse de poderes significativos. Ora, o que aqui se sustenta é que o sistema semipresidencial não é conceptualmente construído pela conjugação de elementos de outros, é sim caracterizado por elementos estruturais que só ele possui: existência de um tríptico de órgãos políticos com poderes efetivos que lhes permitem (ou exigem) o estabelecimento de equilíbrios variáveis entre si⁶².

Além disso, não parece coerente que um sistema de governo seja caracterizado quase exclusivamente por atributos relacionados com um dos órgãos políticos que o compõem, no caso o presidente, seja a forma de eleição, sejam as competências. Qualquer sistema de governo deve ser definido estruturalmente pelas relações que se estabelecem entre todos os componentes.

Por motivos adicionais, a orientação que adotamos também se afasta de outras, como a de ELGIE. O critério deste autor, centrado na eleição do presidente por sufrágio direto e na responsabilidade do governo perante o parlamento, embora de aplicação

61 Não acompanhamos Jorge R. NOVAIS, *Semipresidencialismo...*, p. 118, quando sustenta que que ninguém pode dizer o que seja uma *prática* semi-presidencial.

62 Embora também defenda inequivocamente a autonomia do sistema semipresidencial, a posição de Jorge R. NOVAIS, *Semipresidencialismo...*, pp. 125 ss., distancia-se da nossa na medida em que, numa linha que se filia em Duverger, destaca a combinação de componentes de outros sistemas, ainda que de forma específica, enquanto nós realçamos aquilo que é exclusivo do sistema semipresidencial ou seja, não presente nos outros sistemas.

fácil e objetiva, é um critério excessivamente aberto, que permite arrumar na mesma prateleira sistemas muito diversos. Admite que um sistema onde o presidente, apesar de eleito por sufrágio direto, não tem competências reais ou vê o seu exercício drasticamente condicionado pela atuação de outros órgãos – como sucede na Irlanda – seja classificado como semipresidencial não obstante a dificuldade de o distinguir claramente, seja no plano jurídico-constitucional, seja no plano do funcionamento, do sistema parlamentar. Um critério realmente distintivo deve ter em conta o modelo de repartição de competências entre os vários órgãos e não apenas uma competência de um dos órgãos, a competência de demissão do governo pelo parlamento (que, ainda por cima, também existe nos sistemas parlamentares).

Aplicando os critérios identitários do sistema semipresidencial e considerando agora dados que há quarenta anos DUVERGER não possuía, podemos dizer que o grupo que recebeu a sua atenção em 1978 sofre baixas ou, em alguns casos, requer precisões.

Uma aplicação estrita daqueles critérios levará a que se conclua que a Irlanda verdadeiramente não tem, nem nunca teve, um sistema semipresidencial, quer do ponto de vista jurídico-constitucional⁶³, quer do ponto de vista do funcionamento. O facto de o Presidente ser eleito por sufrágio universal (ainda por cima, só quando há mais do que um candidato, o que não sucedeu pelo menos seis vezes) não é suficiente para suprir a ausência de poderes efetivos que permitam o equilíbrio mínimo entre três poderes que é constitutivo do sistema semipresidencial.

Em França pode admitir-se que, não obstante o presidente francês ver a Constituição reconhecer-lhe menos poderes do que em outros casos de sistemas semipresidenciais, o sistema arquitetado pela Constituição se insere nesse grupo. No entanto, como já antecipámos, ao nível do funcionamento, a realidade é bem diferente. A esse nível tudo se tem passado como nos sistemas presidencialistas: um Presidente dotado de legitimidade única resultante de uma eleição por maioria absoluta lidera ou controla a maioria parlamentar e, por essa via, o Governo e dispõe do poder de dissolução do Parlamento. Este panorama é apenas interrompido fugazmente em momentos de cohabitação que, desde a revisão constitucional que nivelou nos cinco anos a legislatura e o mandato presidencial (2 de outubro de 2000), se tornaram previsivelmente mais raros.

A Áustria tem um sistema semipresidencial na Constituição, não obstante a prática de sistema parlamentar⁶⁴, só alterada aqui e além quando é necessário avivar os traços semipresidenciais (por exemplo, quando o Presidente Thomas Klestil assumiu um papel relevante na gestão política da situação resultante de o FPÖ, partido populista de extrema direita, negociar a sua entrada no governo após as eleições legislativas de 1999, suscitando fortes reações da UE⁶⁵).

63 Aliás, já o próprio Duverger dizia que “[n]a Irlanda, os poderes do presidente são tão fracos que até se poderia hesitar em dar-lhe o qualificativo de árbitro”: DUVERGER, Maurice. *Xeque mate*. Tradução port. de L’echec au roi. Lisboa: Edições Rolim, 1978. p. 29.

64 Mesmo no tempo de Theodor Körner e Adolf Schörf, que Duverger sublinha terem utilizado algumas prerrogativas constitucionais, diferentemente dos restantes presidentes austríacos: DUVERGER, Maurice. *Xeque mate*. Tradução port. de L’echec au roi. Lisboa: Edições Rolim, 1978. p. 41

65 O Presidente Klestil pressionou os líderes do ÖVP e do FPÖ, Wolfgang Schussel e Jörg Haider, respetivamente, a assinar uma declaração conjunta que respondesse às preocupações internacionais (“Responsibility for Austria - A Future in the Heart

O caso da Finlândia tornou-se crescentemente complexo e não consente uma resposta válida para todos os tempos. Historicamente, o texto constitucional atribui importantes poderes ao Presidente⁶⁶, designadamente de condução da política externa, questão vital para a Finlândia dada a vizinhança com a União Soviética (ou, mais recentemente, a Rússia) e a proximidade política e cultural com o Ocidente. A centralidade do papel presidencial foi vinculada por fatores estruturais e circunstanciais do sistema político, como o fracionamento do sistema partidário ou as longas presidências de homens carismáticos e longevos, como Uhro Kekkonen⁶⁷. Sem embargo, parte relevante da doutrina finlandesa inclina-se para que, exceto no que respeita à condução da política externa, o sistema de governo do seu país funciona como parlamentar. Porém, é duvidoso que assim seja. Pelo menos até à década de 1980 (momento da saída de Kekkonen, em 1981), o que se viu na Finlândia foi uma conjugação de fatores propícios a um sistema semipresidencial, na Constituição e na realidade, com pendor presidencialista circunstancial (quando o Presidente ocupou o centro do dispositivo político, governando e liderando o executivo, submetendo até o Parlamento). A partir da década de 1980, sobretudo com a presidência de Koivisto (1982/1988), há um reforço da figura do Primeiro-Ministro e do Governo no âmbito do sistema de governo⁶⁸. Esse fator foi consolidado pelas reformas constitucionais (1987, 1991, 1993, 1994 e 1995) que, embora incluindo a certo ponto a alteração do modo de eleição do Presidente, tornando-a formalmente direta, deram mais autonomia e competências ao governo e limitaram os poderes presidenciais. Mas, à primeira vista, este reajustamento de poderes não apenas não pôs em causa a hipótese semipresidencial, como até trouxe um figurino mais próximo do espírito de equilíbrio que preside ao sistema semipresidencial, designadamente tornando mais difíceis eventuais tentações presidencialistas. Não obstante, não era possível excluir uma evolução, no plano do funcionamento, para um sistema puramente parlamentar, tal como não era possível antecipar com segurança que o sistema funcionaria como semipresidencial, com o Presidente a reivindicar o exercício pleno ou maximalista dos seus poderes⁶⁹.

Esta ambivalência subsistiu mesmo depois da aprovação de nova Constituição em 1999 e da sua entrada em vigor em 2000 (texto único que substituiu os parcelares anteriormente vigentes). Nesta Constituição, mais uma vez, são reforçados os poderes do Parlamento e a independência do Governo em relação ao Presidente. Este continua a ser eleito diretamente, para um mandato de 6 anos e a ter relevantes poderes, particularmente na frente internacional. Mas, na frente interna, perde o poder de nomear o Primeiro-Ministro, que passa para o Parlamento,

of Europe”): v. sobre o assunto FREEMAN, Heather B. Austria: the 1999 Parliament Elections and the European Union Members’ Sanctions. *Int’l & Comp. L. Rev.*, 109, p. 119, 2002. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol25/iss1/5>>.

66 Sobre os poderes do Presidente finlandês v. JANSOON, Jan-Magnus. Le régime semi-présidentiel finlandais: dispositions légales, pratique politique. In: DUVERGER, Maurice (Org.). *Les régimes semiprésidentiels*, Paris: Presses Universitaires de France, 1986. p. 103 et seq.; FUSARO, Carlo. La Finlandia in transizione fra semipresidencialismo reale, semipresidencialismo apparente e parlamentarismo. In: PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo (Org.). *Semipresidencialismi*. Padova: CEDAM, 1997. p. 79.

67 Presidente entre 1956 e 1981.

68 SORSA, V. K. La situation juridique du Premier ministre de Finlande en face du Président de la République. In: DUVERGER, Maurice (Org.). *Les régimes semi-présidentiels*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986. p. 29.

69 Como parece ter sucedido com Martti Ahtisaari, o Presidente eleito em 1994, já no quadro do novo regime eleitoral.

mantendo apenas algum papel quando os partidos parlamentares têm dificuldade em se entender sobre um Primeiro-Ministro. As condições institucionais próprias do sistema semipresidencial não desaparecem, uma vez que ele admite várias configurações. Mas as competências constitucionais do Presidente são, mais uma vez, restringidas, ficando o seu poder efetivo mais dependente das circunstâncias políticas. No momento presente, o Presidente Sauli Niinistö, eleito em 2012 e reeleito em 2018 à primeira volta (pela primeira vez desde a primeira eleição por voto direto em 1994) com mais de 60% dos votos, tem assumido liderança na renovadamente importante frente internacional da política finlandesa, com o beneplácito do Primeiro-Ministro, parecendo claro que o sistema não corresponde ao puro modelo parlamentar nem na Constituição nem no funcionamento.

Dos casos analisados por DUVERGER, o português era o mais recente e o menos experimentado. Não obstante, talvez tenha sido o que desempenhou o papel de gota de água que o convenceu da viabilidade da definitiva emancipação teórica do sistema semipresidencial⁷⁰. E embora o sistema português não esteja imune a derivas ao nível do funcionamento, tem sido aquele que mais consistente e estavelmente confirma a visão científica do Professor francês.

5 O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA SEMIPRESIDENCIAL

Alguns apontam que o sistema semipresidencial tem uma existência efémera e contingente. Mesmo que nos textos constitucionais ou na prática se tenha logrado um tendencial equilíbrio entre os vários órgãos, tal equilíbrio, a nível do funcionamento, é instável por natureza, sendo inclinação normal o seu rompimento a prazo, temporário ou definitivo⁷¹.

Nesta perspetiva, só em condições excepcionais ou transitórias um sistema semipresidencial na Constituição teria um funcionamento conforme a moldura jurídica que o enquadra. E sistema que funcione como semipresidencial, mas que não o seja na Constituição está condenado a prazo. Em qualquer dos casos, a tendência será para o funcionamento coincidir ou confundir-se com o de outros sistemas menos «artificiais», como será o caso do parlamentar e do presidencial.

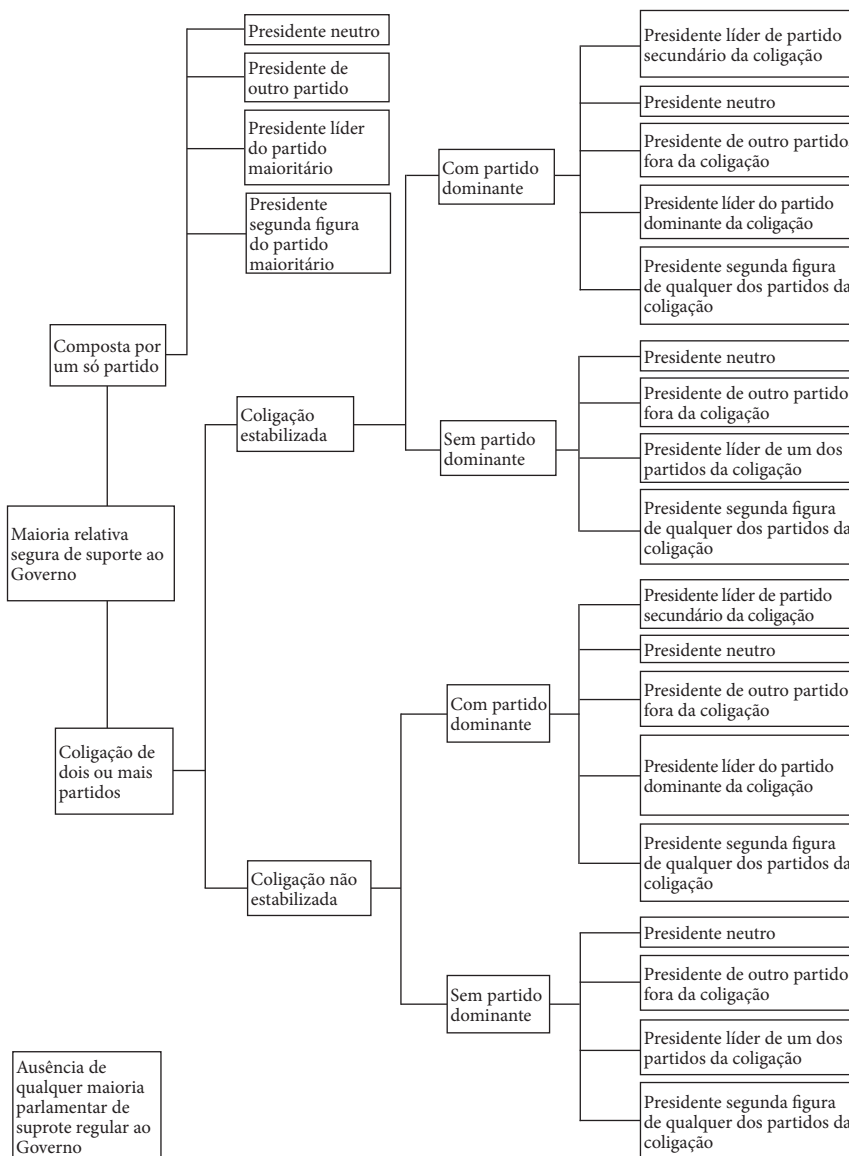
A leitura cruzada de alguns autores cétricos em relação à autonomia do sistema semipresidencial revela que tais condições excepcionais resultariam de especiais conjugações de fatores exógenos ao sistema de governo. Particularmente de três: o tipo de sistema de partidos, o tipo de maioria existente no Parlamento e

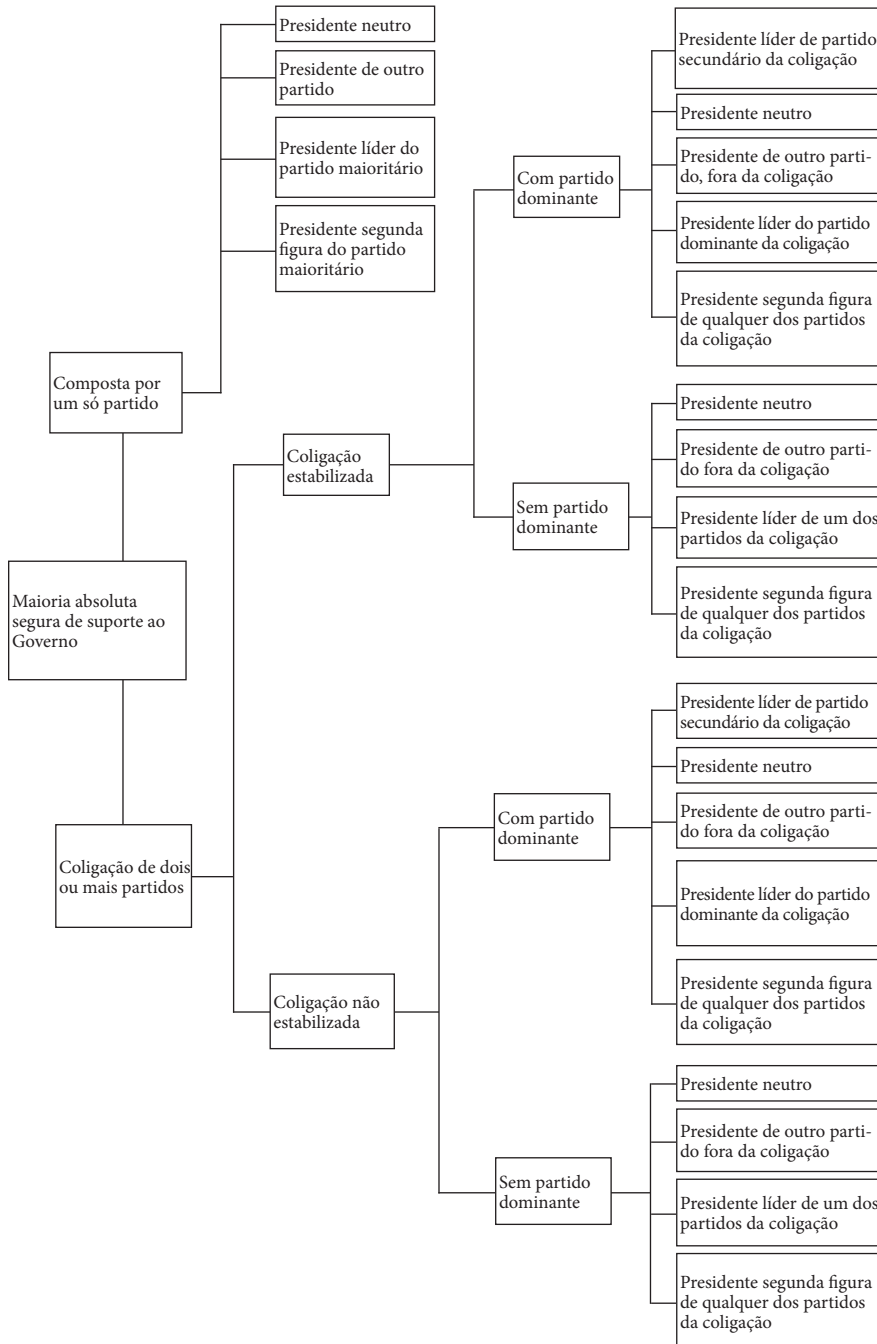
70 É certo que não foi em 1978 que Duverger se referiu pela primeira vez ao conceito semipresidencial. Em Duverger (DUVERGER, Maurice. *Le concept de régime semi-présidentiel*. In: DUVERGER, Maurice (org.). *Les régimes semi-présidentiels*. Paris: Presses universitaires de France, 1986, p. 7), reivindica o batismo do sistema num escrito de 1970, o muito utilizado (DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 11. ed. Paris: Presses universitaires de France, 1970. p. 277-282 *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 11. ed., pp. 277/282) há tradução em língua portuguesa de uma edição posterior: *Os grandes sistemas políticos*, Coimbra, 1985). Não pode deixar de se notar, porém, que pela mesma altura a expressão semipresidencialismo era utilizada em Portugal, embora com referência a realidades diferentes: assim, Afonso Queiró, em parecer sobre um dos projectos que antecederam a revisão constitucional de 1971, o projecto de lei n.º 6/x (apud Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, 5.ª ed., Lisboa, 1996, p. 311, nota 2). Apesar do uso anterior do *nomen*, foi só em 1978 que a ele foi associado pelo Professor francês, com intencionalidade e profundidade, um *corpus* com pretensões científicas.

71 Nesse sentido, Jean Claude COLLIARD, prefácio à obra de Emídio da Veiga DOMINGUES, *Portugal Político. Análise das Instituições*, p. 18.

a relação entre o Chefe do Estado e essa maioria. Só uma excecional conjugação de fatores sustentaria o sistema semipresidencial. A ausência de uma conjugação adequada desses fatores inviabilizá-lo-ia, o que fragilizaria o sistema ao nível da própria autonomia conceitual.

Ensaíamos as possíveis conjugações destes fatores no quadro seguinte:





Perante este quadro, será possível, em abstrato, enunciar caso a caso quais as situações em que o sistema poderá funcionar como semipresidencial?

É exercício pouco viável, até porque outros fatores mais ou menos circunstanciais, sempre possíveis, quando se trata de comportamentos humanos ou de instituições, poderiam aqui e ali desmentir qualquer conclusão abstrata.

Poderá, quando muito, sugerirem-se algumas tendências.

Nessa perspectiva, aceita-se que, sendo o sistema semipresidencial um sistema baseado num tendencial equilíbrio de poderes e na distribuição racional de funções e tarefas entre três órgãos, o funcionamento desse sistema será tanto mais potenciado quanto a concreta conjugação de fatores exógenos, sejam eles de natureza fáctica ou institucional, favoreça o equilíbrio automático entre órgãos e o exercício efetivo de competências.

Ora, à partida, a experiência revela que o equilíbrio dos órgãos está ameaçado quando, por exemplo, há:

- uma coincidência entre a maioria presidencial e a maioria parlamentar de suporte ao governo, sendo esta absoluta e o chefe do estado líder de facto do partido maioritário. Nessa situação, a tendência será para um desequilíbrio a favor do chefe do estado (presidencialismo, ou sistema presidencial impuro);
- coincidência entre a maioria presidencial e a maioria parlamentar, sendo também esta absoluta, mas o chefe do estado é uma figura secundária do partido maioritário. A tendência será para uma concentração de poderes no líder do partido maioritário, qualquer que seja o cargo que ele exerça, presumivelmente o cargo de primeiro-ministro (sistema parlamentar de gabinete ou racionalizado);
- coincidência entre maiorias que não se baseiam num só partido, mas numa coligação estabilizada, sendo o chefe do estado o principal líder da coligação. Mais uma vez, desequilíbrio a favor do chefe do estado, embora talvez menos acentuado que na primeira situação (também presidencialismo ou sistema presidencial impuro, eventualmente com algumas *nuances* semipresidenciais);
- coincidência entre maiorias, com coligação estabilizada, sendo o chefe do estado figura secundária de um dos partidos dessa coligação, ou líder de um partido menor. Desequilíbrio a favor do líder da coligação, presumivelmente a exercer as funções de primeiro-ministro (sistema parlamentar de gabinete; na hipótese, altamente improvável, de o líder da coligação permanecer no parlamento, não assumindo o cargo de primeiro-ministro, poderá ser parlamentarismo de assembleia).

Em contrapartida, pode dizer-se com algum grau de segurança que o funcionamento equilibrado propício ao semipresidencialismo verificar-se-á quando houver:

- uma maioria relativa de um só partido que suporta disciplinadamente o governo, não coincidindo a maioria presidencial com a maioria parlamentar, isto é, sendo o chefe do estado de área política diversa ou neutro;
- uma maioria relativa e disciplinada de uma coligação estabilizada, sendo o chefe de estado de área política diferente ou neutro, ou líder de um dos partidos da coligação;

- uma maioria absoluta de suporte ao governo, formada por um só partido, sendo a maioria presidencial diferente, por o chefe de estado pertencer a um partido distinto ou por ser neutro;
- uma maioria absoluta de suporte ao governo, garantida por uma coligação estabilizada, sendo o chefe de estado proveniente de um partido não representado na coligação, neutro ou líder de um dos partidos minoritários da coligação.

Entre as situações acabadas de enunciar em que, ressalvados quaisquer variáveis contingentes de previsão abstrata impossível, ou há tendência automática para o desequilíbrio ou para o equilíbrio, o quadro apresentado revela-nos um número considerável de hipóteses onde é difícil fazer um prognóstico seguro. Fatores como a tradição política e institucional do estado em causa, a agenda política do momento (designadamente a boa ou má “forma” política de cada um), a cultura política da comunidade, a existência ou não de acordos pré ou pós-eleitorais, a circunstância de algum dos principais atores estar em final de mandato ou ter um problema de saúde e, sobretudo, a personalidade dos atores políticos do momento, poderão ser decisivas na consumação de um equilíbrio interorgânico ou na radicalização de tendências concentracionárias.

Exemplificando: no início seria impossível prever com segurança qual o padrão de funcionamento do sistema em Portugal nas circunstâncias políticas criadas a partir do último quartel de 1995 (primeiro governo de António Guterres), quando se registou a existência de uma maioria relativa que suportava parlamentarmente um Governo monopartidário, coincidência de cor político-partidária entre o Presidente da República e o Governo, sendo o Presidente uma figura destacada do partido do Governo, mas já não o seu líder, e sendo o Primeiro-Ministro o líder do partido que suportava o Governo. Ficou demonstrado que o sistema semipresidencial pode funcionar também nesse cenário político - inovatório na altura e não repetido desde então em Portugal.

O desenvolvimento anterior suscita uma conclusão: não é inverídico que o *funcionamento* de um sistema à maneira semipresidencial requer mais do que uma simples organização jurídico-constitucional apropriada. A ausência de uma propícia conjugação de fatores exógenos ao sistema de governo poderá levar com grande probabilidade a um auto-reajustamento desse sistema a nível do funcionamento. Nessas circunstâncias, o modelo constitucional conhecerá uma espécie de hibernação até que se reúnam condições de aplicabilidade (que podem não ocorrer a longo prazo).

Mas esta sensibilidade do sistema semipresidencial à influência de fatores exógenos não significa que esses fatores sejam mais decisivos que o enquadramento institucional ou jurídico⁷².

72 Não pode, por isso, aderir-se à opinião de Braga da Cruz (CRUZ, Manuel Braga da. O Presidente da República na génese e evolução do sistema de governo português. *Análise Social*, v. 29, 125/126, p. 264, 1994), de que «os poderes presidenciais, encarados do ponto de vista real e não meramente formal, dependem mais da posição do Presidente em face do sistema de partidos do que propriamente do enquadramento institucional». Em Portugal tem sido notório que, apesar de os cinco Presidentes que se sucederam desde 1976 terem estado em posições radicalmente diversas face ao sistema partidário (v. *infra*), os seus poderes reais não tiveram uma oscilação drástica. E a única ocasião em se discutiu o problema do aumento ou diminuição dos poderes reais do PR foi a propósito da revisão constitucional de 1982.

Além disso, nada permite concluir que a conjugação de circunstâncias propícias ao sistema semipresidencial seja excepcional ou tenha um grau de transitoriedade muito superior à que se regista quanto a outros modelos de sistema de governo⁷³.

Efetivamente, a dependência ou sensibilidade do sistema semipresidencial face a pressupostos exógenos não é exclusivo seu⁷⁴. Também outros sistemas, nomeadamente os parlamentares e presidenciais, carecem de particulares conjugações de variáveis exteriores para funcionarem nos modos que apontámos serem deles característicos. Por exemplo, o sistema presidencial teria muitas dificuldades em funcionar como funciona nos EUA se sistema partidário não tivesse o perfil que tem aí. Um sistema de partidos em que imperasse uma disciplina partidária do género da que observamos em partidos das democracias europeias conduziria, na falta de acordo, ou à paralisação do sistema (quando Presidente e maioria do Parlamento não pertencessem ao mesmo partido), ou ao domínio do Presidente (quando este fosse o líder do partido maioritário no Parlamento). Uma terceira hipótese, também concebível, mas menos provável, seria a predominância da maioria parlamentar caso o Presidente pertencesse ao partido maioritário, mas não o liderasse.

Por outro lado, o sistema parlamentar de gabinete depende muito da conjugação do sistema partidário e das relações entre maioria e primeiro-ministro: um sistema multipartidário perfeito (isto é, com mais do que dois partidos com pretensões de acesso e liderança do governo) só muito dificilmente toleraria ou seria o ambiente perfeito para aquele sistema de governo.

6 A ESCOLHA SEMIPRESIDENCIAL

À primeira vaga e à segunda vaga, sucedeu-se uma terceira vaga, de difusão e massificação do sistema semipresidencial pelos quatro cantos do Mundo, logo a seguir à queda do Muro de Berlim. Com a sua surpreendente capacidade de adaptação em várias zonas do globo na Europa e fora da Europa, o sistema semipresidencial deixou de ser um mero ensaio europeu e tornou-se um caso de sucesso universal. É certo que algumas vezes esse sucesso e a adoção do sistema são fruto de equívocos resultantes de lhe serem imputados traços ou vantagens que ele não proporciona. Mas, mesmo descontados esses equívocos, não deixa de se poder falar de um processo de massificação e proliferação de experiências semipresidenciais, com tendência para aumentar.

Qual a razão da (aparentemente) repentina popularidade do sistema de governo semipresidencial?

As primeiras tentativas de instauração do sistema semipresidencial, na primeira e na segunda vaga, parecem ter sido movidas, sobretudo, por três objetivos.

73 Ainda que, com Jorge R. NOVAIS, *Semipresidencialismo...*, p. 129, se possa admitir que o sistema semipresidencial comporta um espectro de possibilidades de funcionamento mais amplo.

74 Embora, como sublinha, por exemplo, Blanco de Moaris (MORAIS, Carlos Blanco de. As metamorfoses do semipresidencialismo português. *Revista Jurídica*, v. 22, p. 150, mar. 1998), mais do que qualquer outro sistema, «o semipresidencialismo exprime uma grande sensibilidade evolutiva em relação à influência que a prática político-constitucional e partidária exerce sobre a sua geometria».

Primeiro, conceber um sistema que facilitasse a *estabilidade política* e não fosse atingido pela instabilidade endêmica de muitos ensaios de sistemas parlamentares. DUVERGER sustenta com inteira propriedade que o sistema semipresidencial nasce das fraquezas do sistema parlamentar⁷⁵. Segundo, garantir um *equilíbrio mais perfeito de poderes*, com efetiva limitação mútua, de modo a evitar tentações hegemônicas de um só órgão (parlamento, chefe de estado, primeiro-ministro). Terceiro, evitar eventuais situações de bloqueamento, propiciadas, por exemplo, em casos de sistemas presidenciais inspirados no sistema dos EUA, pela reiterada impossibilidade de formação de maioria parlamentar de apoio a iniciativas legislativas do Presidente ou pelo sistemático uso do veto por este último. Mas estas preocupações, em particular a segunda, estiveram certamente também presentes no espírito de muitos dos arquitetos dos sistemas semipresidenciais da terceira vaga.

Quanto a esta última poderá ter havido razões adicionais. Observe-se que muitos dos países que adotaram o sistema de governo semipresidencial transitaram diretamente de sistemas de governo de concentração de poderes para o sistema de separação e limitação de poderes semipresidencial ou viveram situações de pré-ruptura institucional.

Essa circunstância já era visível na segunda vaga (em Portugal) e é muito expressiva a partir da terceira vaga, verificando-se uma adesão significativa (embora menor do que alguns sustentam...⁷⁶) ao sistema semipresidencial por parte de países euroasiáticos e africanos (Sri Lanka na Ásia; alguns países de língua oficial portuguesa, como, pelo menos, Cabo Verde e S. Tomé e Príncipe, em África e Timor Leste, na Ásia⁷⁷), bem como de países da Europa oriental e central e resultantes do desmembramento da ex-União Soviética (Polónia, Roménia, Bulgária, Eslovénia, Croácia; Lituânia e Ucrânia⁷⁸⁻⁷⁹). O sistema exerce particular

75 DUVERGER, Maurice. *Xeque mate*. Tradução port. de L'echec au roi. Lisboa: Edições Rolim, 1978, p. 27. Recorde-se, além disso, que Duverger sustenta que o sistema semipresidencial facilita os governos minoritários.

76 Ver listagens *supra*. É certo que se pretendessemos ser exaustivos, o elenco seria mais extenso do que o apresentado de seguida. Mas nesta ocasião visamos apenas a “popularidade” do sistema semipresidencial em certos contextos da evolução política, pelo que não vamos mais longe do que citar alguns casos indiscutíveis.

77 V., em geral: LOBO, Marina Costa; NETO, Otávio Amorim (Org.). *O semipresidencialismo nos países de língua portuguesa*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2009.

78 Para alguns autores, a própria Rússia devia ser considerada: ELGIE, Robert (Ed.). *The Politics of semi-presidentialism*. In: *Semi-presidentialism in Europe*. Oxford, UK: OUP Oxford, 1999, p. 14. Alguns optam por fórmulas mitigadas, como a que sustenta que o modelo russo da Constituição de 1993 está a meio caminho entre o sistema semipresidencial e o sistema presidencialista. Cfr. RINELLA, Angelo. *La forma di governo semi-presidenziale: profili metodologici e circolazione del modello francese in Europa centro-orientale*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 251 et seq.; VOLPI, Mauro. *Le forme di governo*. In: G. MORBIDELLI; L. PEGORARO; A. REPOSO; M. VOLPI (Org.). *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bolonha, 1995, p. 355 et seq. Não distante está Carlos Blanco de Moraes (MORAIS, Carlos Blanco de. *As metamorfoses do semipresidencialismo português*. *Revista Jurídica*, v. 22, p. 149, mar. 1998) quando classifica o sistema russo como um sistema «semipresidencialista de pendor presidencial reforçado». Propendemos a considerar que a Constituição russa adota um puro sistema presidencialista que, no plano do funcionamento, apenas foi disfarçado quando Vladimir Putin desempenhou as funções de Primeiro-Ministro (2008-2012, presidencialismo de primeiro-ministro), prevalecendo inequivocamente nos períodos em que aquele exerce funções presidenciais.

79 O caso ucraniano exige uma nota. O sistema vigente até ao final de 2004 foi o presidencialista (e não o semipresidencialista, ao invés do que sustenta, por exemplo Robert ELGIE, «The Politics of semi-presidentialism», cit., 14). Com a revisão constitucional provocada pela contestação popular que rodeou as eleições presidenciais de Novembro de 2004, o sistema “semipresencializou-se”, uma vez que o Presidente perdeu poderes e o Parlamento reforçou os seus, designadamente no que toca à eleição do Primeiro-Ministro. Isto (conjugado com o facto da saída de Leonid Kuchma, presidente anterior tendencialmente concentracionário) gerou um tardio sistema de governo semipresidencial no contexto dos países resultantes da desagregação da União Soviética, situação consolidada após os acontecimentos posteriores à queda de Viktor Yanukovich em fevereiro de 2014.

atração nos casos em que o país acabou de sair de uma prolongada situação de concentração de poderes em ambiente totalitário ou autoritário. Embora não seja inédito ou improvável que um país já com democracia consolidada evolua para o sistema semipresidencial⁸⁰, este tem sido adotado, sobretudo, por aqueles países que querem pôr uma pedra sobre uma experiência ditatorial ou autoritária mais ou menos duradoura recentemente superada.

Nesse contexto, pesou presumivelmente uma preocupação de facilitação do processo de transição entre o sistema de governo antigo e o novo. Sem correr o risco de simplificação excessiva, pode admitir-se que o antigo teria invariavelmente como característica a existência de um órgão presidencial (o chefe, o ditador) forte e hegemónico, um conjunto de ministros dependentes dele e uma assembleia parlamentar mais ou menos irrelevante e sem qualquer tradição ou peso efetivo no processo político. Ora, ironicamente, apesar de ser um sistema baseado estruturalmente no princípio do equilíbrio e separação tripartida de poderes, a instauração de um sistema semipresidencial a partir de modelos de concentração de poderes típicos do autoritarismo ou do totalitarismo requer alterações orgânico-estruturais e procedimentais menos profundas do que a instauração de um sistema puramente parlamentar (ou, até, puramente presidencial). Em termos formais, os órgãos do sistema semipresidencial são similares aos que, em princípio, já existiam. No entanto, calibra-se a função presidencial, retirando-se-lhe a posição hegemónica sem a neutralizar por completo; dá-se maior autonomia ao primeiro-ministro e aos ministros face ao chefe do estado; e entrega-se poder efetivo ao parlamento.

Mas também em situações de crise, com pré-ruptura institucional, o modelo semipresidencial tem capacidade de atração, devido às garantias de equilíbrio e de limitação mútua de poderes.

Outros aspetos relevantes serão quer a “redescoberta” da função presidencial, num contexto em que a personalização do poder é mais irresistível do que nunca, quer o facto de muitos países se terem inspirado em experiências de que se sentem próximos ou que conhecem melhor. É o caso dos PALOP em relação a Portugal, de alguns países de Leste da Europa em relação a França ou da Tunísia em relação a França (mas também Portugal).

80 O debate da evolução do sistema emerge mesmo em geografias onde outro sistema está fortemente enraizado na história e na cultura políticas. Por exemplo, o sistema mexicano (Constituição de 1917), embora formalmente semelhante ao sistema presidencial dos EUA, funcionou historicamente como sistema presidencialista, uma vez que o presidente era o chefe do partido hegemónico, o PRI, sobre o qual impunha disciplina suficiente para que as suas medidas não tivessem qualquer dificuldade no Congresso. No final da década de 1990, com o advento de uma situação de maior equilíbrio partidário, protagonizado por três partidos capazes de obter votações substanciais (o PRI, o PAN e o PRD) e a ausência de maiorias presidenciais claras no Congresso, o Presidente passou a ter dificuldades em obter o apoio suficiente para as suas medidas. O Presidente Vicente Fox (eleito em 2000, com apoio do PAN e derrotando o PRI pela primeira vez) não conseguiu impor as suas grandes reformas, designadamente a fiscal e a energética. Houve, por isso, uma situação de bloqueio e falou-se de esgotamento do sistema presidencial ou presidencialista mexicano. Uma das hipóteses para a superação dessa situação, apontada por alguns sectores, seria a adoção de um sistema semipresidencial: v. por exemplo CAMACHO, Manuel. México: presidencialismo agotado. In: *El País* de 9 de dezembro de 2004, mais recentemente, BRIHUEGA, Carrasco Daniel. El semi-presidencialismo francés v.s. el presidencialismo mexicano. Notas para su análisis y discusión, 2012. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/tec-sistecat/n13/semi-presidencialismo-frances-presidencialismo-mexicano.html>>. O debate para a evolução semipresidencial existe também no Brasil. V., por exemplo, TAVARES, Marcelo Leonardo. Semipresidencialismo no Brasil. Por que não? In: *RIL Brasília*, a. 54 n. 215, jul./set. 2017, p. 59 et. seq. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p59.pdf>, com mais bibliografia.

7 POR QUE FALHAM OS SISTEMAS SEMIPRESIDENCIAIS?

Para além da ausência de conjugação de circunstâncias institucionais e políticas já referidas acima, um motivo muito plausível para um eventual colapso do sistema em alguns países onde tenha sucedido a sistemas de concentração de poderes é a permanência latente de reminiscências do sistema antigo ou o enraizamento social de concepções e de referências de poder que resistem a uma nova distribuição e limitação desse poder. Se um país acaba de sair de uma ditadura onde imperava um senhor todo poderoso, é possível que os cidadãos continuem a aceitar em democracia uma macrocefalização de um órgão presidencial. Se na cultura de um povo está enraizada a ideia de um chefe (autocrático, carismático, militar, tribal, tradicional, etc.) é de esperar que essa representação se projete ao nível do sistema de governo e que potencie um desequilíbrio a favor de um órgão individual como o chefe de estado, mesmo que a constituição não queira consentir esse desequilíbrio. Em África, é bem possível que estes fatores sejam ainda decisivos.

8 BREVE NOTA SOBRE O CASO PORTUGUÊS

Sem ignorar as oscilações mais ou menos pronunciadas e as alterações relativamente frequentes de circunstancialismos e equilíbrios políticos — e até as modificações constitucionais —, o sistema de governo português tem funcionado desde 1976 com as tonalidades típicas do modelo semipresidencial. Esta consistência tem sido, porventura, um indicador que tem servido para consolidar a ideia de sistema semipresidencial como um *tertio genus* viável.

Apesar de uma tendência para a presidencialização em algumas épocas do primeiro mandato de Ramalho Eanes, da «governamentalização» em períodos de governos maioritários ou até da aparência de um sistema de dois primeiros-ministros desde 2016, não se confirmam os receios ou os anúncios de substituição do sistema semipresidencial por um sistema parlamentar⁸¹ ou por qualquer outro figurino⁸². *Grosso modo*, isso deve-se a que os factores exógenos, a que aludimos anteriormente, se combinaram favoravelmente e também a uma gradual interiorização do sistema semipresidencial pela sociedade política e civil.

Desde 1976 ao momento presente, recenseamos treze períodos relevantes para estudo do modo de funcionamento do sistema de governo:

– o período do I Governo Constitucional, de meados de 1976 até finais de 1977, liderado de Mário Soares, suportado por um único partido (Partido Socialista ou PS), detendo uma maioria relativa de suporte parlamentar, coexistindo com um Presidente nominalmente neutro (Ra-

81 Neste último sentido, v. CORKILL, David. The Political System and the Consolidation of Democracy in Portugal. *Parliamentary Affairs*, v. 46, n. 4, p. 525, 1993; SARTORI, Giovanni. Elogio del semipresidencialismo. *Rivista italiana di scienza politica*, v. 25, n. 1, p. 12, abr. 1995.

82 Como o presidencialismo de Primeiro-Ministro, de Adriano Moreira, após 1987 (MOREIRA, Adriano. O regime: presidencialismo do Primeiro-Ministro. In: COELHO, Baptista (Org.). *Portugal: o sistema político e constitucional, 1974-1987*. Lisboa: Universidade de Lisboa. p. 31)

malho Eanes), não obstante ter sido apoiado pelo partido do Governo (PS) nas eleições presidenciais de 1976;

– o período do II Governo constitucional, até meados de 1978, chefiado por Mário Soares, suportado por uma coligação partidária pós-eleitoral (PS e Centro Democrático Social ou CDS), com maioria absoluta no Parlamento, coexistindo com um Presidente neutro (Ramalho Eanes);

– o período dos chamados Governos de iniciativa presidencial, de Agosto de 1978 a Dezembro de 1979, todos de curtíssima duração, caracterizados por não assentarem em nenhum partido, não reunirem apoio majoritário seguro (absoluto ou relativo) no Parlamento e repousarem essencialmente na confiança do Presidente Ramalho Eanes;

– o período dos governos da Aliança Democrática (Partido Social Democrata ou PSD, CDS e outros) e do Bloco Central (PS-PSD), entre Janeiro de 1980 e meados de 1985. Governos sustentados por maiorias absolutas asseguradas por coligações não totalmente estabilizadas, coexistindo com um Presidente entre neutro e hostil (Ramalho Eanes);

– o período do primeiro Governo de Cavaco Silva (PSD), de novembro de 1985 a agosto de 1987, com maioria relativa no Parlamento. Nos tempos iniciais, o Presidente (Ramalho Eanes) foi neutro, sendo depois substituído por outro (Mário Soares) proveniente do principal partido da oposição (PS);

– o período dos Governos de maioria absoluta liderados por Cavaco Silva (PSD), desde agosto de 1987 até outubro de 1995, coabitando com um Presidente (Mário Soares) proveniente do principal partido da oposição (PS);

– o período dos Governos de maioria relativa de António Guterres (PS), de outubro 1995 a abril de 2002, coincidindo com Presidentes da República do mesmo partido (Mário Soares e Jorge Sampaio), mas que não eram seus líderes;

– o período dos Governos de maioria absoluta da coligação PSD-CDS, chefiados por Durão Barroso e Santana Lopes, de abril de 2002 a março de 2005, coabitando com um Presidente da República (Jorge Sampaio) proveniente do principal partido da oposição (PS);

– o período do Governo de maioria absoluta liderado por José Sócrates (PS), de março de 2005 a setembro de 2009, coabitando a maior parte do mandato com um Presidente da República (Cavaco Silva) proveniente do principal partido da oposição (PSD);

– o período do Governo de maioria relativa liderado por José Sócrates (PS), de setembro de 2009 a junho de 2011, coabitando com um Presidente da República (Cavaco Silva) proveniente do principal partido da oposição (PSD);

– o período do Governo de maioria absoluta da coligação PSD/CDS, liderado por Pedro Passos Coelho, de junho de 2011 a outubro de 2015, coincidindo com um Presidente da República (Cavaco Silva) proveniente do principal partido do Governo (PSD);

- o período do Governo de maioria relativa da coligação PSD/CDS, liderado por Pedro Passos Coelho (PSD), de outubro a novembro de 2015, coabitando com um Presidente da República (Cavaco Silva) proveniente do principal partido do Governo (PSD);
- o período do Governo de maioria relativa, com apoio parlamentar dos partidos à esquerda (Partido Comunista, Bloco de Esquerda e Partido Ecologista “Os Verdes”) liderado por António Costa (PS), de novembro de 2015 em diante, coabitando com Presidentes (Cavaco Silva e Marcelo Rebelo de Sousa) provenientes do principal partido da oposição (PSD).

Não é difícil concluir que o eleitorado, de certa forma interiorizando subliminarmente o sistema de governo numa aceção quase purista, tem favorecido um modelo essencialmente competitivo. Em muitas das ocasiões em que a questão se colocou, gerou soluções de pendor diverso na Presidência e na Assembleia – “maioria” presidencial diferente da maioria parlamentar-, sem que qualquer das componentes institucionais do sistema de governo pudesse ler as eleições respectivas de um modo que legitimasse a conclusão de que a vontade popular tinha sufragado o seu programa ou a sua legitimidade em detrimento da agenda ou da legitimidade do outro órgão. Nestas circunstâncias, não sobra outra alternativa que não a coabitação política, com vigilância e auto-contenção permanente, pontuada aqui e ali por um forte diálogo político entre Presidente da República e Primeiro-Ministro: Ramalho Eanes/Mário Soares (em dois Governos); Ramalho Eanes/Sá Carneiro; Ramalho Eanes/Pinto Balsemão, Mário Soares e Cavaco Silva; Jorge Sampaio / Durão Barroso e Santana Lopes; Jorge Sampaio e Cavaco Silva/José Sócrates; Cavaco Silva e Marcelo Rebelo de Sousa / António Costa.

Só em períodos limitados o sistema funcionou de acordo com outra pauta política (Mário Soares e Jorge Sampaio / António Guterres, Cavaco Silva / Passos Coelho), não por ter sido deliberadamente procurada ou solicitada do eleitorado⁸³ a coincidência entre maioria parlamentar e “maioria presidencial”, mas pela conjugação de circunstâncias de certo modo incomuns. A coexistência entre o Primeiro-Ministro António Guterres (PS) e o Presidente Jorge Sampaio (com o apoio do PS), desde o início de 1996, foi facilitada pela circunstância de nas eleições presidenciais de 1996, que se seguiram à posse do Governo de António Guterres, em outubro de 1995, o principal opositor de Jorge Sampaio ter sido Cavaco Silva (apoiado pelo PSD), que tinha acabado de deixar o cargo de Primeiro-Ministro marcado pela erosão de 10 anos de poder⁸⁴. A coincidência entre o Primeiro-Ministro

83 Aliás, quando houve apelos explícitos e deliberados a “uma maioria, um governo, um presidente”, ou seja, à eleição de um Presidente e de uma maioria parlamentar irmanados pela mesma linha político-partidária, em 1980/81 (AD/Sá Carneiro) e em 1986 (PSD/Cavaco Silva) não surtiram.

84 Sendo de registar, além disso, que o facto de os dois Governos de António Guterres nunca terem beneficiado do apoio de uma maioria absoluta na Assembleia da República evitava a decisão em circuito fechado própria da lógica «uma maioria, um Governo, um Presidente». A competitividade do sistema esbatia-se na relação entre Presidente e Governo, mas ressurgia na relação entre Governo e Parlamento, assumindo o Presidente um papel moderador de um eventual excessivo pendor parlamentar. Por outro lado, tendo em conta as relações não totalmente articuladas entre António Guterres e Jorge Sampaio (que, de certa forma, impôs a sua candidatura ao PS liderado por António Guterres), a candidatura presidencial de Jorge Sampaio não foi feita em nome do princípio «uma maioria, um Governo, um Presidente», pelo que as lógicas políticas de actuação do Primeiro-Ministro e do Presidente da República não tinham forçosamente que coincidir, já que não se subordinavam a um programa comum ou uniformizador da acção política.

Passos Coelho (PSD) e o Presidente Cavaco Silva (eleito com o apoio do PSD) resultou de este ter sido reeleito nas eleições presidenciais de 2011, quando ainda era Primeiro-Ministro José Sócrates (PS) não sendo previsíveis os acontecimentos que se sucederiam meses depois, num contexto de profunda crise financeira, com a demissão de José Sócrates, a dissolução do Parlamento, as eleições legislativas de junho de 2011 e a chegada ao poder de Passos Coelho, sustentado numa maioria absoluta PSD/CDS.

REFERÊNCIAS

- AMORIM NETO, Octávio; LOBO, Marina Costa. Portugal's semi-presidentialism (re)considered: an assessment of the president's role in the policy process, 1976-2006. *European Journal of Political Research*, v. 48, 2, 2009.
- ARDANT, Philippe. *Institutions Politiques & Droit Constitutionnel*. 14. ed. Paris: Philippe Ardant, 2002.
- BAHRO, Horst. A influência de Max Weber na Constituição de Weimar e o semipresidencialismo português como sistema político de transição. *Análise Social: revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 31, n. 138, 1996.
- BAHRO, Horst; BAYERLEIN, Bernhard H.; VESER, Ernst. Duverger's concept: semi-presidential government revisited. *European Journal of Political Research*, v. 34, 1998.
- BARROSO, Alfredo; BRAGANÇA, José Vicente. O Presidente da República: função e poderes. In: COELHO, Baptista (Org.). *Portugal: o sistema político e constitucional 1974/1987*.
- BARROSO, José Manuel Durão. Les conflits entre le President portugais et la majorité parlementaire de 1979 à 1983. In: Duverger, Maurice (Org.). *Les régimes semi-presidentiels*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.
- BAYERLEIN, Bernhard H. Origens bonapartistas do semipresidencialismo português. *Análise Social*, v. 31, 1996.
- BOGDANOR, V. Semipresidential Systems. In: BOGDANOR, V. *The Blackwell Encyclopedia of Institutions*. Oxford, UK: Blackwell Reference, 1987.
- BONELLA, Carmela de Caro. Sviluppi della forma di governo in Portogallo dal 1974 al 1982. *Quaderni Costituzionali*, v. 3, n. 2, ago. 1983.
- BOTTARI, Carlo. L'Organizzazione dell'esecutivo nella forma di Governo in Portogallo, in Spagna Musso (Org.). *Costituzione e Struttura del Governo*. Pádua: CEDAM, 1982.
- CADART, Jacques. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.

- CAMPINOS Jorge. Le cas portugais de 1979 à 1983: le President opposé à la majorité. In: DUVERGER, Maurice (Org.). *Les regimes semi-presidentiels*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.
- CANAS, Vitalino. A forma de governo semi-presidencial e suas características. *Revista Jurídica*, v. 1, 1982.
- CANAS, Vitalino. *Preliminares do estudo da Ciência Política*. Macau: Publicações O Direito, 1992.
- CANAS, Vitalino. Rer Duverger: O sistema de governo semipresidencial ou o triunfo da intuição científica. *Negócios Estrangeiros*, v. 11.4, número especial, out. 2007.
- CANAS, Vitalino. Sistema semipresidencial. In: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. 1º suplemento, Lisboa, 1998.
- CANAS, Vitalino. The semi-presidential system, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, separata, v. 64, n. 1, 2004.
- CANAS, Vitalino; FONSECA, Jorge. Cabo Verde: um sistema semipresidencial de sucesso? *Negócios Estrangeiros*, v. 11.4, número especial, out. 2007.
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. rev., reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1. ed. Coimbra: Almedina, [19--].
- CECCANTI, S.; MASSARI, O.; PASQUINO, G. *Semipresidenzialismo: analisi delle esperienze europee*. Bolonha: il Mulino, 1996.
- CHEIBUB, José Antonio; CHERNYKH, Svitlana. Are semi-presidential constitutions bad for democratic performance? *Constitutional Political Economy*, v. 20, 2009.
- CHEIBUB, José Antonio; CHERNYKH, Svitlana. Constitutions and democratic performance in semi-presidential democracies. *Japanese Journal of Political Science*, v. 9, n. 3, 2008.
- COLLIARD, Jean-Claude. *Les régimes parlementaires contemporains*. Paris: Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1978.
- COLLIARD, Jean Claude. Prefácio. In: DOMINGUES, Emídio da Veiga *Portugal Político. Análise das Instituições*
- CORKILL, David. The Political System and the Consolidation of Democracy in Portugal. *Parliamentary Affairs*, v. 46, n. 4, 1993.

- CRUZ, Manuel Braga da. O Presidente da República na génese e evolução do sistema de governo português. *Análise Social*, v. 29, 1994.
- DEBBASCH, C.; BOURDON, J.; PONTIER, J.; RICCI, J. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 4. ed. França: Economica, 2001.
- DOONEY, Scan; O'TOOLE, John. *Irish Government today*. Dublin: Gill, Macmillan, 1992.
- DUHAMEL, Olivier. Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel. In: *Droit, Institutions et Systèmes Politiques: mélanges en hommage a Maurice Duverger*. Paris: Presses universitaires de France, 1987.
- DUVERGER, Maurice. A New Political System Model: Semi-Presidential Government. *European Journal of Political Research*, v. 8, 1980.
- DUVERGER, Maurice. Le concept de régime semi-présidentiel. In: DUVERGER, Maurice (org.). *Les régimes semi-présidentiels*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.
- DUVERGER, Maurice. *Xeque mate*. Tradução port. de L'echec au roi. Lisboa: Edições Rolim, 1978.
- ELGIE, Robert (Ed.). As três vagas de estudos sobre semipresidencialismo. In: PINTO, António Costa; RAPAZ, Paulo José Canela (Org.). *Presidentes e (Semi) Presidencialismo nas Democracias Contemporâneas*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2018.
- ELGIE, Robert (Ed.). *Semi-presidentialism in Europe*. Oxford, UK: OUP Oxford, 1999.
- ELGIE, Robert (Ed.). *Semi-Presidentialism: sub-types and democratic performance*. Oxford, UK: OUP Oxford, 2011.
- ELGIE, Robert (Ed.). The Politics of semi-presidentialism. In: *Semi-presidentialism in Europe*. Oxford, UK: OUP Oxford, 1999.
- FEIJÓ, Rui (Org.). *O semipresidencialismo timorense: história, política e desenho institucional*. Depoimentos e análises. Coimbra, 2014.
- FEIJÓ, Rui (Org.). Pecados, virtudes e bruxaria institucional no semipresidencialismo: articulações entre o sistema de governo e a construção de um Estado democrático em Timor Leste. In: PINTO, António Costa; RAPAZ, Paulo José Canela (Org.). *Presidentes e (Semi)Presidencialismo nas Democracias Contemporâneas*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2018.
- FREEMAN, Heather B. Austria: the 1999 Parliament Elections and the European Union Members' Sanctions. *Int'l & Comp. L. Rev.*, 109, 2002. Disponível em: <<http://lawdigital-commons.bc.edu/iclr/vol25/iss1/5>>
- FREIRE, André; PINTO, António Costa. *O Poder dos Presidentes: a República Portuguesa em debate*. Lisboa: Campo da Comunicação, 2005.
- FUSARO, Carlo. La Finlandia in transizione fra semipresidencialismo reale, semipresidencialismo aparente e parlamentarismo. In: PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo (Org.). *Semipresidencialismi*. Padova: CEDAM, 1997.

- FUSARO, Carlo; BARBERA, Augusto. Il modello semipresidenziale e le ipotesi di riforma. In: PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo (Org.). *Semipresidenzialismi*. Padova: CEDAM, 1997.
- GICQUEL, Jean. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 18. ed. Paris: Montchrestien, 2002.
- GICQUEL, Jean; HAURIUO, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1985.
- HORTA, Raul Machado. A Constituição da República Portuguesa e o regime semipresidencial. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais*, v. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- IACOMETTI, Miryam. Il rapporto tra presidente, governo e assemblee parlamentari in alcune significative esperienze semi-presidenziali: Finlandia e Portogallo. In: PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo (Org.). *Semipresidenzialismi*. Padova: CEDAM, 1997.
- JANSSON, Jan-Magnus. Le régime semi-présidentiel finlandais: dispositions légales, pratique politique. In: DUVERGER, Maurice (Org.). *Les régimes semiprésidentiels*, Paris: Presses Universitaires de France, 1986.
- LEONARD, Yves. *Le Portugal: Vingt ans après la Révolution des oeillets*. Paris: Documentation Française, 1994.
- LINZ, Juan J. Presidential or Parliamentary Democracy: Does it make a difference? In: LINZ, Juan J.; VENEZUELA, Arturo (Org.). *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, 1994.
- LOBO, Marina Costa; NETO, Otávio Amorim (Org.). *O semipresidencialismo nos países de língua portuguesa*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2009.
- LOPES, Pedro Santana; BARROSO, José Manuel Durão. *Sistema de governo e sistema partidário*. Lisboa: Bertrand, 1980.
- LUCENA, Manuel de. Semipresidencialismo: teoria geral e práticas portuguesas. *Análise Social*, v. 31, n.138, 1996.
- MARTINS, Ana. The Portuguese semi-presidential system: about law in the books and law in action. *European Constitutional Law Review*, v. 2, 2006.
- MARTINS, Guilherme d'Oliveira. *Portugal: instituições e factos*. Lisboa: INCM, 1991.
- MATOS, Luis Salgado de. L'expérience portugaise. In: DUVERGER, Maurice (Org.). *Les régimes semi-présidentiels*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.
- MIRANDA, Jorge. Governo (Formas e sistemas de). Enciclopédia Polis, 3º vol., col. 86.
- MIRANDA, Jorge. Le regime semi-présidentiel portugais entre 1976 et 1979. In: DUVERGER, Maurice (Org.). *Les régimes semi-présidentiels*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, 5.^a ed., Lisboa, 1996.
- MIRANDA, Jorge. O sistema semipresidencial português entre 1976 e 1979. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1984.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018. v. 2
- MORAIS, Carlos Blanco de. As metamorfoses do semipresidencialismo português. *Revista Jurídica*, v. 22, mar. 1998.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Le metamorfosi del semiipresidenzialismo portoghese. In: PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo (Org.). *Semipresidenzialismi*. Padova: CEDAM, 1997.
- MORAIS, Isaltino; ALMEIDA, José Mário Ferreira de; PINTO, Ricardo Leite. *O sistema de governo semipresidencial: o caso português*. Lisboa: Editorial Notícias, 1984.
- MOREIRA, Adriano. O regime: presidencialismo do Primeiro-Ministro. In: COELHO, Baptista (Org.). *Portugal: o sistema político e constitucional, 1974-1987*. Lisboa: Universidade de Lisboa.
- NADAIS, António; VITORINO, António; CANAS, Vitalino. *Constituição da República Portuguesa: texto e comentários à Lei Constitucional 1/82*. Lisboa: AAFDL, 1983.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo: o sistema semipresidencial português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo: teoria do sistema de governo semipresidencial*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1.
- PACTET, Pierre. *Institutions Politiques, Droit Constitutionnel*, 5.^a ed., Paris, 1981.
- PASQUINO, Gianfranco. Semi-presidentialism: a political model at work. *European Journal of Political Research*, v. 31, 1997.
- PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo (Org.). *Semipresidenzialismi*. Padova: CEDAM, 1997.
- PEREIRA, André Gonçalves. *Direito Público Comparado: o sistema de governo semipresidencial*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1984.
- PEREIRA, André Gonçalves. *O semipresidencialismo em Portugal*. Lisboa: Ática, 1984.
- PINTO, António Costa; RAPAZ, Paulo José Canela (Org.). *Presidentes e (Semi)Presidencialismo nas Democracias Contemporâneas*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2018.
- PINTO, Ricardo Leite. Democracia pluralista e consensual. *Revista da Ordem dos Advogados*. v. 44, 1984.
- PIRES, Francisco Lucas. *Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista*. Coimbra: Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 1988.

- PROTSYK, Oleh. Intra-executive competition between president and prime-minister; patterns of institutional conflict and cooperation under-semipresidentialism. *Political Studies*, v. 54, 2006.
- QUEIROZ, Cristina, *O sistema de governo semi-presidencial*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.
- QUEIROZ, Cristina. A classificação das formas de governo. Em particular o sistema de governo 'semi-presidencial'. In: MEDEIROS, Rui. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2004.
- QUEIROZ, Cristina. *O sistema político e constitucional português*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.
- RINELLA, Angelo. *La forma di governo semi-presidenziale: profili metodologici e circolazione del modello francese in Europa centro-orientale*. Torino: Giappichelli, 1997.
- RODRIGUES, L. Barbosa. *Semipresidencialismo português: autópsia de uma ficção*. Lisboa: Quid Juris, 2017.
- ROPPER, S. D. Are all semipresidential regimes the same? A comparison of premier-presidential regimes. *Comparative Politics*, v. 34, 2002.
- SAMPAIO, Jorge. *Um olhar sobre Portugal*. Lisboa: Nomen, 1995.
- SARTORI, Giovanni. Elogio del semipresidencialismo. *Rivista italiana di scienza politica*, v. 25, n. 1, abr. 1995.
- SARTORI, Giovanni. *Ingegneria costituzionale comparata*, Bolonha: il Mulino, 1995.
- SCHÄFFER, Heinz Il modello di governo austriaco – fondamenti costituzionale ed esperienze politiche. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais*, v. 3, Coimbra, 1998.
- SCHLEITER, Petra; MORGAN-JONES, Edward. Who's in charge? Presidents, assemblies, and the political control of semipresidential cabinets. *Comparative Political Studies*, v. 43, 2010.
- SHUGART, Matthew S.; CAREY, John M. *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge (England); New York: Cambridge University Press, 1992.
- SIAROFF, Alan. Comparative presidencies: the inadequacy of the presidential, semi-presidential and parliamentary distinctions. *European Journal of Political Research*, v. 42, 2003.
- SORSA, V. K. La situation juridique du Premier ministre de Finlande en face du President de la République. In: DUVERGER, Maurice (Org.). *Les regimes semi-presidentiels*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.

- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *A coabitação política em Portugal*. Lisboa: Cognition, 1987.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O sistema de governo português antes e depois da revisão constitucional*. Lisboa: Cognition, 1983.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O sistema de governo português*. 4. ed. Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 1992.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. Sistema semipresidencial. Definição e perspectivas. *Nação e Defesa*, n. 3, 1977.
- STEFFANI, W. Semi-Praesidentialismus: ein eigenstaendiger Systemtyp? Zur Unterscheidung von Legislative und Parlament. *Zeitschrift fur Parlamentsfragen*, v. 26, n. 4, 1995.
- TAVARES, António Manuel Lopes. *A coabitação política em Portugal na vigência da Constituição de 1976*. Coimbra: Almedina, 2015.
- TORNUDD, Klaus. Le mécanisme de l'élection présidentielle en Finland: évolution et signification politique. In: Maurice Duverger (Org.). *Les régimes semi-presidentiels*.
- VITORINO, António. O sistema de governo na Constituição Portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978. *Revista Jurídica*, v. 3, 1984.
- VOLPI, Mauro. Esiste una forma di governo semipresidenziale? In: PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo (Org.). *Semipresidenzialismi*, Padova: CEDAM, 1997.
- VOLPI, Mauro. Le forme di governo. In: G. MORBIDELLI; L. PEGORARO; A. REPOSO; M. VOLPI (Org.). *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bolonha, 1995.

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Artigos submetidos
ao *double blind review*

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



L'INCERTA EVOLUZIONE DEL SISTEMA ELETTORALE ITALIANO: DAL PROPORZIONALE AL PROPORZIONALE?

A INCERTA EVOLUÇÃO DO SISTEMA ELEITORAL ITALIANO: DE PROPORCIONAL PARA PROPORCIONAL?

THE UNCERTAIN EVOLUTION OF THE ITALIAN ELECTORAL SYSTEM: FROM PROPORTIONAL TO PROPORTIONAL

Andrea Gratteri*

ABSTRACT

Questo saggio descrive il funzionamento del nuovo sistema elettorale italiano approvato con la legge n. 165 del 2017. Si tratta di un sistema misto prevalentemente proporzionale e in minor parte maggioritario che consente la presentazione di liste autonome di candidati o di coalizioni di liste. Si tratta dell'ultimo tassello di una lunga trasformazione istituzionale avviata all'inizio degli anni '90 del XX secolo e che ha visto susseguirsi numerose leggi elettorali. Il sistema elettorale italiano può essere considerato – a pieno titolo – un laboratorio di “ingegneria elettorale” che partendo dal sistema proporzionale del 1948-1993 sembra ora tornare, almeno in parte, alle origini. Nel corso degli ultimi venticinque anni si segnala una eterna transizione che ha visto l'applicazione di una legge elettorale mista prevalentemente maggioritaria (fra il 1994 e il 2005) e di una legge con premio di maggioranza (fra il 2005 e il 2013), nonché due significativi interventi della Corte costituzionale (sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017) e, da ultimo, l'approvazione legge n. 165 del 2017 che qui si descrive nei contenuti.

Parole chiave: Italia. Costituzione. Legge elettorale. Proporzionale. Maggioritario.

RESUMO

Este ensaio descreve o funcionamento do novo sistema eleitoral italiano aprovado pela Lei nº 165 de 2017. Este é um sistema misto, predominantemente proporcional, com menor parte majoritária, que permite a apresentação de listas autônomas de candidatos ou listas de coligações. Este é o último estágio de uma longa transformação institucional iniciada no início dos anos 90 do século XX e que viu inúmeras leis eleitorais se seguirem. O sistema eleitoral italiano pode ser considerado - por si só - um laboratório de “engenharia eleitoral” que, a partir do sistema proporcional de 1948-1993, parece agora retornar, pelo menos em parte, às suas origens. Nos últimos vinte e cinco anos, houve uma transição contínua

* Dottore in Diritto Costituzionale (Università degli Studi di Milano) Professore Associato di Diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pavia. Autore di numerosi saggi in materia di diritto elettorale e di due monografie: *Il valore del voto* del 2005 e *La legittimazione democratica dei poteri costituzionali* del 2015. E-mail: andrea.gratteri@unipv.it.

que viu a aplicação de uma lei eleitoral majoritariamente mista (entre 1994 e 2005) e uma lei com um “premio di maggioranza” (entre 2005 e 2013), bem como duas intervenções significativas do Tribunal Constitucional (Acórdãos n.1 de 2014 e n. 35 de 2017) e, por último, a aprovação da Lei n. 165 de 2017 que é descrita aqui no conteúdo.

Palavras-chave: Itália. Constituição. Lei eleitoral. Proporcional. Maioria.

ABSTRACT

This paper deals with the functioning of the new Italian electoral system enacted by the Law n. 165 in 2017. This mixed system, predominantly proportional, has a minor part decided by majority, which allows independent lists of candidates or lists of cross-party alliances. This is the outcome of an institutional maturation which began in the 90's of 20th century, with the enactment of several laws. The Italian electoral system can be deemed, by itself, as a laboratory of “electoral engineering” which, taking into consideration the proportional system of 1948-1993, seems to return to its origins, at least in part. In the latest twenty five years, there has been an eternal transition which encompasses the enactment of a law predominantly mixed (between 1994 and 2005) and a law by “premio di maggioranza” (between 2005 and 2013), as well as two significant interventions of the Constitutional Court (decision n. 1/2014 and n. 35/2017) and also the enactment of Law n. 165/2017, which is described in this paper.

Key words: Italy. Constitution. Electoral Law. Proportional. Majority.

1 INTRODUZIONE

Questo saggio si propone di descrivere il funzionamento della legge elettorale italiana vigente (legge 3 novembre 2017, n. 165, c.d. legge Rosato¹): una legge di impianto proporzionale caratterizzata da una lieve distorsione maggioritaria per la presenza di collegi uninominali e per il vantaggio competitivo di cui godono le liste capaci di formare una coalizione di più liste².

Il contesto in cui è stata approvata la legge n. 165 risente sia della giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni (ben due le sentenze di incostituzionalità dei precedenti sistemi elettorali, la n. 1/2014 e la n. 35/2017) sia della prassi secondo cui le riforme elettorali sono approvate (o comunque possono esserlo) negli ultimi mesi della legislatura, quando le convenienze politiche di ciascun partito influenzano in termini decisivi il confronto politico.

Il sostanziale ritorno ad un sistema proporzionale dopo circa venticinque anni di prevalenza dei tratti maggioritari del sistema elettorale ha avviato l'ennesima

1 Nel linguaggio giornalistico si è affermato il nomignolo di *Rosatellum*, in linea con i precedenti *Mattarellum* e *Porcellum*.

2 Fra i primi commenti alla legge v. GIURISPRUDENZA ITALIANA. Torino: UTET, 2018. Volume speciale intitolato Elezioni politiche 2018: come funziona il Rosatellum bis; SGRÒ, Francesca. Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017: questioni nodali e specificità del nuovo sistema elettorale italiano. *Osservatorio Costituzionale*, Roma, n. 3, 2017.

trasformazione del sistema politico italiano. Questi effetti possono essere riscontrati immediatamente nella composizione del Parlamento della XVIII legislatura e nella difficile aggregazione di una insolita maggioranza di governo che – al termine della crisi politica più lunga della storia italiana – ha visto la formazione di un governo di coalizione fra due forze politiche dichiaratamente populiste, Movimento 5 stelle e Lega, mai alleate fra loro in precedenza.

È bene ricordare da subito al lettore non avvezzo al sistema costituzionale italiano che il Parlamento si compone di due Camere e che la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica si pongono su piano di assoluta parità funzionale. Si parla per questo di bicameralismo perfetto sia con riferimento alla funzione legislativa del Parlamento sia con riferimento alla funzione di indirizzo politico. La forma di governo italiana è di natura parlamentare e il Governo può rimanere in carica soltanto se gode della fiducia di entrambi i rami del Parlamento. La capacità di promuovere la formazione di maggioranze omogenee alla Camera e al Senato è quindi un elemento imprescindibile per qualsiasi legge elettorale.

2 LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA ELETTORALE: EUROPA E SUDAMERICA A CONFRONTO

In Europa, la stabilità dei sistemi elettorali è un valore diffusamente tutelato in forma diretta da norme costituzionali di principio o, in loro assenza, dal vasto consenso politico che si coagula attorno a regole considerate fondamentali per garantire il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche³.

Il patrimonio elettorale europeo può essere riassunto in alcuni principi fondamentali che, secondo il *Codice di buona condotta in materia elettorale* elaborato dalla Commissione di Venezia nell'ambito del Consiglio d'Europa⁴, consistono nel suffragio universale, libero, eguale, segreto e diretto. Inoltre, rilevano le condizioni necessarie per l'attuazione di questi principi in particolare attraverso la garanzia della stabilità del sistema elettorale, considerata cruciale per la credibilità dell'intero procedimento elettorale⁵.

La Commissione di Venezia suggerisce di costituzionalizzare tali norme o, comunque, di conferire loro una posizione gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria; in alternativa all'irrigidimento delle fonti normative si suggerisce anche un peculiare meccanismo di salvaguardia secondo cui in caso di riforma della legge elettorale, le nuove norme entreranno in vigore solo dopo il primo rinnovo del Parlamento, perlomeno nel caso in cui le elezioni si tengano nell'anno successivo alla riforma.

Se si prendono in esame le Costituzioni dei ventotto Paesi dell'Unione europea e le Costituzioni delle tre democrazie europee consolidate ad essa estranee (Svizzera, Norvegia e Islanda) si può facilmente verificare che su un totale di tren-

3 In proposito v. diffusamente GRATTERI, Andrea. In Europa votano così: Costituzioni e sistemi elettorali. *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, Bologna, n. 9, 2012.

4 Adottato il 23 maggio 2003, CDL-AD(2002)023rev.

5 Lara Trucco sottolinea il rischio di tentazioni "irresistibili" per le forze politiche di maggioranza di modificare le regole elettorali a proprio vantaggio. TRUCCO, Lara. *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2011. p. 525

tuno testi costituzionali ben venti accolgono la costituzionalizzazione del sistema elettorale⁶; mentre altre dieci Costituzioni si affiancano alla Costituzione italiana e non contengono alcuna indicazione in proposito⁷.

La costituzionalizzazione del sistema elettorale si traduce, come prevedibile, nella positivizzazione del principio della rappresentanza proporzionale. Fa, a suo modo, eccezione il Regno Unito, dove di fatto il sistema elettorale maggioritario è costituzionalizzato come conferma il tentativo di riforma per via referendaria del 2011⁸, anche se, ovviamente, manca una norma costituzionale espressa. Negli altri ordinamenti di matrice anglosassone (Malta e Irlanda) invece la Costituzione prescrive l'adozione del voto singolo trasferibile, in parte assimilabile ai sistemi proporzionali classici e definibile come sistema proporzionale personalizzato⁹.

Negli ordinamenti in cui la Costituzione non sancisce la presenza di un sistema proporzionale sono, prevedibilmente, diffusi i sistemi misti e quelli maggioritari. In cinque Paesi (su undici) il sistema elettorale è comunque proporzionale (Germania, Cipro, Slovacchia, Romania e Croazia) mentre in Bulgaria, Ungheria e Lituania si ricorre a un sistema misto¹⁰, la Francia adotta il maggioritario a doppio turno e l'Italia, che oggi appartiene al gruppo dei sistemi misti, ha sperimentato nel tempo una pluralità di soluzioni.

Nel complesso i sistemi di tipo proporzionale sono nettamente prevalenti. Indipendentemente dalla presenza o dall'assenza di una garanzia sul piano costituzionale, solo il Regno Unito, la Francia e la Grecia (e in passato l'Italia) perseguono una logica maggioritaria. Fra gli altri sistemi, quelli di Ungheria e Lituania possono essere indubbiamente definiti misti, mentre quelli di Germania e Romania, pur essendo nella sostanza proporzionali, presentano alcuni caratteri che potrebbero suggerire la loro inclusione fra i sistemi misti¹¹.

Lo scenario europeo non è significativamente diverso dalle soluzioni adottate con maggior frequenza dalle Costituzioni dei Paesi sudamericani che pure – sul piano della forma di governo – presentano caratteristiche significativamente diverse.

La diffusa prevalenza di sistemi elettorali di impronta proporzionale si accompagna in genere con la sua costituzionalizzazione e anche le Costituzioni di Bolivia e Venezuela (i due soli ordinamenti a sistema misto) seguono la via della enunciazione in Costituzione dei principi fondanti. L'art. 146 della Costituzione bo-

6 Si tratta delle Costituzioni di Austria (art. 26); Belgio (art. 62); Danimarca (art. 31); Estonia (art. 60); Finlandia (art. 25); Irlanda (art. 16.5); Islanda (art. 31); Lettonia (art. 6); Lussemburgo (art. 51); Malta (art. 56); Norvegia (art. 59); Paesi bassi (art. 53); Polonia (art. 96); Portogallo (art. 113); Repubblica ceca (art. 18); Slovenia (art. 80); Spagna (art. 68); Svezia (art. 1 del Cap. III dello Strumento di Governo); Svizzera (art. 149). A questi si aggiunge il Regno Unito dove il sistema elettorale è di fatto parte integrante della Costituzione.

7 Si tratta delle Costituzioni di Bulgaria, Cipro, Francia, Germania, Grecia, Lituania, Romania, Slovacchia, Ungheria e Croazia.

8 Sulla Costituzione del Regno Unito cfr. BARENDT, Eric. *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford: OUP, 1997. p. 33, che sottolinea: "The constitution in therefore very largely a written one. The point is that it is *uncodified*"; dello stesso autore v. anche BARENDT, Eric. *Is there a United Kingdom Constitution?* *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 137-146, 1997.

9 Per le distorsioni rispetto a uno schema formalmente proporzionale v. BROCCINI, Roberto. *Il livello di proporzionalità del voto singolo trasferibile: un confronto con il voto alternativo*. *Quaderni dell'Osservatorio Elettorale*, Firenze, n. 43, p. 129, 2000.

10 Si tratta di sistemi maggioritari a membro misto dove circa la metà dei seggi è assegnata in collegi uninominali e l'altra metà è assegnata con metodo proporzionale.

11 Il sistema tedesco è da alcuni, compreso chi scrive, considerato proporzionale in virtù della prevalenza dell'assegnazione dei seggi con tale formula. Il sistema rumeno è, a grandi linee, omogeneo a quello tedesco.

liviana non si limita alla affermazione di un principio generale e stabilisce i dettagli di un sistema di elezione basato per metà su collegi uninominali e per metà su circoscrizioni plurinominali. Invece, l'art. 63 della Costituzione del Venezuela¹² non è del tutto priva di ambiguità quando afferma che “[...] la ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional”; e tale principio si concretizza poi nella *Ley Orgánica de Procesos Electorales* che instaura un sistema elettorale di tipo misto.

Le Costituzioni di Argentina, Cile e Colombia sono le uniche – in questo contesto geografico – a non vincolare il legislatore alla costituzionalizzazione di un principio rappresentativo ma non è un caso che si prescrivano garanzie di carattere procedimentale nella approvazione della legge (ad es. a maggioranza assoluta, art. 77 Cost. Argentina, o con *ley orgánica constitucional*, art. 47 Cost. Cile).

La garanzia del principio della rappresentanza proporzionale opera quindi sul piano costituzionale in Brasile (art. 45 Cost.), Guyana (art. 60, Cost.), Paraguay (art. 60, Cost.), Suriname (art. 61, Cost.) e Uruguay (art. 77, Cost. che richiama una «representación proporcional integral»), mentre la garanzia appare più sfumata nelle Costituzioni di Ecuador e Perù che – forse in termini ridondanti – accostano la garanzia della rappresentanza proporzionale alle sole elezioni di carattere plurinominale (rispettivamente art. 116 e art. 187 Cost.).

3 LA MANCATA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA ELETTORALE NELLA COSTITUZIONE DEL 1948

La Costituzione italiana rientra quindi nel gruppo leggermente minoritario delle Costituzioni (europee) che non dettano alcun principio esplicito in relazione alla formula di base della rappresentanza. Di conseguenza la legge elettorale è lasciata nella disponibilità del legislatore e, a partire dalle discussioni in Assemblea Costituente, nel tempo si è affermata la prassi di adattare la legge elettorale alle esigenze e alle convenienze del sistema politico¹³.

Da questo punto di vista la Costituzione è “figlia del suo tempo”: nei primi anni del dopoguerra l’adesione ai principi della rappresentanza proporzionale era dominante e vi si ispirarono le leggi elettorali delle nascenti democrazie europee (così in Italia ma anche in Francia e Repubblica federale tedesca); tuttavia, sia la Costituzione francese del 1946 sia la Legge fondamentale tedesca del 1949 si affiancarono alla Costituzione italiana e non costituzionalizzarono il principio proporzionale¹⁴.

12 VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial*, Caracas, 30 dic. 1999.

13 Così BETTINELLI, Ernesto. *La Costituzione della Repubblica italiana: un classico giuridico*. Milano: BUR, 2006. p. 44 et seq.; in proposito v. anche LUCIANI, Massimo. *Il voto e la democrazia*. Roma: Editori Riuniti, 1991. p. 25 et seq. Si segnala la recente presa di posizione di RONCHETTI, Laura. Referendum costituzionale e minoranze: costituzionalizzare il proporzionale. *Rivista AIC*, Roma, n. 1, p. 13-27, 2018.

14 Si trattò forse di una reazione alla soluzione adottata dalla Costituzione di Weimar (art. 22) e dalle Costituzioni ad essa coeve. Costantino Mortati – che in Assemblea Costituente fu uno dei promotori della costituzionalizzazione del principio proporzionale – nel suo classico *Le forme di governo* sembra invertire i termini della questione e, tralasciando le molte Costituzioni europee del primo Novecento che costituzionalizzano il sistema proporzionale, isola il modello weimariano: «a differenza di quanto solitamente avviene nelle Costituzioni contemporanee (anche in quelle del secondo dopoguerra), la Costituzione di Weimar irrigidisce quindi il sistema elettorale, impedendo che con legge ordinaria si stabilisca un sistema diverso da quello proporzionale», cfr. MORTATI, Costantino. *Le forme di governo*. Padova: Cedam, 1973. p. 204-205.

In Assembleia Costituente, i sostenitori della costituzionalizzazione del principio proporzionalistico furono davvero pochi, fra questi si ricordano Mortati e Giolitti, e le loro proposte non ebbero successo¹⁵.

In ogni caso la mancata costituzionalizzazione non fu dettata da un'analisi superficiale: dai lavori della Assembleia Costituente emerge una vasta consapevolezza del carattere potenzialmente mutevole delle esigenze sottostanti all'adozione di un determinato sistema elettorale. Perassi si espresse in termini lungimiranti:

[...] potrebbe nel futuro verificarsi la necessità di allontanarsi, magari provvisoriamente, dal sistema della rappresentanza proporzionale per seguirne uno diverso, e ciò anche in rapporto al fatto che la rappresentanza proporzionale porta inevitabilmente, come è stato rilevato anche da altri, ad un governo di coalizione.¹⁶

Come è stato poi sottolineato da Luciani “la scelta a favore o contro la proporzionale diveniva, una volta per tutte, una scelta *politica*. Di quella stessa proporzionale della quale si piantavano salde radici nella nascente forma di governo si prospettava dunque il possibile abbandono: se, come e quando l'avrebbe detto il futuro”¹⁷. Tuttavia, quella scelta politica fu in parte mascherata dietro motivazioni tecnico-giuridiche non del tutto ineccepibili.

4 LA CONTINUA EVOLUZIONE DELLE LEGGI ELETTORALI IN ITALIA

Da circa venticinque anni l'Italia sta attraversando una interminabile fase di transizione politica¹⁸ segnata dall'iniziale abbandono della legge elettorale proporzionale e dal successivo susseguirsi di leggi elettorali variamente strutturate e sempre caratterizzate da un elevato tasso di “ingegneria elettorale”, anche grazie alle maglie larghe del dettato costituzionale.

Dal 1948 al 1993 la legge elettorale ebbe un'impronta di natura proporzionale che bene si prestava al funzionamento di una forma di governo centrata su coalizioni politiche stabili e rigorosamente incentrata sul ruolo della Democrazia cristiana. Tuttavia, già nel 1953 – a conferma di quanto sostenuto sopra – fu approvata la c.d. legge truffa¹⁹: una legge maggioritaria che avrebbe consentito alla coalizione con il 50 per cento più uno dei voti di ottenere il 65 per cento dei seggi²⁰.

15 Per una ricostruzione puntuale di quel dibattito v. BETTINELLI, Ernesto. *All'origine della democrazia dei partiti*. Milano: Edizioni di Comunità, 1982. p. 267 et seq. Nel resoconto sommario degli atti della Costituente il pensiero di Mortati è così sintetizzato: “Le ragioni che, a suo parere, consiglierebbero di affermare il principio della rappresentanza proporzionale nella Costituzione sono le seguenti: anzitutto che questo è diverso dagli altri sistemi elettorali, appunto in quanto rappresenta, più che altro, un modo di organizzazione dello Stato; poi che la proporzionale costituisce un freno allo strapotere della maggioranza ed influisce anche, in senso positivo, sulla stabilità governativa; infine che sussiste l'esigenza di coordinare le norme per l'elezione della prima e della seconda Camera, così da armonizzare le due rappresentanze”, Atti dell'Assemblea Costituente, Seconda Sottocommissione, 7 novembre 1946, p. 456.

16 Atti dell'Assemblea Costituente, Seconda sottocommissione, 8 novembre 1946, p. 459.

17 LUCIANI, Massimo. *Il voto e la democrazia*. Roma: Editori Riuniti, 1991. p. 27.

18 L'idea di transizione a proposito del mutamento della legge elettorale è stata formulata per primo da FUSARO, Carlo. *Le regole della transizione*. Bologna: il Mulino, 1995.

19 Legge 31 marzo 1953, n. 148.

20 Nonostante l'autorevole, ma minoritaria, tesi che riteneva costituzionalizzato il principio proporzionale, v. LAVAGNA, Carlo. Il sistema elettorale nella Costituzione italiana. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, n. 2, p. 849-875, 1952.

Nell'unica occasione in cui si applicò quella legge, nelle elezioni del 1953, il *quorum* di maggioranza non fu raggiunto e il Parlamento fu composto in base a un criterio proporzionale.

Nel 1993, in seguito ad un *referendum* abrogativo promosso da chi desiderava introdurre significativi elementi di natura maggioritaria per favorire una democrazia dell'alternanza la legge elettorale fu modificata e si ebbe un sistema misto: per tre quarti maggioritario, e per un quarto proporzionale (c.d. legge Mattarella²¹).

Quella legge fu utilizzata nel 1994, nel 1996 e nel 2001 raggiungendo in termini abbastanza soddisfacenti gli obiettivi che si era prefissata, vale a dire l'alternanza fra due coalizioni politiche contrapposte in un quadro bipolare.

Nel 2005, nell'imminenza delle elezioni del 2006, essa fu sostituita con la c.d. legge Calderoli²², promossa dalla maggioranza di centro-destra nel malcelato intento di ridimensionare l'annunciata vittoria del centro-sinistra. Il sistema che ne risultò era incentrato su un premio di maggioranza tale da consentire alla coalizione di liste più votata di ottenere circa il 54 per cento dei seggi: sul piano nazionale per la Camera dei deputati mentre per il Senato il premio era calcolato su base regionale (ex art. 57 Cost.). Si prevedeva poi la presenza di lunghe liste bloccate di candidati (la dimensione media delle circoscrizioni per la Camera dei deputati era di 24 seggi) e la possibilità di presentare candidature in una pluralità di circoscrizioni (al limite in tutte).

La compatibilità della legge Calderoli con la Costituzione fu da subito ampiamente contestata da molti costituzionalisti sotto diversi profili: a) l'assenza di una soglia per l'accesso a un premio di maggioranza fortemente distortivo; b) l'irrazionalità di una pluralità di premi regionali fra loro potenzialmente contraddittori per l'elezione del Senato; c) la compressione della libertà del voto in presenza di lunghe liste bloccate di candidati; d) l'imprevedibilità (per l'elettore) degli effetti delle pluricandidature²³. A ciò si sommavano le contestazioni legate alle modalità della sua approvazione a stretta maggioranza e negli ultimi mesi della legislatura²⁴.

La legge Calderoli fu applicata con alterne fortune nel 2006 (il centrosinistra vince il premio alla Camera per soli 25.000 voti e ha una maggioranza molto risicata al Senato), nel 2008 (ampia vittoria del centrodestra) e nel 2013 (di nuovo, il centrosinistra vince con uno scarto minimo alla Camera, ma non al Senato).

Nel quadro di un sistema politico dilaniato intervenne un fatto nuovo e dirompente: la sentenza n. 1 del 2014 con cui la legge Calderoli fu giudicata parzialmente incostituzionale. In particolare la Corte costituzionale ritiene incompatibili con la Costituzione l'attribuzione di un premio di maggioranza senza il raggiungimento

21 In dettaglio si tratta della Legge 4 agosto 1993, n. 276 *Norme per l'elezione del Senato della Repubblica* e della Legge 4 agosto 1993, n. 277 *Nuove norme per l'elezione della Camera dei deputati*.

22 Legge 21 dicembre 2005, n. 270.

23 Era consentito presentare la stessa candidatura in tutte le circoscrizioni e i candidati plurieletti erano chiamati ad esercitare una opzione fra le diverse circoscrizioni a posteriori consentendo l'elezione del primo degli esclusi che preferivano.

24 La letteratura è molto ampia su questi aspetti, ci si limita a richiamare alcuni interventi: TARLI BARBIERI, Giovanni. I molti vizi e le poche virtù della nuova legge elettorale. *Democrazia e Diritto*, Milano, n. 1, p. 29-52, 2006; FUSARO, Carlo. La legge elettorale del 2005: profili ordinamentali e costituzionali. In: D'ALIMONTE, Roberto; CHIARAMONTE, Alessandro (Ed.). *Proporzionale ma non solo*. Bologna: il Mulino, 2007.p. 89 et seq.; GRATTERI, Andrea. Legge elettorale, le riforme desiderabili e quelle possibili. *Biblioteca della libertà*, Torino, n. 191, p. 35-53, 2008.

di un minimo *quorum* dei voti e la mancata previsione di un voto di preferenza in presenza di liste lunghe di candidati.

Il Parlamento – rimasto in carica in virtù del «principio fondamentale della continuità dello Stato»²⁵ – ha poi approvato una nuova legge elettorale per la sola Camera dei deputati (legge 6 maggio 2015, n. 52) sul presupposto del superamento del bicameralismo paritario su cui si reggeva la contestuale proposta di revisione della Costituzione (poi respinta con il *referendum* del 4 dicembre 2016). Questa nuova legge prevedeva ancora un premio di maggioranza ma lo subordinava al superamento di un *quorum* del 40 per cento e, in sua assenza, prevedeva un turno di ballottaggio fra le due liste più votate. Non è marginale sottolineare che – proprio in relazione alla parallela approvazione della riforma della Costituzione – si stabiliva che gli effetti della legge n. 52 sarebbero decorsi a partire dal 1° luglio 2016.

Dopo il precedente della sentenza n. 1 del 2014 la Corte costituzionale è stata investita di numerose questioni di costituzionalità riferite alla legge n. 52 e, con la sentenza n. 35 del 2017, ne ha dichiarato la parziale illegittimità: in particolare, ha stabilito che è illegittimo attribuire un premio di maggioranza in seguito allo svolgimento di un turno di ballottaggio.

Respinta la riforma della Costituzione che mirava a modificare l'assetto bicamerale del Parlamento, il risultato complessivo conseguente alle due pronunce della Corte costituzionale era la presenza di due leggi elettorali diverse per Camera e Senato, entrambe dovute alla dichiarazione di parziale incostituzionalità delle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017²⁶.

Si colloca in questo contesto l'approvazione, sul finire della XVII legislatura, della legge 3 novembre 2017, n. 165 (c.d. legge Rosato): una legge elettorale proporzionale che combina la presenza di collegi uninominali, piccoli collegi plurinominali (con brevi liste bloccate di candidati) e la possibilità di presentare coalizioni di liste.

5 GLI ELEMENTI DI FONDO DELLA LEGGE N. 165 DEL 2017

Una prima e importante caratteristica della legge n. 165/2017 consiste nella piena omogeneizzazione del sistema della Camera dei deputati e di quello del Senato. Le differenze in passato imposte dalla norma che impone l'elezione del Senato a base regionale sono state in gran parte rapidamente superate grazie a una interpretazione evolutiva dell'art. 57 della Costituzione. Pertanto, l'elezione di Camera e Senato è retta da un unico sistema elettorale, caratterizzato da minime e sostanzialmente ininfluenti differenze fra i due rami del Parlamento. Resta ovviamente la diversa dimensione fissata dalla Costituzione: la Camera dei deputati si compone di 630 membri e il Senato di 315 membri elettivi²⁷.

Per entrambi i rami del Parlamento vale un principio di fondo: il sistema elettorale è un sistema misto, prevalentemente proporzionale (per circa il 63 per

25 Così la Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014.

26 Su questi aspetti v. diffusamente VUOLO, Alfonso. *La legge elettorale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2017.

27 A cui si aggiungono fino a cinque senatori a vita nominati dal Presidente della Repubblica e gli ex Presidenti della Repubblica.

cento dei seggi) e per la restante parte maggioritario (per circa il 37 per cento dei seggi). Ai seggi attribuiti sulla base del voto nazionale si accosta e sovrappone poi l'elezione di alcuni parlamentari secondo regole particolari: è questo il caso, ad esempio, degli eletti all'estero (12 deputati e 6 senatori)²⁸.

La Camera dei deputati è quindi composta sulla base dell'elezione dei candidati vincitori in ciascuno dei 232 collegi uninominali maggioritari, dei 386 seggi assegnati in collegi plurinominali e dei 12 eletti all'estero.

L'impianto per il Senato è simile, ma in scala ridotta: 116 collegi uninominali, 193 seggi in collegi plurinominali e 6 senatori eletti all'estero.

La spiegazione di un rapporto numerico tanto astruso fra collegi maggioritari (37 per cento) e proporzionali (63 per cento) risiede nell'esigenza di predisporre i confini territoriali dei collegi uninominali in tempi estremamente rapidi.

La legge n. 165 è pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale l'11 novembre 2017 e il legislatore è consapevole del fatto che le elezioni si sarebbero svolte nella primavera successiva (in seguito sarà stabilita la data del 4 marzo 2018). Per questo motivo la definizione dei confini dei collegi elettorali è rimessa al Governo per il tramite di una delega legislativa contenuta nell'art. 3 della legge n. 165 limitata nel tempo (sono soltanto trenta i giorni previsti per il suo esercizio) e "facilitata" nei contenuti: la formazione dei collegi uninominali è effettuata adottando come riferimento, ove possibile, le delimitazioni dei collegi della c.d. Legge Mattarella del 1993.

In particolare, la legge del 1993 prevedeva un sistema elettorale misto per tre quarti maggioritario basato su 475 collegi uninominali per la Camera dei deputati e 232 collegi uninominali per il Senato. Nella fretta della attuazione della legge n. 165 i collegi senatoriali del 1993 sono ora utilizzati come base per la predisposizione dei 232 collegi uninominali della Camera dei deputati. Da questa esigenza deriva l'insolita proporzione del nuovo sistema elettorale misto, maggioritario per una quota di circa il 37 per cento.

La presenza di candidature uninominali si combina con collegi plurinominali dove competono liste bloccate composte – nella quasi totalità dei casi – da quattro candidati²⁹.

Il carattere misto del sistema elettorale trova un elemento di unitarietà al momento della presentazione delle candidature: i partiti politici presentano con un solo simbolo sia i candidati nei collegi uninominali sia le liste plurinominali. L'unica deroga a tale principio consiste nella possibilità di presentare coalizioni di più liste plurinominali. In tal caso un candidato uninominale comune è collegato a due o più liste in coalizione fra loro.

In un panorama politico frammentato il legislatore ha ritenuto di incentivare la creazione di coalizioni più ampie, di fatto favorite in particolare nell'assegnazione dei seggi maggioritari.

Nell'insieme, l'assegnazione dei seggi avviene secondo le seguenti regole:

a) per la quota maggioritaria: in ogni collegio uninominale è proclamato eletto il candidato che ottiene la maggioranza relativa dei voti;

²⁸ Una ulteriore eccezione è rappresentata dai parlamentari eletti in Trentino Alto-Adige dove, in virtù della presenza di una forte minoranza di lingua tedesca valgono regole finalizzate alla sua tutela.

²⁹ In base all'art. 18 *bis*, comma 3, d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (per la Camera dei deputati) e all'art. 9, comma 4, del Decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533 (per il Senato).

b) per la quota proporzionale: il riparto è effettuato a livello nazionale per la Camera dei deputati e a livello regionale per il Senato.

5.1 LE SOGLIE DI SBARRAMENTO E LA FORMULA PROPORZIONALE PER LA CAMERA DEI DEPUTATI

Il carattere prevalentemente proporzionale della legge è, in piccola parte, mitigato dalla presenza di alcune soglie di sbarramento. Si deve però notare che l'incentivo alla composizione di coalizioni elettorali sembra essere l'elemento determinante nel contrasto della frammentazione del panorama politico. La presenza dei collegi uninominali è, in concreto, il vero elemento che determina, almeno nella fase dell'offerta elettorale, un certo compattamento delle liste elettorali.

Partecipano al riparto dei seggi per la Camera dei deputati: a) le coalizioni che hanno ottenuto almeno il 10 per cento dei voti sul piano nazionale e comprendono una lista che ha conseguito almeno il 3 per cento dei voti; b) le liste che hanno ottenuto almeno il 3 per cento dei voti.

Le liste che hanno ottenuto meno del tre per cento dei voti e fanno parte di una coalizione concorrono ad accrescere la cifra elettorale della coalizione a condizione di aver superato la soglia minima dell'uno per cento. Diversamente, i voti delle liste coalizzate che non ottengono nemmeno l'uno per cento dei voti non sono utilizzati nel calcolo per l'assegnazione dei seggi. Si tratta di un elemento marginale di cui però le coalizioni possono avvantaggiarsi nei collegi maggioritari e, in minor misura, anche nel riparto proporzionale.

Dopo aver escluso le liste che si collocano al di sotto delle soglie di sbarramento l'Ufficio centrale nazionale procede al riparto dei seggi fra le liste e le coalizioni di liste attraverso l'applicazione del criterio del quoziente naturale. Il quoziente è ottenuto dalla divisione del totale delle cifre elettorali nazionali delle liste e delle coalizioni di liste (che hanno superato le soglie) per 386. Ogni lista o coalizione di liste ottiene poi tanti seggi quante volte il quoziente è contenuto nella sua cifra elettorale nazionale. Per i seggi non attribuiti si ricorre ai resti più alti. I seggi così ottenuti a livello nazionale sono poi distribuiti attraverso due successivi passaggi nelle circoscrizioni e nei collegi uninominali secondo quanto stabilito dall'art. 83 del D.p.R. 30 marzo 1957, n. 361.

5.2 L'ART. 57 DELLA COSTITUZIONE, LE SOGLIE DI SBARRAMENTO E LA FORMULA PROPORZIONALE PER IL SENATO DELLA REPUBBLICA

La volontà del legislatore di promuovere la massima omogeneità possibile fra il sistema elettorale per la Camera e quello per il Senato ha determinato una rilettura, assai meno stringente rispetto al passato, del vincolo dell'elezione "a base regionale" del Senato previsto dall'art. 57 della Costituzione.

Comunemente l'interpretazione dell'art. 57 è sempre stata quella affermata-si all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione secondo l'idea per cui tale disposizione costituzionale "ha come sua conseguenza l'imporre che siano stabiliti dei collegi elettorali i quali restino compresi in una sola regione, e non abbraccino

territorio di due o più regioni; sì che per il Senato, la legge dovrà adottare necessariamente un sistema di collegi plurimi, con esclusione del collegio unico nazionale”³⁰.

Sul tema si possono ritrovare ricostruzioni di carattere storico del dibattito in Assemblea Costituente³¹; o riferimenti, di carattere generale, alla coincidenza del territorio di ciascuna Regione con una circoscrizione elettorale autonoma³²; o, al limite, alcuni tentativi di valorizzare il carattere regionale dell’elezione³³. Ma l’opzione della valorizzazione regionalistica della “base” elettorale del Senato a cui si richiama l’art. 57 della Costituzione si è sempre risolta nella sua corrispondenza «ad una mera circoscrizione elettorale, senza che ne possa discendere – *de jure condito* – alcun nesso fra il Senato medesimo e le amministrazioni regionali»³⁴.

Tale interpretazione si è poi rafforzata quando nel 2005 il tentativo di introdurre una soglia di sbarramento nazionale anche per il Senato fu da molti autori giudicata incompatibile con il dettato costituzionale³⁵.

Quell’interpretazione è stata ora – probabilmente troppo in fretta – accantonata e il legislatore ha innovato l’impianto del sistema elettorale prevedendo per la prima volta l’istituzione di un Ufficio elettorale centrale per il Senato (in precedenza tutto il procedimento si esauriva a livello regionale) al fine di verificare, in particolare, il superamento delle soglie di sbarramento. Tali soglie sono strutturate sulla falsariga di quelle per la Camera dei deputati salva l’ipotesi residuale (e alternativa alla soglia nazionale del tre per cento) del venti per cento a livello regionale³⁶.

6 LA SCHEDA ELETTORALE

La legge stabilisce che l’elettore ha a disposizione *un solo voto* “da esprimere su un’unica scheda recante il nome del candidato nel collegio uninominale e il contrassegno di ciascuna lista, corredato dei nomi dei candidati nel collegio plurinominale”³⁷.

La manifestazione di volontà dell’elettore è inderogabilmente espressa in modo da aderire ad una delle offerte politiche presentate dalle liste in competizione sia per la quota maggioritaria sia per la quota proporzionale. Da una lato, questo vincolo comprime la libertà dell’elettore, cui è impedito di travalicare le linee della proposta

30 Così BIANCHI D’ESPINOSA, Luigi. Il Parlamento. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro. *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: Barbera, 1950. p. 14. Più di recente si segnala BARBERA, Augusto. *Costituzione della Repubblica italiana*. Milano: Enciclopedia del Diritto, 2015. Annali VIII, p. 309, secondo cui – sino alla dichiarazione di illegittimità incostituzionale del premio previsto dalla legge Calderoli – la “base regionale” ebbe “un solo significato: che la ripartizione dei seggi avvenisse avendo come unico punto di riferimento una circoscrizione regionale”.

31 AIMO, Piero. *Bicameralismo e Regioni*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 124 et seq.; BETTINELLI, Ernesto. *Elezioni politiche*. Torino: Digesto Discipline pubblicistiche, 1990. p. 16, per cui “la base regionale [...] si può considerare un frammento del disegno – arenatosi nel corso dei lavori dell’Assemblea costituente – di escogitare per la seconda Camera un sistema elettorale sostanzialmente differenziato rispetto a quello previsto per l’altro ramo del Parlamento: un sistema, in particolare, che potesse dare una compiuta rappresentanza alle regioni, nella loro specifica realtà territoriale e sociale (oltre che politica)”.

32 È emblematico in proposito il rapido riferimento di Carlo Lavagna, che sottolinea la portata imperativa della base regionale, indipendentemente dal fatto che le Regioni a Statuto ordinario non fossero state ancora istituite. LAVAGNA, Carlo. *Istituzioni di diritto pubblico*. Roma: Edizioni Ricerche, 1966. p. 726.

33 Così MARTINES, Temistocle. *Art. 56-58. AA. VV.* In: BRANCA, G. (Ed.). *Commentario della Costituzione*. Bologna: Zanichelli; Roma: Il Foro italiano, 1984. p. 90-92. (Le Camere, v. 1).

34 Così PALADIN, Livio. Tipologia e fondamenti giustificativi del bicameralismo: il caso italiano. *Quaderni Costituzionali*, Bologna, 1984. p. 236.

35 In proposito v. GRATTERI, Andrea. *Genesis di un precedente: l’interpretazione dell’elezione a base regionale del Senato da parte del Presidente Ciampi. Nomos: Le attualità del diritto*, Roma, p. 8-18, 2017 e la bibliografia ivi richiamata.

36 Secondo quanto stabilito dall’art. 16-bis, co. 1, lett. c) ed e) del d. lgs. 20 dicembre 1993, n. 533.

37 Così l’art. 4, co.2, del D.P.R. n. 361 del 1957 per la Camera dei deputati, norme analoghe si applicano anche al Senato.

di ciascun partito o coalizione di partiti; dall'altro, non consentire il cd. voto disgiunto fra quota maggioritaria e quota proporzionale accentua il carattere omogeneo delle scelte compiute dagli elettori e (forse) anche da parte dei competitori politici.

In concreto, sulla scheda elettorale i simboli di ciascuna sono affiancati dai nomi dei candidati che concorrono per la quota proporzionale e sono sormontati dal nome del candidato nel collegio uninominale maggioritario. Nel caso delle coalizioni di più liste, i simboli delle liste coalizzate (ciascuno affiancato dai nomi dei candidati per la proporzionale) sono raggruppati fra loro e sono tutti posti al di sotto del nominativo del candidato uninominale maggioritario.

Come detto l'atto di voto ha, necessariamente, carattere unitario. Il voto alla lista si estende automaticamente al candidato uninominale, e viceversa. Tuttavia, nel caso delle coalizioni si può presentare un'ipotesi particolare. Si deve considerare, infatti, che le liste a sostegno di un candidato uninominale sono plurime, per cui il voto alla lista si estende al candidato uninominale e il voto al candidato si estende a tutte le liste *pro quota*, ovvero in proporzione al peso di ciascuna all'interno della coalizione.

7 L'ASSENZA DEL VOTO DI PREFERENZA E LE PLURICANDIDATURE

Uno degli aspetti che caratterizzano la legge elettorale italiana è la mancata previsione di un voto preferenza. La manifestazione di volontà dell'elettore ha una forte connotazione di univocità rispetto alle opzioni offerte dai partiti politici che si accentua ancor di più in virtù della presenza di brevi liste bloccate di candidati.

Il voto di preferenza e le liste bloccate sono da tempo oggetto di dibattito. Al voto di preferenza si ascrive il pregio di ampliare la libertà del voto del singolo elettore ma, al contempo, si ritiene che esso sia fonte di campagne elettorali dispendiose e di eccessiva frammentazione all'interno delle singole liste. Alle liste bloccate si imputa, da un lato, il difetto di comprimere il ventaglio delle scelte a disposizione degli elettori ma, dall'altro, se ne apprezza la capacità di incentivare i partiti a presentarsi con liste di candidati coerenti fra loro.

Non si deve dimenticare che proprio quest'ultimo obiettivo fu perseguito dallo stesso corpo elettorale quando nel 1991 fu approvato un referendum abrogativo che mirava a sostituire la allora vigente preferenza multipla con una preferenza unica. Più di recente è intervenuta sul punto la Corte costituzionale che con la sentenza n. 1 del 2014 ha censurato la presenza nella legge Calderoli di lunghe liste bloccate (sino a un massimo di 49 candidati!). Secondo la Corte il voto a una lista bloccata (e lunga) esclude

[...] ogni facoltà dell'elettore di incidere sull'elezione dei propri rappresentanti, la quale dipende, oltre che, ovviamente, dal numero dei seggi ottenuti dalla lista di appartenenza, dall'ordine di presentazione dei candidati nella stessa, ordine di presentazione che è sostanzialmente deciso dai partiti. La scelta dell'elettore, in altri termini, si traduce in un voto di preferenza esclusivamente per la lista, che [...] contiene un numero assai elevato di candidati, che può corrispondere all'intero

numero dei seggi assegnati alla circoscrizione, e li rende, di conseguenza, difficilmente conoscibili dall'elettore stesso.³⁸

Per cui la Corte ritiene che la libertà del voto “risulta compromessa, posto che il cittadino è chiamato a determinare l'elezione di tutti i deputati e di tutti senatori, votando un elenco spesso assai lungo (nelle circoscrizioni più popolose) di candidati, che difficilmente conosce”. Continua la motivazione della sentenza n. 1 del 2014: si impone all'elettore di esprimere il voto “scegliendo una lista” e con essa “di scegliere in blocco anche tutti i numerosi candidati in essa elencati, che non ha avuto modo di conoscere e valutare”³⁹.

Subito dopo però la Corte legittima, in quanto sostanzialmente differente nel suo rapporto con gli elettori, la possibilità di ricorrere a liste bloccate e brevi come accade in altri ordinamenti

[...] caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere [è] talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali).⁴⁰

I candidati possono quindi partecipare alle elezioni presentandosi in un collegio uninominale e in una breve lista bloccata. Inoltre, una candidatura non esclude l'altra e la legge ammette anche la possibilità di presentarsi in un massimo di cinque collegi plurinominali.

Questa sorta di “paracadute” per i candidati più in vista di ciascuna lista trova una ragion d'essere nel complesso meccanismo di ricaduta dei seggi attribuiti a livello nazionale (o regionale per il Senato) nei collegi plurinominali e nella conseguente difficoltà, in particolare per le liste più piccole (in termini di consensi), di prevedere in quali collegi saranno assegnati i seggi che spettano loro. Rimane in ogni caso fermo il divieto di non potersi candidare contemporaneamente alla Camera e al Senato.

Nel caso in cui un candidato risulti eletto in una pluralità di collegi, si pone il problema di definire il criterio di elezione prevalente. Sul punto il legislatore si muove nella consapevolezza di dover rispettare il dettato della Corte costituzionale che, nella sentenza n. 35 del 2017, ha ritenuto necessario il riferimento ad un criterio di carattere oggettivo poiché l'opzione arbitraria consente al candidato eletto in più collegi

[...] di essere titolare non solo del potere di prescegliere il collegio d'elezione, ma altresì, indirettamente, anche di un improprio potere di designazione del rappresentante di un dato collegio elettorale, secondo una logica idonea, in ultima analisi, a condizionare l'effetto utile dei voti di preferenza espressi dagli elettori.⁴¹

Di conseguenza è stabilito che l'elezione nel collegio uninominale prevale su quella nel collegio plurinominale (diversamente non si potrebbe completare la

38 ITALIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 1. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, 15 genn. 2014.

39 Ibidem. Come si è visto al par. 4 con la sentenza n. 1 del 2014 la Corte costituzionale impose il diritto di esprimere un voto di preferenza in presenza di liste di candidati “lunghe”. Ibidem.

40 ITALIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 1. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, 15 genn. 2014.

41 ITALIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 35. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, 15 febr. 2017.

composizione delle Camere) e si fissa un criterio automatico secondo cui il candidato plurieletto è considerato eletto nel collegio plurinominale dove la sua lista ha ottenuto una percentuale dei voti inferiori.

Tale soluzione, oltre al pregio di sottrarre al candidato plurieletto la possibilità di determinare a posteriori l'elezione del primo dei non eletti nel collegio da lui lasciato libero, denota la ragionevole intenzione del legislatore di premiare i candidati che hanno contribuito al successo della lista nel collegio in cui essa ha ottenuto più voti e dove si determina, quindi, l'elezione del primo degli esclusi.

8 LE PARI OPPORTUNITÀ FRA UOMINI E DONNE

La Costituzione italiana stabilisce, all'art. 51, che "Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. *A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini*"⁴². La seconda parte della norma fu aggiunta con la Legge costituzionale n. 1 del 2003 con lo scopo di consentire al legislatore di introdurre misure dirette a salvaguardare, in particolare, le candidature e l'elezione di un maggior numero di donne in Parlamento.

La legge n. 165 del 2017 per la prima volta, dopo quindici anni, ha dato seria attuazione a quel principio⁴³. In sintesi, ogni lista di candidati incontra due vincoli di fondo:

- a) la rigida alternanza fra uomini e donne nelle liste bloccate per la quota proporzionale;
- b) la garanzia che ogni genere sia rappresentato da almeno il 40 per cento delle candidature per i capilista e nei collegi uninominali (per la Camera il vincolo opera a livello nazionale mentre per il Senato il calcolo è regionale).

Si tratta di una regolamentazione molto stringente: le liste che non soddisfano le quote di genere sono inammissibili e l'esperienza delle elezioni politiche del 2018 ha messo in evidenza che, in diversa misura, tutti i partiti hanno cercato di alleggerire il peso delle quote di genere nella selezione delle candidature e nella composizione delle liste. A dimostrazione del fatto che la previsione legislativa di una quota minima di garanzia corrisponde a un reale e generalizzato *deficit* di rappresentanza del genere femminile.

Sono due gli strumenti elusivi a disposizione dei compilatori delle liste: la presentazione di un maggior numero di candidature maschili nei collegi considerati "sicuri" e il frequente ricorso alle pluricandidature femminili. Si tratta di comportamenti che – inevitabilmente – allontanano dall'obiettivo della parità nella rappresentanza (e anche dal 40 per cento come quota minima), tuttavia si deve notare che la Costituzione e la legge elettorale muovono nel senso della promozione della parità attraverso le candidature, senza che vi sia un vincolo di

42 ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Roma, 1947. Il corsivo è aggiunto.

43 Si è parlato in proposito di art. 51 preso sul serio, così CANZIAN, Nicola, VIGEVANI, Giulio Enea in *Forum*, in *Elezioni politiche 2018*, cit., p. 88.

risultato. Anche se il perseguimento diretto della parità di genere nella rappresentanza politica potrebbe essere un obiettivo auspicabile, non è questo il quadro costituzionale che abbiamo di fronte.

La Corte costituzionale ha sempre distinto fra misure di promozione della parità che incidono direttamente sul risultato e misure che rispettano la parità delle *chances* di elezione di candidati e candidate⁴⁴. E le prime sono giudicate incompatibili con il dettato costituzionale, nonostante la revisione del 2003. Insomma, il legislatore può promuovere le candidature femminili (ad esempio nella misura del 40 per cento, o della piena parità con l'alternanza di genere) ma non può stabilire a priori quante saranno le donne elette⁴⁵.

In ogni caso è interessante osservare che il Parlamento eletto il 4 marzo 2018 è quello con la maggior presenza femminile di sempre nella storia d'Italia con circa il 35 per cento di donne complessivamente elette (35,7 per cento alla Camera e 34,7 per cento al Senato).

9 L'IMMUTATA CIRCOSCRIZIONE ESTERO

La rappresentanza parlamentare degli italiani residenti all'estero è prevista in Costituzione in seguito all'approvazione di due leggi di revisione costituzionale fra il 2000 e il 2001.

È prevista l'elezione, tramite il voto per corrispondenza, di dodici deputati e di sei senatori nella circoscrizione estero, a sua volta suddivisa in quattro ripartizioni di dimensioni continentali. Si tratta di una soluzione, nel suo genere, unica al mondo; non sorprende, pertanto, che si possano verificare inconvenienti con ripercussioni significative sul complessivo sistema politico⁴⁶.

Quando fu promossa la revisione dell'art. 48 della Costituzione con la previsione di una apposita "circoscrizione estero", le difficoltà nel regolamentare la campagna elettorale e la materiale espressione del voto all'estero erano del tutto evidenti. Tra gli oppositori della riforma, Giovanni Sartori sbeffeggiò la circoscrizione estero descrivendola come un "collegio elettorale orbitante"⁴⁷ con i candidati impegnati nella campagna da una piattaforma spaziale...

Nonostante le numerose critiche nei confronti di un meccanismo che sembrava diretto a creare una sorta di riserva indiana e che non teneva in alcun conto la presenza o l'assenza di un solido rapporto con l'Italia del cittadino emigrato, la revisione dell'art. 48 della Costituzione fu approvata⁴⁸, rinviando alla legge la definizione dei requisiti e delle modalità per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti in tale ambito e per assicurarne l'effettività.

Dopo circa un anno la riforma costituzionale fu completata con l'approvazione della legge costituzionale 23 gennaio 2001, n. 1 che, modificando gli artt. 56 e 57

44 Si vedano in particolare la sent. n. 422 del 1995 e la sent. n. 49 del 2003.

45 In proposito v. DAMICO, Marilisa. *Il difficile cammino della democrazia paritaria*. Torino: Giappichelli, 2011; LEONE, Stefania. *Lequilibrio dei genere negli organi politici*. Milano: Franco Angeli, 2013.

46 Sul punto v. GRATTERI, Andrea. Le elezioni dell'altro mondo: gli italiani all'estero e il voto per corrispondenza. In: D'ALIMONTE, Roberto; FUSARO, Carlo (Ed.). *La legislazione elettorale italiana*. Bologna: il Mulino, 2008. p. 173 et seq.

47 SARTORI, Giovanni. Quella riforma da esportazione. *Corriere della sera*, Milano, 21 sett. 1999.

48 Legge costituzionale 17 gennaio 2000, n. 1.

della Costituzione, fissa in dodici deputati ed in sei senatori la rappresentanza degli italiani all'estero. Infine, il voto fu reso operativo con la suddivisione della circoscrizione estero in quattro ripartizioni e con l'introduzione del voto per corrispondenza (Legge 27 dicembre 2001, n. 459).

La presenza di una rappresentanza degli italiani residenti all'estero non è quindi riconducibile alla volontà del legislatore ordinario, cui sono rimesse solo le modalità applicative delle norme costituzionali che regolano la materia. Per di più si consideri che la contestata soluzione del voto per corrispondenza è – di fatto – una soluzione pressoché obbligata dalla abnorme dimensione territoriale delle ripartizioni, che non consente di realizzare forme di voto presidiato.

L'unico specifico punto su cui la legge n. 165 del 2017 è intervenuta riguarda l'estensione dell'elettorato passivo. Originariamente la legge n. 459 del 2001 stabiliva, all'art. 8, co. 1, lett. b) che i candidati devono essere residenti ed elettori nella ripartizione in cui desiderano candidarsi. Tale norma, che escludeva dalla partecipazione i residenti in Italia e i residenti in altre ripartizioni, è sempre stata vista nella prospettiva di una eccessiva specialità della rappresentanza, in deroga al suo carattere universalistico. Essa è stata però da ultimo modificata e prevede che "gli elettori residenti in Italia possono essere candidati in una sola ripartizione della circoscrizione Estero; gli elettori residenti all'estero possono essere candidati solo nella ripartizione di residenza della circoscrizione Estero".

10 CONCLUSIONI

L'attuale sistema elettorale italiano è – come si è visto – un sistema misto, prevalentemente proporzionale (63 per cento) e in parte maggioritario (37 per cento) caratterizzato da un principio di *favor* per le coalizioni di liste.

Si tratta di un sistema elettorale complesso, in buona misura influenzato dai limiti fissati dalle due sentenze della Corte costituzionale (n. 1/2014 e n. 35/2017), e ideato nel tentativo di cercare un difficile punto di equilibrio fra le esigenze della rappresentanza e quelle della governabilità. Punto di equilibrio da sempre di difficile identificazione e ancor più arduo in quadro politico soggetto ad una crescente frammentazione.

L'esito delle elezioni politiche del 4 marzo 2018 ha confermato lo scenario prefigurato dal legislatore nelle premesse alla legge n. 165 del 2017: il sistema politico italiano ha presto perduto il carattere bipolare che aveva cercato con insistenza nel corso degli anni '90 e dei primi anni 2000. Siamo ora in un contesto quantomeno tripolare, complicato dalla presenza di linee di frattura interne alle coalizioni (in particolare fra Lega e Forza Italia) e alla formazione di una alleanza di governo fra Lega e M5S che ha travalicato i confini delle coalizioni elettorali.

In assenza di una lista o di una coalizione capace di ottenere una significativa maggioranza dei voti (la coalizione più votata, Lega-Forza Italia, ha ottenuto circa il 37 per cento dei voti) si è realizzato ciò che gli osservatori più critici dell'attuale legge avevano preconizzato: la dissoluzione di una delle coalizioni e la formazione di una maggioranza di governo "anomala", così contraddicendo la *ratio* delle norme di favore per le coalizioni contenute nella legge.

Tuttavia, si potrebbe obiettare che in assenza di una parte politica capace di prevalere nettamente sulle altre la legge opera – nei suoi tratti essenziali – secondo le logiche della rappresentanza proporzionale al fine di agevolare, comunque, la formazione di una maggioranza di governo. Infatti, questo sistema misto può, alternativamente produrre gli effetti tipici della distorsione maggioritaria o un esito tipicamente proiettivo delle preferenze degli elettori.

La condizione necessaria affinché la quota maggioritaria (si tratta soltanto del 37 per cento dei seggi complessivi) possa determinare la formazione di una maggioranza parlamentare coerente con il dato elettorale è che la lista (o la coalizione) prevalente riesca ad ottenere la grandissima parte dei seggi uninominali⁴⁹. Diversamente si presenteranno minime distorsioni in favore delle liste maggiori, ma sempre in un quadro riconducibile alla rappresentanza proporzionale.

Alcune questioni relative alla legge elettorale restano in ogni caso aperte: non è escluso che la Corte costituzionale sia chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge n. 165 nei prossimi mesi; così come non è prevedibile se il Parlamento vorrà promuovere l'ennesima riforma elettorale nel Paese che, ormai da venticinque anni, si è letteralmente trasformato in un laboratorio per l'ingegneria elettorale.

REFERÊNCIAS

AIMO, Piero. *Bicameralismo e Regioni*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BARBERA, Augusto. *Costituzione della Repubblica italiana*. Milano: Enciclopedia del Diritto, 2015. Annali VIII.

BARENDT, Eric. *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford: OUP, 1997.

_____. Is there a United Kingdom Constitution? *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 137-146, 1997.

BETTINELLI, Ernesto. *All'origine della democrazia dei partiti*. Milano: Edizioni di Comunità, 1982.

_____. *La Costituzione della Repubblica italiana: un classico giuridico*. Milano: BUR, 2006.

_____. *Elezioni politiche*. Torino: Digesto Discipline pubblicistiche, 1990.

BIANCHI D'ESPINOSA, Luigi. Il Parlamento. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro. *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: Barbera, 1950.

BROCCHINI, Roberto. Il livello di proporzionalità del voto singolo trasferibile: un confronto con il voto alternativo. *Quaderni dell'Osservatorio Elettorale*, Firenze, n. 43, 2000.

49 È stato calcolato che “Alla Camera le percentuali minime sono il 60% di seggi maggioritari e il 45% di quelli proporzionali. Al Senato il 50% per entrambi le categorie di seggi. Con queste percentuali il vincente avrebbe 318 deputati e 158 senatori”, in entrambi i casi si sarebbe in presenza di maggioranza comunque esigue, v. D'ALIMONTE, Roberto. *Maggioritario partita decisiva, possibile sorpresa M5s al Sud*. *Il Sole24Ore*, Milano, 27 ott. 2017.

D'ALIMONTE, Roberto. Maggioritario partita decisiva, possibile sorpresa M5s al Sud. // *Sole24Ore*, Milano, 27 ott. 2017.

D'AMICO, Marilisa. *Il difficile cammino della democrazie paritaria*. Torino: Giappichelli, 2011.

FUSARO, Carlo. La legge elettorale del 2005: profili ordinamentali e costituzionali. In: D'ALIMONTE, Roberto; CHIARAMONTE, Alessandro (Ed.). *Proporzionale ma non solo*. Bologna: il Mulino, 2007.

_____. *Le regole della transizione*. Bologna: il Mulino, 1995.

GIURISPRUDENZA ITALIANA. Torino: UTET, 2018. Volume speciale intitolato Elezioni politiche 2018: come funziona il Rosatellum bis.

GRATTERI, Andrea. Le elezioni dell'altro mondo: gli italiani all'estero e il voto per corrispondenza. In: D'ALIMONTE, Roberto; FUSARO, Carlo (Ed.). *La legislazione elettorale italiana*. Bologna: il Mulino, 2008.

_____. Genesi di un precedente: l'interpretazione dell'elezione a base regionale del Senato da parte del Presidente Ciampi. *Nomos: Le attualità del diritto*, Roma, p. 8-18, 2017.

_____. In Europa votano così: Costituzioni e sistemi elettorali. *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, Bologna, n. 9, 2012.

_____. Legge elettorale, le riforme desiderabili e quelle possibili. *Biblioteca della libertà*, Torino, n. 191, p. 35-53, 2008.

ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Roma, 1947.

_____. Corte Costituzionale. Sentenza n. 1. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, 15 genn. 2014.

_____. Corte Costituzionale. Sentenza n. 35. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, 15 febr. 2017.

LAVAGNA, Carlo. *Istituzioni di diritto pubblico*. Roma: Edizioni Ricerche, 1966.

_____. Il sistema elettorale nella Costituzione italiana. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, n. 2, p. 849-875, 1952.

LEONE, Stefania. *L'equilibrio dei genere negli organi politici*. Milano: Franco Angeli, 2013.

LUCIANI, Massimo. *Il voto e la democrazia*. Roma: Editori Riuniti, 1991.

MARTINES, Temistocle. Art. 56-58. AA. VV. In: BRANCA, G. (Ed.). *Commentario della Costituzione*. Bologna: Zanichelli; Roma: Il Foro italiano, 1984. (Le Camere, v. 1).

MORTATI, Costantino. *Le forme di governo*. Padova: Cedam, 1973.

PALADIN, Livio. Tipologia e fondamenti giustificativi del bicameralismo: il caso italiano. *Quaderni Costituzionali*, Bologna, 1984.

RONCHETTI, Laura. Referendum costituzionale e minoranze: costituzionalizzare il proporzionale. *Rivista AIC*, Roma, n. 1, p. 13-27, 2018.

SARTORI, Giovanni. Quella riforma da esportazione. *Corriere della sera*, Milano, 21 sett. 1999.

SGRÒ, Francesca. Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017: questioni nodali e specificità del nuovo sistema elettorale italiano. *Osservatorio Costituzionale*, Roma, n. 3, 2017.

TARLI BARBIERI, Giovanni. I molti vizi e le poche virtù della nuova legge elettorale. *Democrazia e Diritto*, Milano, n. 1, p. 29-52, 2006.

TRUCCO, Lara. *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2011.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial*, Caracas, 30 dic. 1999.

VUOLO, Alfonso. *La legge elettorale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2017



**O MINISTÉRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO
DA FUNÇÃO ELEITORAL**
**THE PUBLIC PROSECUTOR IN THE EXERCISE
OF THE ELECTORAL FUNCION**

Cláudio Gusmão*

RESUMO

O artigo versa sobre a atuação do Ministério Público na área eleitoral, abordando aspectos concernentes ao seu regime normativo, estrutura e organização institucional, além da natureza e amplitude de tal função. A partir do exame da modelagem estabelecida sobre o Ministério Público brasileiro na Constituição de 1988 e nas leis, busca-se situar o exercício da função eleitoral e a organização institucional nos diversos níveis. O estudo abrange também questões alusivas ao ofício eleitoral do Ministério Público, como parte ou fiscal da ordem jurídica, destacando a sua importância e imprescindibilidade para a garantia da lisura e normalidade do processo eleitoral.

Palavras-chave: Ministério.Público. Função.Eleitoral. Legislação.

ABSTRACT

The article deals with the role of the Public Prosecutor in the electoral area, addressing aspects related to its normative regime, institutional structure and organization, as well as the nature and extent of such a function. From the examination of the modeling established on the Brazilian Public Ministry in the Constitution of 1988 and in the laws, it is sought to situate the exercise of the electoral function and the institutional organization in the several levels. The study also covers issues related to the electoral office of the Public Prosecutor's Office, as part or fiscal of the legal order, highlighting its importance and indispensability to guarantee the smoothness and normality of the electoral process.

Keywords: Public.Prosecutor. Function.Electoral. Legislation.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto o estudo do Ministério Público na perspectiva da sua atuação na seara eleitoral, a partir da matriz normativa relacionada à

* O autor é Procurador da República (atualmente exercendo, na condição de membro do Ministério Público Federal, a função de Procurador Regional Eleitoral no Estado da Bahia); Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia; Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha (Espanha).

matéria, notadamente em nível constitucional, bem como da jurisprudência dos nossos tribunais.

Inicialmente, será apresentada a modelagem fixada na Carta Política de 1988 acerca do Ministério Público brasileiro e o correspondente disciplinamento infraconstitucional, buscando situar, nesse cenário, a função eleitoral cometida à instituição e como se dá a sua organização estrutural nas diversas esferas.

Serão examinadas, ainda a propósito, questões alusivas à amplitude e natureza do ofício eleitoral do Ministério Público, como parte ou fiscal da ordem jurídica, destacando a sua importância e imprescindibilidade para a garantia da lisura e normalidade do processo eleitoral. Finalmente, a abordagem terá como foco a atuação criminal da instituição e os instrumentos postos à sua disposição no plano extrajudicial.

2 O DESENHO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

O enfrentamento do tema ora proposto enseja necessariamente a investigação em torno do regime constitucional do Ministério Público brasileiro, a fim de identificar os seus elementos fundamentais característicos.

A Constituição da República,¹ no capítulo que trata das “funções essenciais à Justiça”, dedica uma seção específica ao Ministério Público, dispondo, no artigo 128, que a instituição abrange: a) o Ministério Público da União – subdivido, por sua vez, em quatro ramos: Ministério Público Federal; Ministério Público do Trabalho; Ministério Público Militar; Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; b) os Ministérios Públicos dos Estados. Já o artigo 130 do diploma superior faz referência expressa ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas.

Vale acrescentar, igualmente, que o encargo eleitoral sequer consta do elenco das funções do Ministério Público, descritas no artigo 129 da Carta de 1988.²

Não há, enfim, previsão no nosso ordenamento constitucional vigente sobre o denominado Ministério Público “Eleitoral” como unidade institucional dotada de estrutura, autonomia e carreira próprias. Em verdade, a propósito, cabe o registro de que apenas a Constituição de 1946,³ no texto original do artigo 125, dispunha, de forma genérica, que a lei trataria da organização do Ministério Público perante a Justiça Eleitoral.

Diversamente, ao tratar do Poder Judiciário da União, a atual Lei Maior, no artigo 118, contempla a existência da Justiça Eleitoral, estabelecendo seus órgãos integrantes: a) o Tribunal Superior Eleitoral; b) os Tribunais Regionais Eleitorais; c) os Juízes Eleitorais; d) as Juntas Eleitorais. Há também a figura dos Juízes Auxiliares dos tribunais, previsto no artigo 96, incisos I e II, combinado com o §3º, da Lei n.

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

3 BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 set. 1946. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

9.504/97,⁴ designados para apreciar as representações e reclamações propostas nas eleições gerais (candidaturas a presidente e vice-presidente da República, governador e vice-governador, senador e respectivos suplentes, deputado federal e deputado estadual/distrital).

Cumpra consignar, todavia, que a Justiça Eleitoral, a despeito da previsão constitucional, também não possui um corpo próprio de magistrados, ficando essa função jurisdicional especializada a cargo de ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de desembargadores federais e estaduais, de juízes de direito, além de advogados, da forma definida nos artigos 118 a 120,⁵ a saber:

a) o Tribunal Superior Eleitoral é composto de sete membros (número mínimo), sendo três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal; dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça; dois juízes oriundos da classe dos advogados.

b) os Tribunais Regionais Eleitorais, com sede nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, são integrados por sete membros, sendo dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; dois juízes, dentre juízes de direito; um juiz (desembargador federal) do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal; dois juízes da classe dos advogados;

c) as zonas e juntas eleitorais têm como titular um juiz de direito.

3 BASE NORMATIVA DA FUNÇÃO ELEITORAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA SUA ORGANIZAÇÃO

O ofício eleitoral do Ministério Público ostenta natureza federal, a ser exercido por membros do Ministério Público Federal e, mediante delegação legal, dos Ministérios Públicos dos Estados, em uma composição mista e peculiar. É o que estabelece a Lei Complementar n. 75/93, nos artigos 72 a 80 – que revogou, no particular, as disposições do Código Eleitoral (artigo 27) –, *in verbis*:⁶

Art. 72. Compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral.

Art. 73. O Procurador-Geral Eleitoral é o Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. O Procurador-Geral Eleitoral designará, dentre os Subprocuradores-Gerais da República, o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, que o substituirá em seus impedimentos e exercerá o cargo em caso de vacância, até o provimento definitivo.

4 BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19504.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.

5 Acrescente-se que, nos termos do artigo 121, §2º, da Constituição de 1988, os juizes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos.

6 BRASIL. Lei Complementar nº 75/93, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 mai. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

Art. 74. Compete ao Procurador-Geral Eleitoral exercer as funções do Ministério Público nas causas de competência do Tribunal Superior Eleitoral.

Art. 75. Incumbe ao Procurador-Geral Eleitoral:

I - designar o Procurador Regional Eleitoral em cada Estado e no Distrito Federal;

[...]

Art. 76. O Procurador Regional Eleitoral, juntamente com o seu substituto, será designado pelo Procurador-Geral Eleitoral, dentre os Procuradores Regionais da República no Estado e no Distrito Federal, ou, onde não houver, dentre os Procuradores da República vitalícios, para um mandato de dois anos.

§ 1º O Procurador Regional Eleitoral poderá ser reconduzido uma vez.
§ 2º O Procurador Regional Eleitoral poderá ser destituído, antes do término do mandato, por iniciativa do Procurador-Geral Eleitoral, anuindo a maioria absoluta do Conselho Superior do Ministério Público Federal.

Art. 77. Compete ao Procurador Regional Eleitoral exercer as funções do Ministério Público

Parágrafo único. O Procurador-Geral Eleitoral poderá designar, por necessidade de serviço, outros membros do Ministério Público Federal para oficiar, sob a coordenação do Procurador Regional, perante os Tribunais Regionais Eleitorais.

Art. 78. As funções eleitorais do Ministério Público Federal perante os Juízes e Juntas Eleitorais serão exercidas pelo Promotor Eleitoral.

Art. 79. O Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona.

Parágrafo único. Na inexistência de Promotor que officie perante a Zona Eleitoral, ou havendo impedimento ou recusa justificada, o Chefe do Ministério Público local indicará ao Procurador Regional Eleitoral o substituto a ser designado.

Temos, assim, no âmbito do Ministério Público, o seguinte panorama relacionado à distribuição de tarefas e ao modelo organizacional para o desempenho da função eleitoral:

a) em nível nacional, a direção das atividades eleitorais do Ministério Público e o ofício nas causas de competência do Tribunal Superior Eleitoral cabe ao Procurador-Geral Eleitoral, encargo que, por sua vez, recai sobre o Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, e, nos seus impedimentos ou em caso de vacância, ao Vice-Procurador-Geral Eleitoral, designado dentre os Subprocuradores-Gerais da República;

b) na esfera estadual, perante o Tribunal Regional Eleitoral respectivo, a atribuição eleitoral do Ministério Público e direção das atividades é exercida pelo Procurador Regional Eleitoral (designado dentre os Procuradores Regionais da República no Estado e no Distrito Federal, ou, onde não houver, dentre os Procuradores da República vitalícios, para um mandato de dois anos⁷);

7 A escolha do Procurador Regional Eleitoral e seu substituto, em cada Estado, é realizada por meio de processo eletivo entre os membros lotados na respectiva unidade da Federação, nos termos das Portarias PGR/MPF n. 588/2003.

c) já no âmbito dos municípios, envolvendo as matérias de competência dos Juízes e Juntas Eleitorais as funções eleitorais, originariamente do Ministério Público Federal, serão desempenhadas pelo Promotor Eleitoral, membro do Ministério Público do respectivo Estado (cujo ato de designação, de natureza complexa, é baixado pelo Procurador Regional Eleitoral a partir de indicação da Procuradoria-geral de Justiça do Estado⁸).

Cabe o destaque, nesse ponto, acerca das razões históricas para a adoção de tal modelo de estruturação do Ministério Público para o exercício da função eleitoral. Com efeito, tomando como referência, por exemplo, a época em que entrou em vigência o Código Eleitoral (ano de 1965), tanto o Poder Judiciário como o Ministério Público, no plano federal, possuíam número reduzido de membros, lotados, em regra, nas capitais dos Estados e em determinados municípios de maior porte. Tal realidade impôs que as atribuições na área eleitoral fossem cometidas aos juízes e aos membros (promotores de Justiça) dos Ministérios Públicos dos Estados.

Conquanto o cenário hoje se apresente distinto, em vista da ampliação e interiorização dos quadros do Ministério Público Federal e da Justiça Federal – o que permitiria que essas instituições ocupassem mais espaço na divisão de atividades no campo eleitoral –, o certo é que o número de membros ainda se revela insuficiente para assumir de modo integral a função eleitoral; não havendo, pois, como prescindir-se da cooperação dos promotores de Justiça e juízes de direito.

Sempre se discute, outrossim, a alternativa de criação de uma carreira própria de magistratura e Ministério Público para o exercício das funções eleitorais. Trata-se, nada obstante, de medida que exige iniciativas nos campos executivo e legislativo para a pertinente alteração da legislação de regência, inclusive em sede constitucional – o que passa também, necessariamente, pela análise de cenários políticos e econômicos, a fim de examinar-se sua viabilidade, sobretudo diante das circunstâncias atuais. Por tais questões, e considerando o preciso objeto do presente artigo, reputamos impertinente uma maior digressão sobre o tema.

8 A investidura do membro do Ministério Público na função eleitoral, em primeira instância, exige o preenchimento de determinados requisitos, conforme estabelece a Resolução CNMP n.º 30/2008, no artigo 1º, quais sejam: I – a designação será feita por ato do Procurador Regional Eleitoral, com base em indicação do Chefe do Ministério Público local; II – a indicação feita pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado recairá sobre o membro lotado em localidade integrante de zona eleitoral que por último houver exercido a função eleitoral; III – nas indicações e designações subsequentes, obedecer-se-á, para efeito de titularidade ou substituição, à ordem decrescente de antiguidade na titularidade da função eleitoral, prevalecendo, em caso de empate, a antiguidade na zona eleitoral; IV – a designação será feita pelo prazo ininterrupto de dois anos, nele incluídos os períodos de férias, licenças e afastamentos, admitindo-se a recondução apenas quando houver um membro na circunscrição da zona eleitoral; § 1º Não poderá ser indicado para exercer a função eleitoral o membro do Ministério Público: I - lotado em localidade não abrangida pela zona eleitoral perante a qual este deverá officiar, salvo em caso de ausência, impedimento ou recusa justificada, e quando ali não existir outro membro desimpedido; II - que se encontrar afastado do exercício do ofício do qual é titular, inclusive quando estiver exercendo cargo ou função de confiança na administração superior da Instituição, ou III - que estiver respondendo a processo administrativo disciplinar por atraso injustificado no serviço. III – que estiver respondendo a processo administrativo disciplinar, ou tiver sido punido disciplinarmente, por atraso injustificado no serviço, observado o período de reabilitação de 2 (dois) anos, contados da data em que se der por cumprida a sanção aplicada. (Redação dada pela Resolução n.º 131, de 22 de setembro de 2015) III - que tenha sido punido ou que responda a processo administrativo ou judicial, nos 3 (três) anos subsequentes, em razão da prática de ilícito que atente contra: (Redação dada pela Resolução n.º 182, de 7 de dezembro de 2017) a) a celeridade da atuação ministerial; (Incluído pela Resolução n.º 182, de 7 de dezembro de 2017) b) a isenção das intervenções no processo eleitoral; (Incluído pela Resolução n.º 182, de 7 de dezembro de 2017) c) a dignidade da função e a probidade administrativa. (Incluído pela Resolução n.º 182, de 7 de dezembro de 2017).

4 O OFÍCIO ELEITORAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: AMPLITUDE E NATUREZA

A área eleitoral é daquelas cuja intervenção do Ministério Público, quer seja como parte ou fiscal da ordem jurídica, impõe-se pelo próprio objeto das causas que lhe são afetas. E isso decorre, cumpre reiterar, do desenho constitucional do Ministério Público, instituição incumbida da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Constituição Federal, artigo 127).⁹

Os elementos que integram as controvérsias no prisma eleitoral, ainda que em medidas distintas, guardam inevitavelmente relação com temas como: estado democrático de direito, democracia participativa e representativa, soberania popular, direito de sufrágio, proteção da normalidade e da higidez do pleito – o que torna inquestionável a legitimação do órgão ministerial para atuar como parte ou a obrigatoriedade da sua intervenção na qualidade de fiscal da ordem jurídica.

Com efeito, o Ministério Público ostenta aptidão para a propositura das mais diversas ações cabíveis na seara eleitoral, concorrendo com partidos, coligações e candidatos. Trata-se de legitimação que hoje é reconhecida pelos tribunais eleitorais, mesmo que não haja expressa previsão na legislação eleitoral. Destacam-se, como exemplo, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. DOAÇÃO ACIMA DO LIMITE LEGAL. [...] 4. O Ministério Público Eleitoral possui legitimidade para o ajuizamento da representação eleitoral com fundamento no art. 81 da Lei nº 9.504/97. [...] 8. A aplicação de multa eleitoral por afronta ao art. 81 da Lei das Eleições decorre da inobservância do teto estabelecido na legislação eleitoral e não ofende os princípios da igualdade e da proporcionalidade, tendo em vista que estabelece critério objetivo e igualitário para todas as empresas. 9. Outrossim, o Tribunal a quo para fixar a condenação avaliou a gravidade da conduta. 10. Diante da ausência de argumentação relevante apta a afastar a decisão impugnada, esta se mantém por seus próprios fundamentos. 11. Agravo regimental desprovido.¹⁰ PROPAGANDA PARTIDÁRIA. ALEGAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE. PROMOÇÃO PESSOAL. FILIADO. PRÉ-CANDIDATO. INSERÇÕES NACIONAIS. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. INÉPCIA DA INICIAL. REJEIÇÃO. POSSIBILIDADE. DIVULGAÇÃO. TEMAS POLÍTICO-COMUNITÁRIOS. IMPROCEDÊNCIA. REPRESENTAÇÃO.

1. O Ministério Público é parte legítima para o ajuizamento de representações voltadas à apuração de irregularidades na propaganda partidária. Precedentes. [] 3. A propaganda eleitoral extemporânea em espaço de propaganda partidária configura-se quando há o anúncio, ainda que de forma indireta e disfarçada, de determinada candidatura, dos propósitos para obter apoio por intermédio do voto

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

10 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 51093. Relator(a): Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. *DJ* 06 nov. 2015, Tomo 210, p. 58-59). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

e de exclusiva promoção pessoal com finalidade eleitoral, o que não se verifica na hipótese dos autos. [...] 5. Representação que se julga improcedente.¹¹

Agrega-se a tais argumentos, no tocante à indispensabilidade da atuação do órgão ministerial como parte, a circunstância de que, nem sempre, os demais legitimados (coligação, partido e candidato) assumem o relevante papel de velar pela normalidade e lisura do processo eleitoral, adotando iniciativas em face de práticas ilegais verificadas durante as campanhas. Nesse panorama, o grupo social acaba ficando na exclusiva dependência do Ministério Público, sobretudo porque a instituição é, sem dúvida, vocacionada para essa tarefa, já que está submetida a um estatuto jurídico análogo ao do Judiciário, com prerrogativas e vedações que conferem aos seus membros a necessária autonomia e independência em relação aos demais atores políticos envolvidos na disputa eleitoral.

Há, todavia, situações em que, diante dos contornos da matéria discutida, não cabe ao Ministério Público a provocação da atividade jurisdicional. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de exercício de direito de resposta, previsto no artigo 58, caput, da Lei n. 9.504/97,¹² cujo pedido deve ser formulado pelo próprio candidato, partido ou coligação que tenha a sua esfera jurídica subjetiva atingida por afirmações ofensivas ou manifestamente inverídicas.

Por seu turno, a intervenção do Ministério Público como custos juris mostra-se obrigatória em todas as instâncias e fases do processo cível-eleitoral¹³ (compreendido em sentido amplo, que envolve atos e procedimentos, jurisdicionais ou não, alusivos à matéria eleitoral), haja vista o conteúdo e a natureza das causas eleitorais, que, em regra, versam sobre direitos indisponíveis. Tal encargo, advirta-se, não se esgota ou se limita com a oferta de parecer, já que detém o Ministério Público, oficiando nessa qualidade, as mesmas faculdades processuais das partes, podendo formular requerimento de provas e interpor recursos.¹⁴ A propósito, dispõe expressamente o Código de Processo Civil:

Art. 179. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público:

11 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 31483, DF. Relator(a): Min. Laurita Hilário Vaz. *DJ*, 12 maio 2014. Jusbrasil, Tomo 86, p. 474. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118691089/representacao-rp-31483-df?ref=serp>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

12 Lei nº 9.504/97, art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social.

13 No campo penal, há de se destacar que todos os crimes eleitorais são submetidos à ação penal pública (artigo 355 do Código Eleitoral), o que amplia o status do Ministério Público como titular da ação.

14 ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. VEREADOR. DEFERIMENTO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ILEGITIMIDADE DE PARTIDO POLÍTICO COLIGADO. RECURSO MINISTERIAL. CUSTOS LEGIS. ILEGITIMIDADE. REJEITADA. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DE DOCUMENTOS JUNTADOS POR PARTE ILEGÍTIMA. REJEITADA. DESPROVIMENTO.

1. Segundo já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral (ARE nº 728.188/RJ), o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade para recorrer de decisão que julga o pedido de registro de candidatura, mesmo que não haja apresentado impugnação anterior. 2. Nos termos da Súmula nº 45/TSE, “nos processos de registro de candidatura, o Juiz Eleitoral pode conhecer de ofício da existência de causas de inelegibilidade ou da ausência de condição de elegibilidade, desde que resguardados o contraditório e a ampla defesa”. Por conseguinte, ainda que declarada a ilegitimidade ativa ad causam de partido político coligado para atuar isoladamente, a impugnação pode ser conhecida como notícia de inelegibilidade. 3. Recurso especial desprovido. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 21767*. Relator(a): Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. Publicado em Sessão: 01.12.2016. TSE, 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoões/jurisprudencia>>. Acesso em: 29 jul. 2018).

- I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;
- II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.

O ofício eleitoral, portanto, é exercido independentemente de se tratar de ano eleitoral, abrangendo, exemplificativamente: alistamento dos eleitores, filiação partidária, registro de candidaturas, fiscalização de atos de campanha eleitoral (propaganda eleitoral, pesquisa, direito de resposta), organização do pleito eleitoral (instalação das seções eleitorais, nomeação de mesários e juntas eleitorais), votação, proclamação do resultado, diplomação dos eleitos, prestação de contas, ação de investigação judicial eleitoral, ação de impugnação de mandato eletivo, representações diversas (propaganda e pesquisa eleitoral irregular, conduta vedada, captação ilícita de sufrágio, arrecadação e gastos ilícitos de campanha etc), recurso contra a expedição de diploma etc.

Por consectário lógico, a falta de intimação do Ministério Público nas causas eleitorais – que deve se dar pessoalmente, com vista dos autos, nos termos do artigo 18, II, “h”, da Lei Complementar n. 75/93¹⁵ – pode acarretar a nulidade absoluta do processo. É o que textualmente prevê o Código de Processo Civil:

Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.¹⁶
 § 1o Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado.

4.1 ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tem sido crescente e ganhado importância ao longo dos anos a atuação do Ministério Público na esfera extrajudicial, quer seja de ofício ou mediante provocação, sobretudo a fim de investigar atos que configurem captação ilícita de sufrágio

15 Segue o texto referido (Lei Complementar n. 75/93):

Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

[...]

II – processuais:

[...]

h) receber intimação pessoalmente nos autos em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver que officiar.

No mesmo sentido é a jurisprudência do TSE:

ELEIÇÕES 2014. DEPUTADO ESTADUAL. RECURSO ORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE RECURSAL AFASTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DE TERCEIRO NÃO CANDIDATO. AUSÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO REGIONAL. DESPROVIMENTO. 1. **Na linha da jurisprudência firmada nesta Corte Superior, o prazo recursal do Ministério Público Eleitoral, em virtude do disposto no art. 18, II, h, da LC nº 75/93, inicia-se com o recebimento dos autos na respectiva secretaria, o que demonstra, no caso dos autos, a tempestividade do apelo.** [...] (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário: RO 133425, Palmas-TO. Relator(a): Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. DJ, 06 mar. 2017, Tomo 44, p. 81, Jusbrasil, 2009). Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/436203286/recurso-ordinario-ro-133425-palmas-to?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 jul. 2018. (grifo nosso).

16 Malgrado a expressa previsão legal, o Tribunal Superior Eleitoral vem firmando entendimento no sentido de que a proclamação da nulidade, nesse caso, exige demonstração de efetivo prejuízo (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 39307, Decisão monocrática de 15 mar. 2018. Relator(a): Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. DJE, 21 mar. 2018, p. 47-48, TSE, 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>>. Acesso em: 29 jul. 2018).

(corrupção eleitoral), abuso de poder político e econômico, uso indevido dos meios de comunicação, fraudes eleitorais, condutas vedadas, arrecadação (caixa 2) e gastos ilícitos de campanha, além de propaganda eleitoral antecipada e/ou irregular.

Para tanto, a instituição deve se valer dos procedimentos postos à sua disposição para conduzir investigações na seara eleitoral. A propósito, o nosso diploma constitucional, bem como a norma estatutária do Ministério Público Federal (Lei Complementar n. 75/1993),¹⁷ estabelecem uma série de instrumentos e prerrogativas visando a permitir o cumprimento de suas institucionais. Vejamos, inicialmente, o que prevê a Constituição de 1988:¹⁸

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

[...]

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

Lastreada em tais dispositivos, com o fito de sistematizar a atuação investigativa dos membros do Ministério Público na área eleitoral, a Procuradoria-Geral da República fez expedir a Portaria n.º 692/2016, instituindo o denominado “Procedimento Preparatório Eleitoral” (PPE),¹⁹ destinado essencialmente a apurar fatos noticiados ao Ministério Público que ensejem medidas de caráter extrapenal. Mais precisamente, o normativo em tela dispõe:

Art. 2º O Procedimento Preparatório Eleitoral, de natureza facultativa, administrativa e unilateral, será instaurado para coletar subsídios necessários à atuação do Ministério Público Eleitoral perante a Justiça Eleitoral, visando à propositura de medidas cabíveis em relação aos ilícitos eleitorais de natureza não criminal.

[...]

Art. 3º O Procedimento Preparatório Eleitoral poderá ser instaurado, no limite de suas atribuições, pelo órgão do Ministério Público Eleitoral, seja em face de notícia de fato ou representação formulada por qualquer pessoa, física ou jurídica, ou encaminhada por órgão público. Parágrafo único. A instauração do Procedimento Preparatório Eleitoral dar-se-á por meio de portaria fundamentada, devidamente

17 BRASIL. Lei Complementar nº 75/93, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 maio 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

18 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

19 BRASIL. Portaria nº 692/2016, de 19 de agosto de 2016. Institui e regulamenta, no âmbito do Ministério Público Eleitoral, o Procedimento Preparatório Eleitoral - PPE. *Diário Oficial da União, Brasília*, DF, 24 ago. 2016. Seção 1, p. 46. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/90542/PT_PGR_MPF_2016_692.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 22 jul. 2018.

registrada e autuada, que mencionará, de forma resumida, o fato que o Ministério Público Eleitoral pretende elucidar.

Afora o PPE, o órgão do Ministério Público dispõe do instrumento da “Notícia de Fato” (NF), objeto da Resolução n. 174/2017, baixada pelo Conselho Superior do Ministério Público (CNMP), que estatui:²⁰

Art. 1º A Notícia de Fato é qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações.

É sempre conveniente que o membro do Ministério Público, ao tomar ciência de possível ilicitude, promova a instauração de “Notícia de Fato”, efetuando as diligências que se revelem pertinentes para certificar a sua efetiva ocorrência e reunir elementos para a atuação cabível. Ato contínuo, em não sendo o caso de arquivamento e não se demonstrando possível a conclusão da investigação no restrito prazo fixado no artigo 3º da Resolução CNMP n. 174/2017 – 30 dias, prorrogável uma vez por até 90 dias –, deverá ser a NF convertida em PPE, para continuidade das apurações.

As iniciativas a serem patrocinadas pelo órgão ministerial, com base em elementos coligidos nos procedimentos em tela, têm por finalidade maior a proposição de demandas perante a Justiça Eleitoral, entre as quais: ação de investigação judicial eleitoral (abuso de poder político e econômico, uso indevido dos meios de comunicação – artigo 22 da Lei Complementar n. 64/90); ação de impugnação de mandato eletivo (fraude); representações diversas (arrecadação e gasto ilícito de campanha, propaganda eleitoral antecipada e irregular, captação ilícita de sufrágio e conduta vedada – artigos 30-A, 41-A e 73 a 77, da Lei n. 9.504/97);²¹ infidelidade partidária (Resolução TSE n. 22.610/2007)²² etc.

Os exemplos citados, advirta-se, não esgotam o universo de medidas a serem eventualmente implementadas pelo Ministério Público, inclusive de caráter extrajudicial. É o caso da **recomendação**, expedida com lastro no artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar n. 75/93, combinado com os artigos 127, caput, e 129, incisos II e IX, da Constituição Federal.²³

20 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 174, de 4 de julho de 2017. Disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo. *Diário Eletrônico do Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, DF, 4 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-174.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018

21 BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19504.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.

22 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007. *Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral*, Brasília, DF, 30 out. 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2007/RES226102007.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

23 A propósito, registre-se que a Procuradoria Regional Eleitoral na Bahia, por meio do seu membro auxiliar, o procurador da República Ovídio Machado, expediu, nos autos do Procedimento Preparatório Eleitoral n. 1.14.000.001687/2018-97, recomendação aos secretários estaduais das diversas pastas, visando à “exclusão, das redes sociais e demais sítios eletrônicos

Importa acrescentar que, no pleito a ser realizado neste ano de 2018, o julgamento das causas tipicamente vinculadas à campanha eleitoral é da competência originária do Tribunal Superior Eleitoral, quando alusivas às eleições para presidente e vice-presidente da República, e do Tribunal Regional Eleitoral, em relação aos demais cargos (governador e vice-governador, senador e respectivos suplentes, deputado federal e deputado estadual/distrital). Nesse contexto, a respectiva atribuição para officiar como *custos juris* e a legitimidade para a propositura de ações são, respectivamente, do Procurador-Geral Eleitoral e do Procurador Regional Eleitoral (bem como dos Procuradores Eleitorais Auxiliares, nas matérias afetas aos juízes auxiliares dos tribunais, de que trata o artigo 96, §3º, da Lei n. 9.504/97).

Nada obstante, continuam sob o encargo dos juízes zonais – e, portanto, das Promotorias Eleitorais – inúmeras atribuições, sobretudo as concernentes à preparação das eleições (instalação de seções, designação dos membros das mesas receptoras, disciplinamento do transporte de eleitores no dia do pleito etc), além do exercício do poder de polícia (Código Eleitoral, artigo 35, XVII; Lei n. 9.504/97, artigo 41, §§ 1º e 2º; Resolução TSE n. 23.551/2017, artigo 103, §§ 1º e 2º; Resolução TSE n. 23.547/2017, artigo 37, §1º; Súmula n. 18 do TSE).

4.2 ATUAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL

No plano criminal, o Ministério Público vale-se, em regra, do inquérito policial – cuja instauração deve ser objeto de requisição à autoridade policial, nos termos dos artigos 129, inciso VIII, da Constituição Federal, e 7º, inciso II, da Lei Complementar n. 75/93.²⁴

A propósito, advirta-se que, malgrado a atribuição investigativa originariamente recaia sobre a Polícia Judiciária da União (Polícia Federal), não está excluída a possibilidade de o inquérito ser conduzido pela Polícia Civil, como admite, de forma expressa, o TSE (Resolução n. 23.396/2013 - CTA 5556/MG).²⁵ Trata-se, vale dizer, de uma medida absolutamente acertada, uma vez que a Polícia Judiciária do Estado – diversamente do que se dá em relação à Polícia Federal – possui unidades distribuídas em praticamente todos os municípios, viabilizando que a apuração seja empreendida de forma mais célere, efetiva e consequente. Ademais, tal iniciativa, em razão da índole do procedimento investigatório, não acarreta qualquer nulidade.

Nesse particular, a orientação da Procuradoria Regional Eleitoral na Bahia é no sentido de que deve ficar reservada à Polícia Federal a investigação de notícias de crimes eleitorais mais complexos e, preferencialmente, verificados em municípios onde instaladas delegacias daquele órgão.

oficiais geridos por essa secretaria, de “compartilhamentos”, “curtidas”, “retuites” ou outro tipo de menção/promoção ou impulsionamento de conteúdo publicado nos perfis pessoais de redes sociais pertencentes ao governador do Estado da Bahia ou qualquer outro pré-candidato às eleições de 2018” - recomendação que, advirta-se, restou acolhida pelas autoridades, que promoveram a adequação necessária.

24 BRASIL. Lei Complementar nº 75/93, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 mai. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

25 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.396, de 17 de dezembro de 2013. Dispõe sobre a apuração de crimes eleitorais. *Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral*, Brasília, DF, 30 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2013/RES233962013.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

O Ministério Público tem à sua disposição também o “Procedimento Investigatório Criminal” (PIC), disciplinado por meio da Resolução CNMP n.181/2017, que estabelece:

Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal. (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018).

§ 1º O procedimento investigatório criminal não é condição de procedibilidade ou pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal e não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos legitimados da Administração Pública. (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018).²⁶

Importa acrescentar que, nas eleições gerais de 2018, excetuados os casos que envolvem autoridade com foro por prerrogativa de função, a atribuição será da Promotoria Eleitoral, cabendo-lhe, além das medidas institucionais de natureza preventiva, empreender investigação dos crimes eleitorais, mediante PIC ou inquérito policial a ser requisitado, e a consequente ação penal, a ser intentada perante o respectivo juízo zonal.

5 CONCLUSÃO

Malgrado não haja previsão constitucional acerca do exercício da função eleitoral pelo Ministério Público, esse múnus decorre do próprio texto da Carta de 1988, que, em enunciado primário, incumbiu a instituição do relevante e inafastável papel de promotor da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (artigo 127).²⁷

Do ponto de vista estrutural e organizacional, o ofício eleitoral do Ministério Público se desenvolve de forma atípica, porquanto cometido a membros do Ministério Público Federal – que exercem funções de Procurador-Geral Eleitoral (no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral) e de Procuradores Regionais Eleitorais (perante os Tribunais Regionais Eleitorais) – e, mediante delegação legal, aos promotores de Justiça dos Ministérios Públicos dos Estados.

O Ministério Público possui ampla legitimação para a propositura de ações nesse campo, cumprindo-lhe, outrossim, quando não figure como parte, intervir na qualidade de fiscal da ordem jurídica em todos os processos submetidos às diversas instâncias da Justiça Eleitoral. O órgão também desenvolve importante

26 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n° 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. *Diário Eletrônico do Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, DF, 7 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

27 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018

papel no plano extrajudicial, com caráter investigativo, valendo-se dos instrumentos previstos no nosso ordenamento jurídico, com destaque para o Procedimento Preparatório Eleitoral, a Notícia de Fato e o Procedimento Investigatório Criminal, objeto de regulação específica baixada pela Procuradoria-Geral da República e pelo Conselho Nacional do MP.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 set. 1946. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. Lei Complementar nº 75/93, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 maio 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9504.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.

_____. Portaria nº 692/2016, de 19 de agosto de 2016. Institui e regulamenta, no âmbito do Ministério Público Eleitoral, o Procedimento Preparatório Eleitoral - PPE. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2016. Seção 1, p. 46. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/90542/PT_PGR_MPF_2016_692.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 22 jul. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007. Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF, 30 out. 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2007/RES226102007.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.396, de 17 de dezembro de 2013. Dispõe sobre a apuração de crimes eleitorais. Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF, 30 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2013/RES233962013.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 174, de 4 de julho de 2017. Disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo. Diário Eletrônico do Conselho Nacional do Ministério Público, Brasília, DF, 4 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-174.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Diário Eletrônico do Conselho Nacional do Ministério Público, Brasília, DF, 7 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário: RO 133425, Palmas-TO. Relator(a): Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. DJ, 06 mar. 2017. Jusbrasil, 2009. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/436203286/recurso-ordinario-ro-133425-palmas-to?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 31483, DF. Relator(a): Min. Laurita Hilário Vaz. DJ, 12 maio 2014, Jusbrasil. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118691089/representacao-rp-31483-df?ref=serp>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 51093. Relator(a): Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. DJ, 06 nov. 2015. TSE, 2015. Disponível em: Acesso em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>>. 27 jul. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 21767. Relator(a): Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. Publicado em Sessão: 01.12.2016. TSE, 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 39307, Decisão monocrática de 15 mar. 2018. Relator(a): Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. DJE, 21 mar. 2018. TSE, 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

**INOVAÇÕES DEMOCRÁTICAS DO BRASIL E DA
ÍNDIA: REFLEXÕES SOBRE PARTICIPAÇÃO,
DELIBERAÇÃO E REDISTRIBUIÇÃO**

**DEMOCRATIC INNOVATIONS OF BRAZIL AND INDIA:
REFLECTIONS ON PARTICIPATION, DELIBERATION AND
REDISTRIBUTION**

Eleonora Schettini M. Cunha*

RESUMO

Alternativas democráticas de alta intensidade têm sido experimentadas na busca de associar participação ampliada, deliberação pública e melhor (re)distribuição, como é o caso dos Orçamentos Participativos, desenvolvidos em Porto Alegre e Belo Horizonte, Brasil, e a Campanha Popular pela Descentralização do Planejamento, em Kerala, Índia. O livro *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, organizado por Boaventura de Sousa Santos, apresenta artigos de Santos, Avritzer, Heller e Isaac, que descrevem e analisam essas experiências de democracia participativa, consideradas por eles como exitosas. Identificar e analisar as variáveis que determinaram a maior efetividade nos processos e resultados dessas experiências foi o objetivo que orientou a elaboração deste artigo.

Palavras-chave: Democracia participativa. Estado. Efetividade institucional. Orçamento participativo. Planejamento participativo.

ABSTRACT

High-intensity democratic alternatives have been tried in the search to associate expanded participation, public deliberation and better (re)distribution, as is the case of Participatory Budgets, developed in Porto Alegre and Belo Horizonte, Brazil, and the Popular Campaign for Decentralization of Planning, in Kerala, India. The book *Democratizing Democracy: The Paths of Participatory Democracy*, organized by Boaventura de Sousa Santos, presents articles by Santos, Avritzer, Heller and Isaac, which describe and analyze these experiences of participatory democracy, considered by them as successful. Identifying and analyzing the variables that determined the greatest effectiveness in the processes and results of these experiments was the objective that guided the elaboration of this article.

Keywords: Participatory democracy. State. Institutional effectiveness. Participatory budgeting. Participatory planning.

* Doutora em Ciência Política. Professora aposentada do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora do Margem – Grupo de Pesquisa em Democracia e Justiça.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do século XX, a democracia representativa parece ter adquirido certa unanimidade como forma ideal de organização política das sociedades ocidentais. Esse modelo de democracia se propôs a resolver a questão da participação dos cidadãos nas decisões políticas em sociedades complexas, de larga escala, com grande diversidade cultural e política, e em Estados também complexos e burocratizados.

Os princípios fundamentais da democracia – a soberania popular e a igualdade política – associados aos princípios da liberdade de expressão e de organização, dentre outros, serviram como base para a organização dos processos de escolha de representantes, expressos num conjunto de regras políticas e sociais que regulam o processo eleitoral, a mobilidade do poder e a representação. Esse modelo democrático enfatiza os procedimentos necessários para que se constitua o órgão decisório e as regras para tomada de decisão, de modo a assegurar sua legitimidade e a democracia passou a ser identificada com esses procedimentos, como os processos eleitorais livres e regulares e o sufrágio universal. Isso acabou por reduzir o próprio escopo do ideal democrático.

A experiência democrática, por sua vez, foi desafiada pela tensão com as consequências sociais do capitalismo, mas as soluções encontradas mostram sinais de esgotamento. Por um lado, questões relacionadas à redução da efetiva participação política e à percepção da pouca efetividade da representação têm suscitado diversos debates acerca da legitimidade das decisões tomadas sob este regime, por outro os resultados efetivos dessas decisões pouco produziram justiça social, colocando em cheque o contrato social que subjaz ao ideal democrático.

Para além dos debates teóricos acerca das variações possíveis nos regimes democráticos, renovações no campo da política têm gerado alternativas inovadoras tanto nas práticas, quanto nas instituições democráticas. No Brasil e na Índia, identifica-se o processo de renovação das instituições democráticas, que propiciam participação e deliberação públicas acerca das ações de governo e que conectam sociedade civil e sociedade política formal numa “nova esfera de deliberação e negociação” acerca das políticas públicas. Criam-se novos lugares para a política, altera-se a compreensão do que é o *público* e introduz-se a participação de atores diretamente interessados nos processos de elaboração e decisão acerca das políticas públicas, empurrando a democracia para além das esferas tradicionais e envolvendo as pessoas que serão afetadas pelas decisões.

A disseminação dessas novas instituições e o grande número de pessoas que elas envolvem, além de terem função política relevante, coloca o desafio de melhor compreender estas práticas políticas e analisar o seu potencial na contribuição para o aprofundamento e a expansão da democracia. Duas experimentações democráticas foram amplamente disseminadas e experimentadas durante mais de duas décadas e são objeto da análise proposta para este artigo – o Orçamento Participativo, no Brasil, e a Campanha Popular pela Descentralização do Planejamento em Kerala, na Índia. Elas estão descritas detalhadamente na obra organi-

zada por Boaventura de Sousa Santos, *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*¹.

Para Santos e Avritzer,² as duas experiências são consideradas como as mais bem sucedidas dentre todas as que analisaram. Partindo dessa constatação, uma questão se coloca: o que elas têm em comum que assegurou seu êxito? A intenção deste artigo é buscar identificar e compreender quais foram as variáveis que determinaram a maior efetividade nos processos e resultados dos orçamentos participativos e da Campanha, experimentações institucionais que associaram participação, deliberação e (re)distribuição, de modo que possam servir como indícios para reflexão e discussão.

Para alcançar o objetivo proposto, uma primeira seção aponta os fundamentos da análise e descreve sumariamente as experiências, tendo como referência os artigos do livro organizado por Santos,³ destacando aspectos que se mostraram relevantes para a análise comparativa. A segunda parte apresenta algumas das reflexões que foram suscitadas pela literatura sobre democracia participativa e democracia deliberativa, em confronto com as experimentações democráticas. Por fim, as conclusões que foram suscitadas a partir dessa análise.

2 INOVAÇÕES DEMOCRÁTICAS: ALGUNS FUNDAMENTOS E AS EXPERIMENTAÇÕES EM DESTAQUE

A teoria democrática tem sido desenvolvida a partir da compreensão das formas diferenciadas de inserção dos cidadãos na vida política das sociedades. A hegemonia dos governos representativos gerou um conjunto muito amplo de reflexões e de formulações acerca da importância e dos modos de representação que sustentam as democracias representativas.

A constatação de que a democracia representativa é insuficiente para garantir a representação da pluralidade de interesses presentes na sociedade, bem como para assegurar melhor (re)distribuição, levou à formulação da ideia de democracia participativa. Esta também se sustenta nos princípios da liberdade e da igualdade política, bem como reconhece a importância dos procedimentos que assegurem a realização dos valores democráticos. No entanto, se a democracia representativa – considerada como de baixa intensidade – ordena suas características de modo a assegurar a governabilidade e dá prioridade ao valor da liberdade sobre o valor da igualdade, tendo o capitalismo como critério final da vida social, a democracia participativa – considerada como de alta intensidade – ordena as características conforme sua capacidade em dar autonomia aos cidadãos e alcançar justiça social,

1 O livro apresenta parte dos resultados de um projeto de pesquisa bastante amplo – Reinventar a Emancipação Social: Para novos manifestos – desenvolvido por ele e diversos pesquisadores colaboradores em seis países: África do Sul, Brasil, Colômbia, Índia, Moçambique e Portugal.

2 SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.

3 SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a. p. 455-560.

buscando um equilíbrio dinâmico entre liberdade e igualdade, tendo a democracia precedência sobre o capitalismo, sendo aquela o critério final da sociedade.⁴

Como “tipos ideais”, nos processos políticos reais elas coexistem de forma interpenetrada ou articulada de modo complexo, numa constelação política híbrida. Para Santos⁵, a democracia representativa é uma concepção incompleta de democracia (e não uma concepção errada) e, em caso de conflito entre democracia e capitalismo, aquela deve prevalecer, uma vez que os efeitos do capitalismo sobre as pessoas, a natureza e o ambiente têm sido de grande amplitude. Portanto, Santos e Avritzer^{6,7} consideram que a solução para os problemas enfrentados pela democracia representativa é a sua combinação com a democracia participativa, seja pela coexistência (envolve, em níveis diversos, diferentes formas de procedimentalismo, organização administrativa e desenhos institucionais), seja pela complementaridade virtuosa (envolve efetiva articulação entre as duas).

Inovações institucionais que associam participação, deliberação e (re)distribuição demandam reflexões acerca das relações que existem ou que devam existir entre democracia e deliberação, seja de cunho mais substantivo, como sustentação à ideia de governos democráticos, seja de âmbito mais prático, condizente aos processos de produção de decisões políticas, trazendo mais um tipo de democracia como sustentação da sua argumentação – a democracia deliberativa.⁸⁻⁹⁻¹⁰⁻¹¹⁻¹²

Segundo Gutman e Thompson¹³ a democracia deliberativa é entendida como uma forma de governo em que cidadãos livres e iguais (bem como seus representantes) devem justificar suas decisões uns aos outros, por meio de razões que sejam mutuamente aceitáveis e acessíveis a todos. O objetivo deste tipo de democracia seria produzir decisões justificáveis em circunstâncias de divergência moral, que vinculariam todos no presente, mas abertas a serem desafiadas no futuro. Nessa perspectiva, a democracia deliberativa pode ser entendida como uma forma de justificação do exercício do poder político que estabelece espaços e práticas em que os cidadãos discutem, coletiva e publicamente, as questões e interesses da coletividade e propõem prioridades ou ações públicas que deverão ser executadas pelas instituições estatais, quais sejam, as políticas públicas.¹⁴

4 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Legal Common Sense*. 2. ed. United Kingdom: Butterworths LexisNexis, 2002b.

5 Ibidem.

6 AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 561-598.

7 SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a. p. 455-560.

8 HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*, n. 36, 1995.

9 COHEN, Joshua. Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa. *Metapolítica*, v. 4, n. 14, p. 24-47, 2000.

10 FUNG, A.; WRIGHT, E. Deepening Democracy: Innovation in empowered participatory governance. *Politics and Society*, v. 29, n. 1, p. 5-41, 2001.

11 SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.

12 GUTMAN, A.; THOMPSON, D. *Why Deliberative Democracy?* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

13 Ibidem.

14 LÜCHMANN, Ligia. *Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. 2002. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas,

Avritzer¹⁵ destaca a recuperação, pela teoria política, da importância da argumentação que precede a decisão, o que faz com que a teoria democrática passe a tratar da deliberação a partir de duas perspectivas ou concepções, que o autor denomina de decisionística e de argumentativa. A concepção decisionística, que prevalece nas democracias representativas, foi fortalecida em função da complexidade administrativa e da busca de eficiência por parte do Estado. A perspectiva argumentativa recupera a dimensão da argumentação no processo de decisão política, meio de expressão das diferentes perspectivas e orientações presentes na sociedade.

A legitimidade das decisões e ações políticas produzidas no âmbito do Estado decorreria do engajamento político dos cidadãos nas deliberações, o que seria possível por meio de metodologias que aproximem deliberação pública e cidadania. Nessa direção, Hajer e Wagenaar¹⁶ consideram que as novas práticas políticas participativas não tratam apenas de encontrar soluções para os problemas concretos que afetam as vidas dos cidadãos, mas também encontrar formatos que gerem confiança entre atores mutuamente interdependentes.

De modo geral, o que as reflexões de alguns autores¹⁷⁻¹⁸⁻¹⁹ apontam é para a necessidade de que se constituam espaços deliberativos plurais e inclusivos, capazes de produzir decisões legítimas acerca de ações públicas, aproximando cidadãos e executores de políticas públicas, numa aprendizagem social contínua e interativa não só dos problemas públicos, mas também das possibilidades de solução, no que Reich denomina de “descoberta cívica”.²⁰

O desenvolvimento recente da teoria democrática, portanto, aponta para uma forma aprofundada de participação, que associa presença e capacidade de deliberação (entendida como debate e decisão), o que desafia as instituições democráticas tradicionais e se concretiza em diferentes e novas instituições.

2.1 AS EXPERIÊNCIAS DEMOCRÁTICAS PARTICIPATIVAS

A redemocratização do Brasil, que ocorreu na década de 1980, criou condições propícias para que forças políticas de esquerda assumissem alguns governos municipais e introduzissem inovações institucionais com ênfase na participação popular, demanda recorrente da sociedade civil no período ditatorial. Este foi o caso de Porto Alegre, cidade que sediou a experiência original de Orçamento Participativo (OP), a partir do primeiro governo do Partido dos Trabalhadores (PT), iniciado em 1989. A demanda por influência na proposta orçamentária formulada pela União das Associações de Moradores de Porto Alegre (UAMPA) encontrou ressonância

2002.

15 AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. *Lua Nova*, n. 50, p. 25-46, 2000.

16 HAJER, M.; WAGENAAR, H. *Deliberative Policy Analysis: Understanding Governance in the Network Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

17 COHEN, Joshua. Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa. *Metapolítica*, v. 4, n. 14, p. 24-47, 2000.

18 LÜCHMANN, Ligia. *Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. 2002. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

19 GUTMAN, A.; THOMPSON, D. *Why Deliberative Democracy?* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

20 REICH apud FISCHER, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment: The Politics of Local Knowledge*. Durham: Duke University Press, 2000.

na proposta de um “governo participativo” e gerou o processo que resultou no OP.²¹ Belo Horizonte, por sua vez, teve governos formados por coligações progressistas a partir de 1992, sendo que a primeira delas foi liderada pelo PT, que implantou o OP tendo como referência a experiência de Porto Alegre, já então considerada bem sucedida. Desde então o OP tem se realizado em ambas as cidades, ainda que tenha havido alterações nos governos e mesmo no seu desenho e na sua centralidade para a administração pública ao longo do tempo.

O estado de Kerala, situado no sul da Índia, tem sido governado, em mandatos sucessivos ou alternados, pelo *Communist Party of India (Marxist)* – CPI(M), que tem conseguido manter uma permanente capacidade mobilizadora, pressionando não só os governos de outros partidos, mas também os do próprio partido a aperfeiçoarem suas ações e a reinventarem processos de participação. Os governos do estado têm demonstrado um alto grau de “ativismo”, envolvidos de forma variada com a sociedade, existindo certo tecido social constituído de autoridades e instituições democráticas. Em 1996 a *Left Democratic Front* – LDF, liderada pelo CPI(M), assumiu o governo.

Alguns aspectos dessas experiências merecem ser destacados, dada a sua relevância para a análise proposta: o desenho institucional, a ressonância na burocracia e a relação com o Poder Legislativo.

2.2 DESENHO INSTITUCIONAL DAS INOVAÇÕES DEMOCRÁTICAS

O OP de Porto Alegre tinha como objetivos prioritários a inversão de prioridades, a transparência e a participação popular no governo,²² garantindo a participação da população na formulação e acompanhamento da execução do orçamento municipal. A expectativa era de que as decisões partilhadas acerca das prioridades na alocação dos recursos públicos possibilitaria a sua (re)distribuição. O OP foi formulado a partir de três princípios: o direito de todo cidadão participar, a existência de regras de participação direta e de representação expressas num regimento interno definido pelos participantes, a distribuição dos recursos de investimento por meio de um método que combinasse critérios gerais e critérios técnicos. O Gabinete de Planejamento (GAPLAN) e a Coordenação de Relações com a Comunidade (CRC) foram os principais órgãos da administração municipal no processo de concepção e de condução do OP.

O OP de Porto Alegre se operacionalizou por meio de assembleias, de fóruns e de um conselho. Iniciava-se o processo com as assembleias plenárias regionais, das quais participavam moradores das dezesseis regiões da cidade, seguidas de seis assembleias temáticas, por áreas de políticas públicas²³. A participação era

21 AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 561-598.

22 SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a. p. 455-560.

23 As áreas temáticas são: circulação e transporte; educação e lazer; cultura; saúde e assistência social; desenvolvimento econômico e tributação; organização da cidade, desenvolvimento urbano e ambiental.

aberta a qualquer cidadão, independentemente de sua vinculação a alguma organização social e, nas assembleias, as ações desenvolvidas pelo governo eram avaliadas, assim como eram definidas e hierarquizadas as prioridades por região e por área de política pública. Também eram eleitos os delegados e conselheiros que representariam os participantes nas etapas posteriores. Para cada região e cada área temática existia um Fórum de Delegados, que tinha tanto a função de apresentação e representação das prioridades definidas nas suas regiões, quanto de mediação entre os conselheiros e os demais participantes do OP. A definição das prioridades seguia alguns critérios de hierarquização e a definição do número de delegados obedecia a critérios baseados no número de pessoas presentes nas assembleias. Todo este processo, que contava com a participação ativa de representantes do GAPLAN, também possibilitava que as obras e os interesses do governo fossem apresentados, debatidos e incluídos no orçamento municipal.

O OP de Porto Alegre tinha como instância máxima de decisão o Conselho do Orçamento Participativo (COP), cujos membros eram eleitos dentre os participantes das assembleias regionais e temáticas para um mandato com tempo fixo (um ano), podendo ser reeleitos por igual período ou terem seu mandato revogado. O Conselho era regido por Regimento Interno, que detalhava a sua estrutura e seu funcionamento, e tinha como principal atividade participar da elaboração do documento orçamentário, a ser enviado posteriormente pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo municipal, órgão que aprova o orçamento público e autoriza os gastos públicos municipais.

As reuniões do COP obedeciam a uma dinâmica própria, em que o governo tinha papel preponderante na definição da agenda e na coordenação dos trabalhos. Uma questão correlata diz respeito à assimetria informacional entre governo e sociedade, que se refletia não só no processo de decisão, mas também no processo de escolha dos representantes. A intenção de reduzir esta assimetria ou déficit informacional levou os organizadores do OP de Porto Alegre a realizarem ações de formação voltadas aos conselheiros, de modo que eles se familiarizassem não só com a estrutura e funcionamento do OP, mas também com aspectos relacionados ao processo de planejamento e orçamento.

Ainda que os objetivos e princípios sejam muito semelhantes, o desenho institucional do OP de Belo Horizonte diferiu do de Porto Alegre. Nas primeiras assembleias regionais, além do governo prestar contas das obras definidas como prioritárias no OP anterior e, com isto, possibilitar a avaliação do seu desempenho, ele também apresentava a disponibilidade de recursos municipais para a definição dos investimentos, por regiões. Esta disponibilidade era previamente definida pelo governo, tendo como critério a disposição de 50% dos recursos igualmente divididos entre as nove regiões administrativas nas quais a cidade está dividida e os demais 50% distribuídos conforme um Índice de Qualidade de Vida Urbana (IQVU), composto por dados socioeconômicos e populacionais.

Havia uma segunda rodada de assembleias regionais, em que se discutia a avaliação da viabilidade técnica das prioridades definidas nas primeiras assembleias, bem como a eleição de delegados do OP. O critério de definição para

o número de delegados baseava-se no número de participantes na assembleia. No caso de Belo Horizonte, cada região, além de escolher delegados entre os cidadãos, também elegia um delegado por associação comunitária constituída na região, havendo, portanto, representantes das associações.

Os delegados eleitos participavam da “Caravana das Prioridades” que visitava as áreas às quais se destinavam as propostas de investimentos consideradas prioritárias. Esta visita acontecia posteriormente à realização das assembleias e antecedia o Fórum de Prioridades Regionais, quando se decidia efetivamente quais seriam as obras que teriam prioridade de investimento no orçamento municipal. Ao final deste processo, eram eleitos os delegados que comporiam as COMFORÇA, comissões de fiscalização que acompanhavam a execução das obras e investimentos.

Em Kerala, a LDF, ao assumir o governo, decidiu pela descentralização como principal estratégia de ação governamental e de gestão do Estado. O Departamento de Planejamento Estatal (DPE) foi o responsável pela concepção e condução da estratégia que denominou Campanha Popular pela Descentralização do Planejamento, tendo como referência as experiências de uma ONG que atua na região há mais de vinte e cinco anos, Kerala Sastra Sahitya Parishad (KSSP) (Movimento para a Ciência Popular). A proposta era delegar poder do Estado aos cidadãos no que diz respeito ao planejamento do desenvolvimento, de modo a ampliar a inclusão política e a promover redistribuição, tendo como objetivo transformar o caráter e o alcance da participação, bem como da conjugação de interesses. A estratégia da Campanha foi de descentralizar a elaboração do orçamento do estado de Kerala, o que também visava reduzir o grau de clientelismo no nível local.

Os idealizadores da Campanha entendiam que um dos principais desafios que a implementação da democracia participativa enfrentaria seria o desenvolvimento de modelos institucionais que “fossem suficientemente robustos para resistir às pressões dos grupos de interesses tradicionais interessados em subverter ou sufocar o processo deliberativo”.²⁴ Algumas estratégias pareciam ser fundamentais para se vencer esses desafios e alcançar o êxito da experiência. A primeira dizia respeito ao seu formato institucional e a opção foi por uma campanha, devido à longa tradição de campanhas realizadas anteriormente e que contaram com grande adesão da população. Havia, portanto, certa familiaridade com mobilizações de amplo alcance.

Uma outra estratégia era que o desenho institucional deveria assegurar autonomia ao processo deliberativo, um sistema de cooperação horizontal e fontes autônomas de autoridade, ou seja, as instituições do poder local deveriam ser instituições governativas dotadas de autonomia funcional, administrativa e financeira, agindo em regime de subsidiariedade e sendo complementares às instituições representativas. Uma terceira foi a criação de estruturas deliberativas contínuas, que associavam participação alargada, deliberação efetiva, competência técnica e coordenação na formulação e implementação de planos de desenvolvimento, o que deu origem a 1.241 órgãos de poder local.

²⁴ HELLER, P.; ISAAC, T. M. O perfil político institucional da democracia participativa: lições de Kerala, Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 621.

Acreditava-se que a construção e a capacitação de instituições participativas, nas quais os cidadãos participariam diretamente dos processos decisórios, compensariam as deficiências das estruturas representativas e dos processos decisórios burocráticos formais e possibilitaria o aprofundamento da democracia. Além disso, delegar poder de decisão às arenas locais possibilitaria desafiar as hierarquias e poderes de controle existentes, ao mesmo tempo em que criaria o potencial para renovar a ação cívica e reduzir o clientelismo e o partidarismo, quiçá alterando a configuração política e construindo novas redes de política pública.

Uma quarta estratégia foi a redução na assimetria de informação e de competências, por meio da formação daqueles que participariam do processo, na forma de uma capacitação massiva. A quinta, e não menos relevante, foi a reserva de cerca de 35 a 40% dos fundos governamentais para investimento destinados à Campanha, assegurando-se recursos para a implantação das decisões.

A operacionalização da Campanha ocorreu em quatro fases. A primeira deu-se pela realização de quatro assembleias locais (*grama sabhas*) ao longo do processo de planejamento, com *quorum* mínimo de 150 pessoas residentes, agrupadas em pequenos grupos por setores de desenvolvimento, cujo trabalho era coordenado por moderadores; esses eram os momentos deliberativos principais, quando havia participação direta. Após as assembleias, eram realizados *development seminars* (seminários de desenvolvimento), onde eram discutidos os relatórios de desenvolvimento, elaborados a partir das orientações do DPE. Nesses seminários participavam delegados eleitos nas assembleias, observando-se a paridade de sexo.

A seguir eram formados *task forces* (grupos de trabalho) setoriais constituídas por cerca de 10 pessoas – 12 grupos, um para cada seminário – responsáveis pela elaboração das propostas de projetos. Estes grupos eram liderados por cidadãos eleitos no âmbito local. A última fase era a elaboração de um Plano que integrasse todos os projetos desenvolvidos na fase anterior. Este Plano era deliberado formalmente por um conselho eleito.

Os planos dos diversos níveis deveriam ser integrados num único Plano para o estado de Kerala e, para assegurar isto, eram elaborados sequencialmente: ao nível das bases (municipais e *panchayats*) com participação direta; ao nível alargado (blocos e distritos), por funcionários eleitos e comissões de cidadãos. O desenvolvimento da Campanha levou a algumas alterações institucionais. Uma delas foi melhorar a qualidade dos projetos para evitar desgastes relacionados à viabilidade técnica ou financeira. Isso foi resolvido com o apoio de Corpos Técnicos Voluntários, formados por peritos técnicos aposentados ou ativos, que integravam comissões de peritos que assessoravam a avaliação dos projetos e planos. As ações eram coordenadas pelas Instituições Locais Auto-Governadas (ILAG).

A execução dos projetos se efetivava a partir da criação de “comissões de beneficiários do projeto”, que executavam as obras públicas, tendo como fonte de financiamento os fundos transferidos para o nível local, vinculados aos projetos. Concomitantemente, houve a execução de um programa de formação, um programa educacional informal, realizado em parceria com a Universidade Agrícola

de Kerala, Instituto de Administração Governamental, Centro Tecnológico Rural Integrado (KSSP) e COSTFORD, para desenvolver nos participantes as habilidades necessárias à elaboração do planejamento.

2.3 RESSONÂNCIA NAS BUROCRACIAS

O desenvolvimento dessas inovações democráticas participativas se deu no interior do Estado e, por conseguinte, em meio a uma estrutura burocrática formada não só tendo como referência o sistema representativo, mas também as práticas de homogeneização e redução da complexidade social própria do Estado moderno, que concederam certo poder discricionário à burocracia. Geralmente são burocracias insuladas, que tendem a produzir decisões a partir de parâmetros técnicos. Assim sendo, “um desafio essencial na construção das instituições participativas consiste em assegurar que os peritos, mais do que debater e decidir entre si, se envolvam em decisões deliberativas conjuntas com os cidadãos”.²⁵

No caso do Brasil, o projeto de modernização do país, conduzido por sucessivos governos (civis e militares) desde a década de 1930, produziu uma burocracia especializada, principalmente na área de planejamento e orçamento, mas que permaneceu insulada e refratária às necessidades sociais presentes na sociedade brasileira. Associada a esta cultura “tecnoburocrática”, havia a tradição patrimonialista na relação dos governos com os bens do Estado e a relação clientelista na distribuição destes bens públicos.

Ao se propor a realizar o OP em Porto Alegre, o governo encontrou um corpo técnico da área de planejamento com uma cultura clientelista e tecnocrática e, portanto, resistente à inovação institucional. Para superar este obstáculo inicial, o governo realizou algumas transformações político-administrativas importantes: transferiu a coordenação do OP para os órgãos que estavam diretamente ligados ao gabinete do prefeito (GAPLAN e CRC) e introduziu nova metodologia de planejamento – o planejamento estratégico situacional. O OP propiciou a emergência do conflito, mas também da mediação entre questões técnicas e políticas, produzindo alterações significativas na cultura profissional da equipe técnica envolvida. Essas alterações foram não somente no sentido da adequação da linguagem, mas principalmente na utilização da argumentação e na razoabilidade como formas de interação com os participantes do OP, levando ao surgimento de uma cultura “tecnodemocrática” como alternativa à cultura “tecnoburocrática” existente.²⁶

Em Kerala, a Campanha tinha como um dos seus objetivos “desmanchar certas formas de prepotência burocrática”.²⁷ A influência da burocracia imperial e a

25 HELLER, P.; ISAAC, T. M. O perfil político institucional da democracia participativa: lições de Kerala, Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 626.

26 SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a. p. 439.

27 HELLER, P.; ISAAC, T. M. O perfil político institucional da democracia participativa: lições de Kerala, Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 604.

inspiração soviética de transformação planejada produziram um Estado centralizador e uma burocracia insulada à influência popular. Kerala, especificamente, apresentava um “crescimento exponencial da burocracia de serviços”, um crescimento de empresas públicas e uma administração baseada no “centralismo democrático” adotado pelo CPI(M).²⁸

Heller e Isaac²⁹ lembram que, de modo geral, as burocracias resistem a mudanças, principalmente aqueles setores mais poderosos onde interesses políticos estão instalados, o que gera o que denominam de “inércia burocrática”. A estratégia adotada pela Campanha de aumentar os recursos direcionados a cada ILAG, ao mesmo tempo em que deixou evidente a baixa capacidade administrativa e a pouca experiência de gestão dos órgãos locais, viabilizou o real poder de decisão sobre o orçamento e o controle sobre o seu uso clientelista.

Desde a proposição da Campanha tinha-se claro que um dos principais desafios que seria enfrentado seria a inércia burocrática. A produção de cerca de 100 projetos para serem avaliados em um tempo bem reduzido, associada à incapacidade e à resistência da burocracia, fez com que a Campanha se valesse do trabalho voluntário de peritos (“competências extraburocráticas”) que procediam à análise dos projetos, o que envolveu mais de quatro mil pessoas. Esta medida provocou reações no sentido de a Campanha estar criando estruturas paralelas aos órgãos representativos.

2.4 RELAÇÕES ENTRE AS INSTITUIÇÕES PARTICIPATIVAS E O PODER LEGISLATIVO

Os debates e as decisões sobre o orçamento, no Brasil, e sobre o planejamento, em Kerala, devem ocorrer no seio do Poder Legislativo. Assim, ambas as experiências já surgem com uma tensão potencial instalada, uma vez que nenhuma delas prevê algum tipo de participação daquele poder nos processos deliberativos.

Em Porto Alegre, as relações do OP e, por conseguinte, do Executivo Municipal com a Câmara de Vereadores (Poder Legislativo Municipal) mostravam-se tensas. Legalmente, no Brasil, é prerrogativa do Poder Legislativo proceder às discussões, alterações e à aprovação do orçamento público proposto pelo Poder Executivo. O OP alterou o processo de elaboração do orçamento, introduzindo um fator de legitimidade à proposta orçamentária que a tornou praticamente impossível de ser contestada. A Câmara entendeu este fato como um esvaziamento do seu poder, o que deu origem a um conflito político entre os dois poderes.

Os conflitos do OP com o Legislativo refletem a tensão constitutiva das democracias modernas entre participação e representação, como bem lembra Santos,³⁰ em que a expansão de uma significa a restrição da outra. No entanto, essa tensão

28 HELLER, P.; ISAAC, T. M. O perfil político institucional da democracia participativa: lições de Kerala, Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 612.

29 Ibidem.

30 SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a. p. 455-560.

não precisa ser necessariamente percebida como um dilema. A experiência do OP, ainda que conflituosa, mostra que é possível articular os dois tipos de democracia: a representativa e a participativa.

2.5 AVALIAÇÃO DOS RESULTADOS PRODUZIDOS PELAS INSTITUIÇÕES PARTICIPATIVAS

Um aspecto interessante relacionado aos OPs diz respeito à sua institucionalização, que decorreu da regularidade do seu funcionamento e não de uma Lei ou norma que sustentasse legalmente o processo. O seu enquadramento formal se sustentou nas Leis Orgânicas dos Municípios, que prevêem a participação da população no planejamento municipal. Quanto aos resultados relevantes dos OPs, Santos³¹ destaca, em Porto Alegre, o aumento progressivo da participação, que em dez anos aumentou em quase 2.000% no número de participantes. A este aumento na participação corresponderam a melhoria de alguns indicadores diretamente relacionados ao OP: ampliação de 49% para 85% da população com rede de saneamento (sendo que 95% dela com água canalizada), redução à metade do déficit de pavimentação das vias públicas, urbanização dos bairros populares, dentre outros. Essa melhoria não foi fruto apenas do processo de inversão de prioridades, mas também do aumento de receitas, decorrente de reformas fiscais e da ampliação da transferência de recursos federais e estaduais ao município, o que possibilitou ao governo viabilizar a execução das obras e dos investimentos definidos no OP. Esses resultados positivos seriam relevantes, pois para Santos³² a sustentabilidade da democracia participativa depende da relação entre participação e os seus resultados.

Em Porto Alegre não houve, a princípio, nenhuma decisão quanto à ação afirmativa relacionada a qualquer segmento da população. No entanto, as pesquisas que descrevem o perfil dos participantes mostram que houve uma participação de mulheres mais significativa do que em outras experiências participativas do próprio Brasil e de outros países da América Latina,³³ ainda que isto não se reflita nas instâncias de representação (delegados e conselheiros), onde predominaram os homens. Uma vez que o OP é um contrato político e, como todo contrato desse tipo inclui, mas também exclui, um desafio para o OP foi ampliar a participação, assegurando o pluralismo e a tolerância necessários à manutenção da democracia participativa e, ao mesmo tempo, sustentar a qualidade da participação.

A análise de Santos acerca da relação entre participação e representação no interior do OP apresenta, basicamente, as mesmas questões que perpassam as reflexões sobre o sistema político tradicional e o sistema de representação: “a

31 SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a. p. 455-560.

32 Ibidem.

33 SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a. p. 455-560.

proporção entre representados e representantes; a qualidade da representação (autonomia, responsabilização e ‘retorno’ ou transparência)”³⁴ Outro aspecto avaliado pelo autor diz respeito à democratização do Estado. Para ele, o OP democratizou o Estado político, mas não o fez com o Estado administrativo-jurídico, que ainda apresenta “ineficiência, morosidade e insensibilidade ante expectativas intensificadas pela democratização da participação”³⁵

Para Avritzer, os OPs associam a ampliação da soberania popular, por meio da participação ampliada, com a perspectiva de justiça distributiva. A participação nos OPs está diretamente associada à “credibilidade do processo como forma de deliberação pública”,³⁶ ou seja, à sua capacidade de tornar públicas não só as informações, como também os debates e as decisões acerca do orçamento municipal e a conseqüente distribuição dos bens públicos. Enfatiza, portanto, o caráter deliberativo do processo como motivador da participação, que complementaria a existência de uma dinâmica associativa de maior intensidade. Esta deliberação incorpora critérios de justiça na distribuição de bens públicos, colocando limites às decisões particularistas e demandando a justificação dos interesses em disputa.

Avritzer³⁷ também considera que os OPs mostram que é possível estabelecer formas ampliadas de participação, em que o método decisório conecte democracia e justiça distributiva, não ficando restrito às burocracias especializadas. O corpo técnico especializado não é o único que detém informações relevantes, nem o único com capacidade decisória. Para além da participação nas deliberações, os OPs estabeleceram formas de controle contínuo sobre a implementação das decisões, por meio do COP e das COMFORÇAS. Com isto, os OPs demonstram que é possível estabelecer um tipo de controle exercido pelos próprios participantes, que adquirem, durante o processo deliberativo, conhecimentos relevantes para este exercício.

A análise de Heller e Isaac³⁸ sobre a experiência participativa de Kerala aponta alguns resultados que consideram significativamente positivos. Um primeiro é a institucionalização formal da Campanha, por meio do Panchayathi Raj Act (1994) e do Kerala Municipality Act (1994), leis que tratam da transparência e do acesso à informação. Essas leis possibilitariam assegurar a autonomia e a autoridade das instituições locais, bem como a continuidade do processo mesmo diante da incerteza política, enraizando-o na função pública.

Outro aspecto positivo identificado pelos autores foi o alto nível de participação, uma vez que participaram cerca de 2 milhões de pessoas, numa média de 180 por assembleia, o que significa 11,4% dos eleitores. Também destacam o apoio que a iniciativa recebeu de outros partidos e a formação de novas alianças políticas e colaborações no nível local, havendo comprometimento de políticos

34 Ibidem, p. 520.

35 SANTOS, op. cit., p. 556.

36 AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 583.

37 Ibidem.

38 HELLER, P.; ISAAC, T. M. O perfil político institucional da democracia participativa: lições de Kerala, Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 599-646.

e funcionários públicos com o novo sistema. Um quarto resultado positivo está relacionado à alocação contínua e significativa de recursos para o financiamento dos projetos definidos no processo de planejamento – aumento em cerca de 30 a 40% dos recursos destinados aos setores mais carentes – o que acentua o seu caráter redistributivo.

Um quinto resultado diz respeito ao aprendizado e inovação democráticos, uma vez que os participantes puderam aprender questões relacionadas ao processo de planejamento público e também tiveram a iniciativa de ampliar ainda mais a participação, criando Grupos de Bairros. Consideram, ainda, que a experiência de Kerala confirma o acerto na estratégia de associar eficiência das instituições deliberativas com (re)distribuição, por meio de formas equitativas de participação e de redução sustentada das desigualdades, bem como a importância de ação afirmativa nas estruturas representativas (no caso, mulheres, Castas e Tribos Documentadas). Destacam, também, o processo de formação, que atingiu cerca de 830.000 pessoas, entre funcionários públicos, voluntários e população em geral.

Alguns limites ou desafios da Campanha foram identificados por Heller e Isaac:³⁹ a dificuldade quanto a informações sobre resultados tangíveis; assembleias muito extensas, mesmo com o uso de pequenos grupos; a permanência de assimetrias em relação a grupos socioeconômicos – baixa participação das classes médias, participação abaixo da cota populacional das Castas e Tribos Documentadas e só 25% eram mulheres; denúncias de nepotismo na seleção dos beneficiários e de corrupção na implementação dos projetos, ainda que tenham decrescido significativamente ao longo dos anos; manutenção dos níveis de delegação financeira e reforma do aparelho burocrático.

Para os autores, as principais contribuições da Campanha estão relacionadas 1) à criação de novas fontes de autoridade democrática, uma vez que a efetiva descentralização e a participação fortaleceram a sociedade civil e possibilitaram a presença de novos atores na arena política, a institucionalização da base de autoridade e de recursos do poder local, gerando alterações no comportamento de parte da burocracia e na relação entre cidadãos e Estado, agora baseada na cooperação, entre partidos e sociedade civil, e no respeito; e 2) à própria inovação institucional que possibilitou o experimentalismo, a flexibilidade e o equilíbrio entre autonomia e integração estratégica, um tipo de instituição que tende a emergir de projeto político consciente de um governo que inclui a sociedade civil e se constrói a partir da lógica dos movimentos sociais.

3 ALGUMAS LIÇÕES QUE AS EXPERIÊNCIAS APONTAM

Tanto os Orçamentos Participativos quanto a Campanha são apresentados como experiências de democracia participativa, ou seja, sustentam-se no ideal da participação. Este, por sua vez, está relacionado à possibilidade de autodeterminação e auto-apresentação das pessoas, que tomam para si a responsabilidade de manifestar-se em público, por meio de palavras e ações, apresentando suas iden-

³⁹ Ibidem.

tidades ou os temas que julgam relevantes à argumentação e discussão públicas. Nos casos estudados por Santos, Avritzer, Heller e Isaac, a participação – que é voluntária – tem um componente que vai além dessa perspectiva da formação da identidade e do desenvolvimento das capacidades políticas, sociais e individuais dos cidadãos, pois implica em influenciar diretamente as decisões que afetam o cotidiano, uma vez que incidem sobre processos de (re)distribuição que, por conseguinte, podem interferir na qualidade de vida ou bem-estar.

A produção do bem-estar econômico e social como um bem público⁴⁰ foi um dos modos de legitimação do Estado moderno nos países centrais, na busca da solução da tensão entre democracia e capitalismo, e que serviu como parâmetro para os demais países na construção de seus sistemas de proteção social. No entanto, a especificidade da formação dos países semiperiféricos e periféricos não viabilizou a produção deste bem plenamente, assim como restringiu o acesso de uma parcela significativa da população a ele, criando situações de inclusão total, inclusão parcial ou fragmentada e exclusão.

As experiências de Porto Alegre, Belo Horizonte e Kerala aconteceram em países em desenvolvimento, semiperiféricos, com altos níveis de pobreza e com questões sociais graves ainda por resolver, onde se registram patamares elevados de inclusão parcial e de exclusão. Mesmo que os indicadores socioeconômicos das três regiões estudadas sejam melhores do que a média nacional de seus países, ainda assim os níveis de desigualdade interna são altos. Essas cidades e estado situam-se em países em que efetivamente as expectativas de emancipação se cumpriram minimamente e para uma parte ínfima da população.

Isso faz com que as lutas coletivas nesses países sejam não só pela definição dos quatro bens públicos identificados por Santos,⁴¹ mas especialmente pelo bem-estar econômico e social. As lutas por (re)distribuição recolocam a questão da desigualdade social existente nessas sociedades em confronto com o princípio da igualdade que está na base do ideal democrático. Essas lutas politizaram o Estado, transformando-o em campo de luta política, uma vez que tem sido uma de suas funções assegurar, por meio das políticas públicas, não só o bem-estar dos seus cidadãos, mas também sua reprodução social. Observa-se nesses países que a mobilização da sociedade para a participação tem sido associada com a intenção da (re)distribuição, pois se reivindica o cumprimento das promessas da modernidade expressas nos direitos sociais.

Um fator que se mostra relevante nas experiências analisadas é o papel do Estado na sua formulação, regulação, coordenação e condução, o que Santos⁴² já identificava em relação ao OP. Brasil e Índia são países em que o Estado assumiu uma forma política complexa, inclusive como agente de modernização da sociedade, uma pretensa modernização que se traduziu na discrepância entre quadros legais

40 Santos identifica quatro bens públicos que legitimaram o Estado moderno capitalista perante as classes populares: legitimidade do governo, bem-estar econômico e social, segurança e identidade coletiva (ou cultural). A expansão destes bens públicos traduziram-se no bem comum. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*: encuentros en Buenos Aires. Buenos Aires: CLACSO, 2006b.

41 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006a.

42 SANTOS, Boaventura de Sousa. Two democracies, two legalities: participatory budgeting in Porto Alegre, Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ-GARAVITO, César A. (Org.). *Law and Globalizations: towards a cosmopolitan legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005b. p. 310-338.

avançados e práticas sociais retrógradas. Este tipo de Estado tem apresentado primazia sobre a sociedade civil na formulação das políticas e uma democratização restrita e é, portanto, frágil, não resolvendo os problemas de (re)distribuição e da democratização política do sistema político, uma vez que as classes populares ficaram marginalizadas social e politicamente.⁴³

A relevância do Estado também se evidencia na natureza das decisões sobre as quais a população participa – planejamento e orçamento públicos. As decisões sobre a destinação dos recursos socialmente produzidos são uma das características do poder político, pois são decisões que vinculam toda a comunidade e, neste sentido, demonstram a sua importância para a própria democracia. Isto indica que a intencionalidade dos governos em partilhar sua autoridade e poder de decisão é essencial para que ocorram experiências deste tipo, pois advêm da cessão pelo Estado do exercício de parte da sua soberania quanto à prerrogativa de tomar decisões vinculantes, ou seja, os governos partilham com a sociedade a soberania que lhes foi delegada.

A intencionalidade dos governos com relação à efetividade das experiências evidencia-se ainda mais se considerar-se que em ambas foi realizado algum tipo de alteração na estrutura do Estado: alguns órgãos foram deslocados no seu organograma, outros adquiriram novas funções, além de terem sido criados novos órgãos. Isto aponta para o fato de que o Estado sofreu algum tipo de mudança institucional para que as experiências de participação pudessem ser desenvolvidas, numa ambiente, a princípio, próprio para responder às necessidades de um governo representativo, baseado na administração burocrática. Por outro lado, essas alterações no interior do próprio Estado mostram a sua capacidade de mudança para adaptar-se às transformações que ocorrem na sociedade, institucionalizando novos conflitos, relacionados à distribuição de bens públicos.

A solução de alguns desses conflitos não somente passa a ser partilhada, mas também precedida ou permeada por processos amplos e extensos de argumentação e de troca de justificações. As experiências dos OPs e da Campanha associam participação com a deliberação, ou seja, com a efetiva capacidade de argumentação e de decisão acerca da (re)distribuição de bens públicos, principalmente por aqueles que vivem as situações de vulnerabilidade e risco e serão diretamente beneficiados por muitas das decisões. Ou seja, parte-se do pressuposto de que os cidadãos (individualmente ou organizados) têm a capacidade não só de identificar e apresentar um problema, mas também de criar e propor soluções.

Na literatura que trata da deliberação como eixo central do processo democrático considera-se que as sociedades complexas e plurais são permeadas por problemas concretos a serem solucionados através de políticas públicas.⁴⁴⁻⁴⁵⁻⁴⁶⁻⁴⁷⁻⁴⁸ Assim,

43 SANTOS, Boaventura de Sousa. Two democracies, two legalities: participatory budgeting in Porto Alegre, Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ-GARAVITO, César A. (Org.). *Law and Globalizations: towards a cosmopolitan legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005b. p. 310-338; SANTOS, Boaventura de Sousa. O social e o político na transição pós-moderna. *Oficina do CES*, n. 1, out. 1988.

44 COHEN, Joshua. Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa. *Metapolítica*, v. 4, n. 14, p. 24-47, 2000.

45 BOHMAN, James. A democracia deliberativa e seus críticos. *Metapolítica*, v. 4, n. 14, p. 58-75, 2000.

46 FUNG, A.; WRIGHT, E. Deepening Democracy: Innovation in empowered participatory governance. *Politics and Society*, v. 29, n. 1, p. 5-41, 2001.

47 LÜCHMANN, Ligia. *Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. 2002. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

48 GUTMAN, A.; THOMPSON, D. *Why Deliberative Democracy?* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

a participação vai além do ideal republicano da autodeterminação e da construção e definição do interesse comum, recuperando o aspecto da decisão decorrente de argumentação anterior, estruturada em procedimentos participativos que valorizam a pluralidade de interesses expressos em espaços públicos. A ideia é que a disputa entre diferentes interesses e projetos políticos se dê por meio de um conjunto de regras e procedimentos democráticos, articulando participação e (re)distribuição.⁴⁹

Dentre os pressupostos que orientam as formulações que articulam participação e deliberação, o mais geral é que a legitimidade das decisões coletivas deriva de procedimentos deliberativos dos quais participam aqueles que possivelmente serão afetados pelas decisões, também chamado de “procedimentalismo participativo”.⁵⁰⁻⁵¹ Outro pressuposto é de que é possível, mesmo em contextos sócio-políticos complexos, ampliar espaços e/ou possibilidades de participação e deliberação política pelos cidadãos, melhorando a qualidade da democracia, o que significa que há possibilidade de se articularem diferentes tipos ou modelos de democracia, especificamente a representativa, a participativa e a deliberativa.

Um terceiro pressuposto é de que este tipo de democracia, de maior intensidade, concretiza-se em instituições que articulam sociedade e Estado, onde os procedimentos possibilitam o uso do raciocínio público, da argumentação pública livre, da cooperação e da justificação das decisões por meio de razões mutuamente aceitáveis e acessíveis a todos com o estabelecimento de compromissos na solução de problemas coletivos. As decisões se legitimam por serem coletivas, podendo incorporar as diferentes perspectivas apresentadas, e por isso mesmo, ainda que vinculem todos no presente, são possíveis de serem desafiadas no futuro. Isto significa que os acordos produzidos podem ser parciais e temporários.⁵²⁻⁵³⁻⁵⁴⁻⁵⁵

Esses pressupostos podem ser identificados tanto nos OPs quanto na Campanha. Nos três casos analisados, há o encontro entre a intenção do poder público de estimular a participação popular nas deliberações públicas e de reduzir os índices de pobreza por meio da (re)distribuição e a efetiva participação da sociedade. É possível, portanto, considerar que Estado e sociedade civil são variáveis relevantes para os resultados positivos percebidos, sustentados tanto pela capacidade de ação do Estado e da sociedade, bem como pela confiança mútua que parece ter se estabelecido entre eles de que as regras próprias e os compromissos acordados seriam cumpridos.

Nesse sentido, os autores que descrevem e analisam as experiências de participação de Porto Alegre, Belo Horizonte e Kerala apontam para a importância

49 LÜCHMANN, op. cit.

50 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

51 SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.

52 COHEN, Joshua. Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa. *Metapolítica*, v. 4, n. 14, p. 24-47, 2000.

53 BOHMAN, James. A democracia deliberativa e seus críticos. *Metapolítica*, v. 4, n. 14, p. 58-75, 2000.

54 LÜCHMANN, Ligia. *Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

55 GUTMAN, A.; THOMPSON, D. *Why Deliberative Democracy?* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

de que os governos tenham capacidade financeira para a execução dos investimentos deliberados. Tanto nos OPs quanto na Campanha, o estímulo à participação nos processos decisórios foi acompanhado de um incremento significativo nas receitas públicas, que vieram a assegurar a execução do que foi decidido, dando credibilidade aos governos e ao próprio processo participativo.

As experimentações democráticas, tendo sido desenvolvidas no interior do Estado, produziram efeitos não só na sua estrutura, mas também na sua burocracia, constituída por agentes especializados que têm papel preponderante nos processos de decisões políticas e econômicas. O exercício desta função fez com que a burocracia estatal produzisse soluções mais homogêneas, que tendem a sustentar-se na redução da complexidade da realidade social a um conjunto padronizado de modelos de ação e de seqüências.⁵⁶ No entanto, essas soluções passaram a ser contestadas por sociedades cujas questões são cada vez mais plurais, demandando soluções também plurais. Neste contexto, os arranjos participativos tornam-se relevantes, por incluírem outros atores no processo decisório, restringindo o poder discricionário da burocracia e por possibilitarem a troca de saberes e conhecimentos, bem como a exposição do conflito e da contestação, mas também a construção de acordos.

A experiência de Kerala, analisada por Heller e Isaac,⁵⁷ evidencia tanto resistência quanto adesão da burocracia e, esta última, associada a investimento governamental na capacitação de seus funcionários tanto para implementarem as inovações, como para alterar padrões de comportamento que os mantinham em distanciamento das comunidades onde atuavam. Além disso, o desenvolvimento das experiências no nível local possibilitou maior proximidade entre a burocracia e os atores sociais, viabilizando a transferência de práticas sociais e informações dos atores sociais para a esfera administrativa, bem como mudanças significativas na relação entre eles. Isso se evidenciou nas alterações que o OP provocou na comunicação e na argumentação entre técnicos do governo e população.⁵⁸

A institucionalização da participação implica em estabelecer novos formatos institucionais no interior do Estado, diferentes daqueles que caracterizam a sua organização na perspectiva da democracia representativa.⁵⁹ Uma vez que a democracia participativa ambiciona superar a visão da democracia como simples forma (sustentada na sua identificação com procedimentos de autorização) de reafirmar a democracia como substância, um desafio que se apresenta é a tradução dessa intenção em procedimentos que dêem legitimidade ao processo decisório ao mesmo

56 SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.). *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, 2003.

57 HELLER, P.; ISAAC, T. M. O perfil político institucional da democracia participativa: lições de Kerala, Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 599-646.

58 SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a. p. 455-560.

59 FUNG, Arcon. Receitas para as esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas consequências. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. (Org.). *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

tempo em que assegurem o princípio de ampliação da participação de modo que sejam efetivamente representadas as diferenças presentes na sociedade.

Para Santos e Avritzer,⁶⁰ os procedimentos numa democracia participativa devem vincular a questão procedimental com a ideia de democracia como forma de vida, de aperfeiçoamento da convivência humana. O procedimentalismo, portanto, é entendido como um exercício coletivo do poder político sustentado na participação ampliada e no debate público sobre as regras da participação, da deliberação e da (re)distribuição, o que denominam de “procedimentalismo participativo”. Este tipo de procedimentalismo estabelece um novo tipo de relação entre Estado e sociedade e, mais ainda, transforma o próprio Estado, uma vez que são produzidas e experimentadas inovações institucionais que articulam participação ampliada de atores sociais e deliberação pública acerca das próprias ações do Estado. A radicalização da democratização do Estado nesses processos participativos poderia ser identificada se as próprias regras de participação e deliberação fossem discutidas e deliberadas pelos participantes do processo. Neste caso, apenas o OP de Porto Alegre, por meio do COP, que vota o seu Regimento Interno, radicaliza o processo decisório.

O desenho institucional e as dinâmicas de funcionamento dos OPs e da Campanha são o meio de se organizar os procedimentos de participação e de deliberação que, por sua vez, conferem legitimidade às deliberações. O desenho institucional proposto para ambas as experiências indica a preocupação dos seus organizadores em cumprirem os princípios de autonomia, participação e igualdade que as sustentam, bem como indicam as relações que se estabelecem entre Estado e sociedade e o papel de cada um deles no processo. Para assegurar a (re)distribuição, foram estabelecidos critérios baseados em indicadores socioeconômicos (inclusive considerando diferenças internas à região), que possibilitaram reverter as prioridades de investimento.

O desafio de ampliar a participação foi acompanhado da criação de desenhos institucionais bastante complexos, especialmente em Kerala, em função do amplo território envolvido e do grande número de pessoas a participarem no processo participativo. Buscou-se assegurar, nestes formatos, os princípios que sustentavam a participação, deliberações acerca de problemas muito próximos dos cidadãos, bem como propiciar oportunidades de participação de intensidade variada, associando participação e representação. Esta última foi pensada em níveis diferentes, seja por meio dos delegados e conselheiros nos OPs, seja na formulação sequencial dos planos de desenvolvimento elaborados na Campanha, construídos a partir do nível local até serem agregados no nível estadual. Deste modo, havendo custos variados para a participação, pode-se congrega um maior número de pessoas, uma vez que num primeiro momento os custos são menores. É nas fases seguintes, em que a participação ocorre via representação, que os custos aumentam, exigindo maior dispêndio de recursos (tempo e renda, por exemplo) de quem permanece no processo.

60 SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.

As experiências de Porto Alegre, Belo Horizonte e Kerala trazem uma nova perspectiva para a discussão da representação, pois ambas utilizam-se de um sistema de representação política em que os cidadãos se fazem representar por delegação de autoridade a pessoas oriundas de seus próprios grupos sociais, concepção que difere da utilizada no sistema político tradicional. Recoloca-se no debate democrático a ideia da representatividade como uma questão relacionada à identidade, à diversidade cultural e social dos novos atores envolvidos na política. Por outro lado, reforçam a ideia de que a questão da escala é relevante ao se pensar nos limites da participação.

Os riscos de se instituírem instâncias de representação nesses processos é de que os representantes reproduzam as relações que existem no sistema político formal e que na maioria das vezes lhes serve de referência, por constituírem parte da sua cultura política. Aliás, a legitimidade desse novo tipo de representação é, por vezes, questionada por alguns dos detentores dos mandatos políticos tradicionais, seja do Legislativo, seja do Executivo, com o argumento de que eles é que detêm a legitimidade dos votos conquistados no processo eleitoral. Entretanto, o que a existência desses espaços tem mostrado é que há a possibilidade da complementaridade entre as formas de democracia e não somente a competição entre elas.

No caso do Poder Executivo, de modo geral, esta é uma questão menos problemática, uma vez que tem tido a iniciativa de partilhar autoridade com os cidadãos. O principal ponto de conflito está com o Poder Legislativo. Ambas as experiências participativas têm ingerência sobre aspectos da ação governamental que, a princípio, são prerrogativas decisórias dos governos – planejamento e orçamento públicos – e que devem passar pela aprovação do Poder Legislativo, uma vez que o equilíbrio de poder previsto nas democracias contemporâneas reserva a este poder algumas prerrogativas de decisão nestas áreas. O desenho institucional das experiências participativas analisadas não prevê a interação com este poder e isto tem sido fonte de conflitos e de desgaste para os processos, inclusive podendo dar a entender que haveria algum tipo de hierarquia entre os poderes.

A participação nessas inovações institucionais tem exigido das pessoas o domínio de novos saberes, seja quanto aos processos de deliberação (informações e conhecimentos técnicos especializados e procedimentos administrativos do Estado), seja quanto ao próprio objeto de deliberação – planejamento e orçamento públicos. Isso aponta para a assimetria entre governo e sociedade, e mesmo no seio desta última, quanto ao acesso e ao domínio das informações relevantes, indicando a desigualdade de condições para decidir, podendo haver, nesses casos, um maior controle de um deles sobre a decisão. Segundo Santos,⁶¹ esta condição bloqueia a cidadania e trivializa a participação.

Pesquisa de Ribeiro e Grazia⁶² sobre OPs, por exemplo, mostra o peso do governo na dinâmica da participação, especialmente por possuir dados, informações e análises técnicas essenciais às decisões. Isto fez com que fossem pensados

61 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*: encuentros en Buenos Aires. Buenos Aires: CLACSO, 2006b.

62 RIBEIRO, A. T.; GRAZIA, G. *Experiências de Orçamento Participativo no Brasil*: período de 1997 a 2000. Petrópolis: Ed. Vozes: Fórum Nacional de Participação Popular, 2003.

processos de formação voltados para os participantes tanto dos OPs quanto da Campanha. Percebe-se que os diferentes custos da participação também estão associados ao desenvolvimento de diferentes competências: nas primeiras fases, em que o custo da participação é menor, as competências exigidas também o são; nas fases posteriores, ao mesmo tempo em que aumenta o custo da participação, exigem-se mais competências específicas que possam assegurar efetivas deliberações. Assim, os processos de formação parecem ser essenciais para que se garanta que os participantes tenham maior capacidade de influência tanto nos debates quanto nas decisões. Entretanto, o acesso a informações não significa apenas tê-las e numa linguagem acessível, mas também em tempo hábil, de modo que seja útil à tomada de decisões, para não ficar obsoleta.

As experiências dos OPs e da Campanha mostram o quão relevante é que os formatos das inovações participativas sejam flexíveis, tanto no que diz respeito aos procedimentos, como aos fluxos. Ambas as experiências sofreram alterações que permitiram o aperfeiçoamento institucional, derivado da aprendizagem realizada pelos atores sociais e políticos no processo. Além disto, a pluralidade de atores e temas, as regras e elementos de participação publicamente acordados, o grau de controle público sobre os processos participativos, fazem com que a participação nessas instituições tenha um forte potencial de influenciar mudanças na cultura política. Santos⁶³ destaca que o aprendizado tem sido tanto para o Estado quanto para a sociedade civil, pois ambos haviam sido socializados na cultura política do protesto, do clientelismo e do confronto, tendo agora que atuar em novos espaços em que a cultura política predominante é a do conflito e da negociação. O limite dessa plasticidade é a manutenção dos elementos participativos e deliberativos que sustentam as experiências.

Ao se pensar em democracia participativa, dois aspectos parecem ser relevantes: a ampliação da participação de modo que um número cada vez maior de pessoas possa participar, assim como a inclusão de novos atores nos processos participativos, o que aponta para a importância do pluralismo, em contraponto à perspectiva democrática hegemônica, que reserva às elites a prerrogativa da participação política. A pluralidade dos atores confere maior legitimidade não só ao processo participativo, como também às discussões e decisões. Nesse sentido, torna-se relevante verificar quais são os atores que integram essas novas instituições e seu potencial de pluralidade, bem como em que medida a participação da sociedade civil é relevante em contraponto à participação dos governos.

Em ambas as experiências foram criadas condições para novos padrões de convivência democrática, que trazem em si o potencial da inclusão, pois seus formatos possibilitam a participação de todo e qualquer cidadão. No entanto, observa-se que, em Kerala, a intencionalidade de incluir determinados segmentos que têm pouco poder de agenda e de decisão levou os coordenadores da Campanha a estabelecerem cotas de participação para mulheres e membros de determina-

63 SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a. p.455-560

das castas e tribos, o que não ocorreu nos OPs. Ainda assim, em Kerala não se conseguiu atingir as cotas previstas para as mulheres, ficando sua participação aquém do esperado, enquanto nos OPs a participação das mulheres foi equilibrada com relação aos homens, o que se altera quando se passa às instâncias de representação (Fóruns de Delegados e Conselho do OP), onde prevalecem os homens. As cotas destinadas às castas e tribos também não foram atingidas em Kerala. Nos OPs, ainda que não houvesse preocupação *a priori* de assegurar a participação de segmentos populacionais mais pobres, observa-se também uma pouca participação deste segmento, pois em Porto Alegre apenas cerca de 25% dos participantes possuía renda de 1 a 2 salários mínimos, o que efetivamente caracteriza as classes populares no Brasil.

Ao assegurar a pluralidade da participação e a incorporação de novos atores, essas inovações institucionais são confrontadas com questões relacionadas à diversidade e complexidade cultural. Se, por um lado, isto possibilita ampliar a inclusão, também traz consigo o desafio de se produzirem soluções de problemas envolvendo grupos que não compartilham o mesmo sistema geral de significações, a mesma linguagem e cultura, que não compreendem o mundo nos mesmos termos, pois utilizam conceitos e categorias diferentes para compreendê-lo.⁶⁴ Esta diversidade na composição indica que esses espaços são, potencialmente, lugares de expressão de conflitos.

Nesse sentido, e considerando as muitas áreas de política que podem adotar procedimentalismos participativos, é interessante recordar a distinção que Fisher⁶⁵ propõe entre aquelas áreas de políticas em que os problemas têm muito do seu poder de retórica baseado no discurso moral, como nas políticas sociais, e aquelas em que os argumentos são predominantemente factuais, mais ligados ao discurso científico, como no caso da área ambiental. Assim, segundo Fischer, a tecnocracia teria papel relevante na produção de informações e de decisões baseadas no conhecimento científico nas áreas mais tecnológicas ou científicas do que nas áreas sociais, e isto seria fonte de intensos conflitos entre cidadãos e especialistas, seja pelas incertezas inerentes ao conhecimento científico, seja pela não participação dos cidadãos nas deliberações. O que se tem observado, no entanto, é que há conflitos intensos entre cidadãos e especialistas em todas as áreas de políticas, inclusive as sociais, mesmo quando os cidadãos participam das deliberações. Na área da saúde, por exemplo, há interesses da indústria de medicamentos ou de equipamentos médicos, ou mesmo de organizações hospitalares privadas, que divergem consideravelmente dos interesses de cidadãos e mesmo dos especialistas do governo.

O que se pode observar nas experiências analisadas é que a sua estrutura e dinâmica de funcionamento contribuem para que as razões sejam acessíveis a todos e apresentadas publicamente, condições que, segundo Gutman e Thompson,⁶⁶

64 HAJER, M.; WAGENAAR, H. *Deliberative Policy Analysis: understanding governance in the Network Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

65 FISCHER, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment: the politics of local knowledge*. Durham: Duke University Press, 2000.

66 GUTMAN, A.; THOMPSON, D. *Why Deliberative Democracy?* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

também caracterizariam a democracia deliberativa. A concepção deste tipo de democracia, explorada por eles, não pressupõe a eliminação do conflito moral, mas se sustenta na criação de procedimentos para expressá-lo. Além disto, reconhecem que somente a deliberação enquanto argumentação não é um meio perfeito para lidar com a divergência moral, devendo ser suplementada por algum procedimento de decisão. Talvez o mais significativo seja que a natureza aberta da deliberação inclui decisões sobre como decidir, ou seja, decisões sobre as regras do processo.

Além disso, é importante lembrar que tanto os OPs quanto a Campanha deliberam sobre problemas e questões concretas, de grande complexidade, e que envolvem diretamente os diversos participantes, estabelecendo entre eles um permanente estado de interdependência, pois devem produzir soluções factíveis, a partir de julgamentos práticos⁶⁷, que envolvem reflexão e certa carga de conhecimento e experiência. Muitas dessas decisões envolvem disputas, poder, incerteza e imprevisibilidade e, muitas vezes, são tomadas após várias tentativas, por meio de práticas concretas de negociação. Este é um fator que pode gerar cooperação, criando “novos modos de solução de conflito [...] desenvolvendo regimes de responsabilidades conjuntas mais que meramente barganha baseada no interesse”.⁶⁸

Este esforço de inclusão e de valorização da participação popular não reduz a importância dos governos nos processos. Tanto a Campanha quanto os OPs são organizados e coordenados por membros do governo, ainda que em alguns momentos em conjunto com os cidadãos, assim como cabe aos governos não só a condução do processo mas também as funções cotidianas que asseguram a organização e o funcionamento dos processos participativos. Isto acaba por lhes conferir poder de agenda superior ao dos demais participantes.

Uma outra questão que parece ser relevante diz respeito à abrangência territorial que melhor possibilita a participação. As inovações institucionais que sustentam a participação foram construídas para serem desenvolvidas no nível local. Mesmo em Kerala, estado com vários municípios e distritos, todo o desenho institucional foca nas unidades locais como base de sustentação da participação. É a partir delas que se criam os projetos e os planos de desenvolvimento que serão agregados e constituirão os planos dos níveis acima. O problema da escala apresenta-se relevante para a operacionalização da participação. Experiências de participação desenvolvidas no Brasil em âmbito regional ou nacional, como o OP do estado do Rio Grande do Sul, analisado por Faria,⁶⁹ e a elaboração do Plano Plurianual de Ação Governamental (PPAG) do governo federal para o período 2005-2007, apontam

67 O julgamento prático “visa tanto o resultado bom quanto o procedimento apropriado” e, para isto, ocorre a interpenetração entre fatos, valores e teoria que nem sempre podem ser bem distinguidos. Para encontrar o caminho em tais situações, as pessoas deliberam por meio de discursos interativos, coletivos e não por meio de algum tipo de raciocínio sistemático. “Em consequência, o julgamento prático não é rápido, mas ao contrário evolui lentamente, frequentemente tentativamente e parando, com o inquérito mútuo e o discurso mútuo com outro”. HAJER, M.; WAGENAAR, H. *Deliberative Policy Analysis: understanding governance in the Network Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 23.

68 *Ibidem*, p. 11.

69 FARIA, Claudia F. *O Estado em movimento: complexidade social e participação política no Rio Grande do Sul*. 2005. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

para as dificuldades em assegurar a participação, levando à necessidade de se constituírem representantes desde o início dos processos.

Um aspecto que chama atenção na avaliação das experiências de participação é o destaque dado pelos autores que analisam a Campanha à formalização do processo de planejamento participativo, por meio de legislações específicas, como modo de assegurar sua continuidade e não ficar refém de mudanças políticas. A questão da formalização dos OPs é um tema contencioso e não definido, tanto que ambas as experiências se sustentavam na Lei Orgânica dos municípios e não em alguma legislação específica. Entretanto, o fato de não haver normas que regulem os OPs não significa que eles não estejam institucionalizados.

As diversas definições de instituição, elaboradas a partir de abordagens históricas, sociológicas, antropológicas, normativas, dentre outras, trazem consigo uma miríade de possibilidades e ambigüidades para a análise. Ao conceber instituição como um conjunto de regras claras, públicas, formais e estáveis, que definem arranjos e processos institucionais, estabelecem as formas de interação e vinculação entre as pessoas e organizações, influenciam ações (no caso, públicas) e são passíveis de controle social ou público, é possível identificar a institucionalização dos OPs, pois eles são instituições que se sustentam em valores e padrões reiterados que lhes dão certa estabilidade e perenidade. Ainda assim, estão passíveis de sucumbirem ou serem radicalmente alterados em seus princípios ou processos mediante as alterações de governo, como se pode atualmente acompanhar em Porto Alegre, o que indica que o funcionamento efetivo e a estabilidade dessas instituições estão muito relacionados à vontade política dos governos.

Se, por um lado, a ausência de algum tipo de norma que assegure os princípios básicos e as diretrizes fundamentais das inovações institucionais pode levar ao desvirtuamento ou mesmo ao encerramento dos processos participativos, por outro lado, a previsão legal não significa regularidade e efetividade de funcionamento. De todo modo, há situações em que a existência de leis que assegurem a participação institucionalizada é um poderoso instrumento de mobilização da sociedade civil que, apoiada nos instrumentos legais e nos recursos institucionais, pode lutar para reverter situações adversas à existência e funcionamento das instituições de participação.

4 CONCLUSÕES

Estudos sobre participação e deliberação apontam a importância de algumas variáveis para os resultados dos processos e das instituições de participação. Algumas são exógenas às instituições, como as coalizões de governos – que podem (ou não) sustentar a participação ampliada e a delegação de autoridade aos cidadãos para tomada de decisões;⁷⁰ a dinâmica associativa das comunidades – densidade e relações políticas;⁷¹⁻⁷² a conjunção de forças sociais e políticas comprometidas

70 WAMPLER, Brian; AVRITZER, Leonardo. Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

71 PUTNAM, Robert D. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1996.

72 AVRITZER, Leonardo. O Orçamento Participativo e a teoria democrática: um balanço crítico. In: AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (Org.). *A Inovação Democrática no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2003. p.13-60.

com o desenvolvimento de “inovações participativas”.⁷³⁻⁷⁴ Outras são endógenas, como o formato institucional⁷⁵⁻⁷⁶⁻⁷⁷ e a existência de públicos fortes com autoridade e, com isso, podem exercer influências diferenciadas nas decisões políticas.⁷⁸

As experiências desenvolvidas em Porto Alegre, Belo Horizonte e Kerala confirmam a importância dessas variáveis para os resultados considerados positivos pelos autores que as analisaram. Tem-se uma forte dinâmica associativa conjugada com a renovação no nível societário, governos comprometidos com participação e (re)distribuição e dispostos a compartilhar seu poder de decisão, bem como a criação de desenhos institucionais que assegurassem os princípios e viabilizassem os resultados pretendidos.

Nos três casos estudados destaca-se o papel do Estado na implantação e coordenação dos processos, bem como na efetivação das decisões tomadas nas instituições participativas. Além disto, a natureza das decisões que passaram a ser compartilhadas com a sociedade, que dizem respeito à destinação dos recursos públicos, é prerrogativa exclusiva do Estado. Isto indica que, ainda que haja pressões sociais para a democratização⁷⁹ dessas decisões, é a iniciativa dos governos que assegura a partilha da autoridade decisória.

Essas unidades subnacionais, pressionadas pelas suas sociedades quanto à maior transparência e (re)distribuição, promoveram reformas no Estado ao seu nível, numa ação do Estado sobre si mesmo, reinventando-o. São reformas que articulam os princípios do Estado e da comunidade, que têm valores isomórficos que os subjazem (cooperação, solidariedade, participação, democracia e prioridade da distribuição sobre a acumulação), reforçados ao longo da luta política pela democracia. Um tipo de Estado que Santos⁸⁰⁻⁸¹⁻⁸² denomina de “Estado-como-no-víssimo-movimento-social”.

As experimentações reconstróem a materialidade institucional por meio da coexistência e competição de “desenhos institucionais alternativos”, que, por sua vez, devem estar submetidos à avaliação dos cidadãos quanto à sua eficácia e

73 Ibidem.

74 FARIA, Claudia F. *O Estado em movimento: complexidade social e participação política no Rio Grande do Sul*. 2005. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

75 LÜCHMANN, Lígia. *Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. 2002. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

76 LUBAMBO, C.; COELHO, D. B.; MELO, M. A. (Org.). *Desenho institucional e participação política: experiências no Brasil contemporâneo*. Petropolis: Vozes, 2005.

77 FUNG, Arcon. Receitas para as esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas consequências. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. (Org.). *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

78 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? dilemas da Justiça na Era Pós-Socialista. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília, DF: UNB, 2001.

79 Democratização aqui entendida como “todo processo social através do qual as relações de poder se transformam em relações de autoridade partilhada”. SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.). *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, 2003. p. 60.

80 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Legal Common Sense*. 2. ed. United Kingdom: Butterworths LexisNexis, 2002b.

81 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar la democracia, reinventar o Estado*. Havana, Cuba: Ed. José Martí, 2005a.

82 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social: encuentros en Buenos Aires*. Buenos Aires: CLACSO, 2006b.

qualidade democrática, bem como quanto à produção dos quatro bens públicos: a legitimidade, o bem-estar social e econômico, a segurança e a identidade cultural. Atendem, portanto, ao que Santos⁸³ considera como princípios de um Estado experimental: assegurar oportunidades às diferentes propostas de institucionalidade e garantir padrões mínimos de inclusão que possibilite à cidadania avaliar as experiências.

Ou seja, sendo um Estado que tem a função social de articulação e ordenação, a experimentação deve ser no âmbito externo, mas ela deve ser acompanhada por experimentação interna, com desenhos institucionais que assegurem eficácia democrática nessa articulação. Para Santos,⁸⁴ uma vez que o “Estado-como-novíssimo-movimento-social” articula os princípios do Estado e da comunidade, ambos devem ser reformados conjuntamente, articulando democracia participativa e democracia representativa. A obrigação política vertical não pode prescindir da obrigação política horizontal (cidadania e comunidade), portanto, o projeto de reinvenção solidária e participativa do Estado tem uma dupla tarefa: refundar democraticamente o próprio Estado e a sociedade.

O que essas inovações institucionais mostram é que a ideia de democracia representativa não é mais a única que prevalece. Há propostas democráticas alternativas que vão para além do campo teórico, expressas em experiências concretas, definidas como democracia participativa e deliberativa, que se sustentam na ampliação da participação e na partilha do poder decisório, e que não são excludentes entre si. Mostram também que é possível articularem-se as diversas concepções de democracia, de forma complementar, tanto no campo teórico como na prática, ainda que haja conflitos com os atores políticos que têm tido a exclusividade da participação no sistema representativo tradicional. Por outro lado, percebe-se que as demandas por (re)distribuição nos países semiperiféricos são fortes o suficiente para levarem à mobilização e à participação, de modo a assegurar não só justiça social, mas a transparência nas decisões e ações governamentais. Colocam-se novamente algumas antigas questões para a teoria democrática: como associar participação ampliada com deliberação pública em democracias de alta intensidade e como ocorrem os processos de representação nesse tipo de democracia.

Alguns desafios são percebidos nesses processos participativos e deliberativos: o risco da cooptação e da predominância dos governos na formação das agendas; a identificação partidária das experiências e, com isto, a sua rejeição por partidos concorrentes, levando à sua interrupção ou alteração substantiva; os conflitos entre partidos e movimentos que participam dos processos; a supressão ou redução da participação individual em função do aumento da participação organizacional; a assimetria entre os participantes, tanto no que diz respeito ao acesso às informações, quanto nas condições concretas para a participação e a decisão; a manutenção da capacidade dos governos em efetivar as decisões tomadas; a renovação permanente dos processos, de modo a assegurar que sua institucio-

83 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*: encuentros en Buenos Aires. Buenos Aires: CLACSO, 2006b.

84 Ibidem.

nalização não signifique sua cristalização e a perda de vitalidade democrática; e provavelmente outros muitos desafios próprios a processos experimentais como os analisados.

Por serem “Estados experimentais”, a questão que se coloca é se as reformas produzidas nesses Estados, que incorporam princípios e valores que aumentam a intensidade da participação democrática, são mudanças localizadas e esporádicas, ou se indicam uma tendência de alterações a médio e longo prazos. O que se pode verificar é que os Estados, desde que instituídos como tal, têm se transformado na medida em que as próprias sociedades se transformam: mudaram sua natureza, sua forma e seu conteúdo e, com isto, têm assegurado certa centralidade na organização social, posição que parece que não será abalada proximamente. O desafio é que esses Estados sustentem sua capacidade de emancipação, uma vez que sua trajetória histórica tem sido da dominação. Também a democracia se mostra como um conjunto de práticas em disputa, tanto no espaço do Estado como nos demais espaços nos quais se organizam a via social, e esta disputa indica que os valores democráticos ainda são relevantes na cultura política das sociedades ocidentais. Estado e democracia, portanto, parecem ser temas que não só constarão das agendas de pesquisa no campo teórico por ainda um bom tempo, mas também serão objeto de experimentações e transformações no campo da prática.

REFERÊNCIAS

- AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 561-598.
- AVRITZER, Leonardo. O Orçamento Participativo e a teoria democrática: um balanço crítico. In: AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (Org.). *A Inovação Democrática no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2003. p. 13-60.
- AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. *Lua Nova*, n. 50, p. 25-46, 2000.
- BOHMAN, James. A democracia deliberativa e seus críticos. *Metapolítica*, v. 4, n. 14, p. 58-75, 2000.
- BORDENAVE, Juan D. *O que é participação*. São Paulo: Brasiliense, 1987. (Coleção Primeiros Passos, n. 95).
- COHEN, Joshua. Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa. *Metapolítica*, v. 4, n. 14, p. 24-47, 2000.
- FARIA, Claudia F. *O Estado em movimento: complexidade social e participação política no Rio Grande do Sul*. 2005. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

- FISCHER, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment: the politics of local knowledge*. Durham: Duke University Press, 2000.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? dilemas da Justiça na Era Pós-Socialista. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília, DF: UNB, 2001.
- FUNG, Arcon. Receitas para as esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas consequências. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. (Org.). *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004.
- FUNG, A.; WRIGHT, E. Deepening Democracy: Innovation in empowered participatory governance. *Politics and Society*, v. 29, n. 1, p. 5-41, 2001.
- GUTMAN, A.; THOMPSON, D. *Why Deliberative Democracy?* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*, n. 36, 1995.
- HAJER, M.; WAGENAAR, H. *Deliberative Policy Analysis: understanding governance in the Network Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- HELLER, P.; ISAAC, T. M. O perfil político institucional da democracia participativa: Lições de Kerala, Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 599-646.
- LUBAMBO, C.; COÊLHO, D. B.; MELO, M. A. (Org.). *Desenho institucional e participação política: experiências no Brasil contemporâneo*. Petrópolis: Vozes, 2005.
- LÜCHMANN, Ligia. *Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. 2002. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.
- MARQUETTI, Ademir. Participação e redistribuição: o orçamento participativo em Porto Alegre. In: AVRITZER, L.; NAVARRO, Z. (Org.). *A Inovação Democrática no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2003.
- PIRES, Roberto R. C. O Orçamento Participativo em Belo Horizonte e seus efeitos distributivos sobre a exclusão territorial. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM PLANEJAMENTO URBANO E REGIONAL, 10. 2003, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: ANPUR, 2003. Disponível em: <<http://www.democraciaparticipativa.org>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- PUTNAM, Robert D. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1996.

- RIBEIRO, A. T.; GRAZIA, G. *Experiências de Orçamento Participativo no Brasil: período de 1997 a 2000*. Petrópolis: Vozes: Fórum Nacional de Participação Popular, 2003.
- SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 649-678.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, volume 1. Porto: Afrontamento, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.). *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez Editora, 2006a.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a. p. 455-560a.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar la democracia, reinventar o Estado*. Havana, Cuba: Ed. José Martí, 2005a.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social: encuentros en Buenos Aires*. Buenos Aires: CLACSO, 2006b.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. O social e o político na transição pós-moderna. *Oficina do CES*, n. 1, out. 1988.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Legal Common Sense*. 2. ed. United Kingdom: Butterworths LexisNexis, 2002b.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Two democracies, two legalities: participatory budgeting in Porto Alegre, Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ-GARAVITO, César A. (Org.). *Law and Globalizations: towards a cosmopolitan legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005b. p. 310-338.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.
- WAMPLER, Brian; AVRITZER, Leonardo. Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004.



**A SÚMULA 62 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL
E OS PROBLEMAS PARA A EFETIVIDADE DO
CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL**

**THE SUMMIT 62 OF THE ELECTORAL SUPERIOR COURT
AND THE PROBLEMS FOR THE EFFECTIVENESS OF THE
SUBSTANTIAL CONTRADICTION**

Michelle Pimentel Duarte*

RESUMO

O texto aborda as dificuldades para o pleno exercício do contraditório advindas da adoção de uma concepção do processo com caráter individualista e centrada na figura do magistrado, o que também condicionou a leitura, no processo civil, da teoria da substancialização da causa de pedir. A Súmula 62 do Tribunal Superior Eleitoral, ao estabelecer que a parte se defende dos fatos demarcados na inicial e de modo desgarrado da capitulação jurídica, mostra-se aferrada a este paradigma, vulnerando as garantias das partes no processo judicial eleitoral, sendo necessário o devido ajuste para fazê-la adequada ao princípio do contraditório em seu cenário democrático e dialógico.

Palavras-chave: Causa de pedir. Contraditório substancial. Ações eleitorais. Demanda. Defesa.

ABSTRACT

The text addresses the difficulties for the full exercise of the contradiction arising from the adoption of a conception of the process with an individualistic character and centered on the figure of the magistrate, which also conditioned, in the civil process, the reading of the theory of substantiation of the cause of asking. Supreme Court's Precedent 62, establishing that the party defends the facts demarcated in the initial and in a torn way from the legal capitulation, shows itself to be attached to this paradigm, violating the guarantees of the parties in the electoral judicial process, being necessary due adjustment to make it adequate to the principle of contradictory in its democratic and dialogical scenario.

Keywords: Cause of asking. Contradictory. Electoral suits. Demand. Pleading.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

A Súmula 62 do Tribunal Superior Eleitoral estabelece que “Os limites do pedido são demarcados pelos fatos imputados na inicial, dos quais a parte se de-

* Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pós-graduada em Processo Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. E-mail: michellepduarte@hotmail.com.

fende, e não pela capitulação legal atribuída pelo autor”¹. É uma leitura da teoria da substanciação ainda calcada em uma concepção individualista e unicêntrica do processo judicial eleitoral. Todavia, o fenômeno eleitoral é complexo e está situado no contexto de uma jurisdição que deve ser exercida de modo democrático e fundada no diálogo.

O presente artigo, debruçando-se sobre o tema, principia por ligeira exposição sobre a noção de causa de pedir, com posterior exposição sobre a formação do enunciado da Súmula 62 do TSE e, em seguida, contraposição do mesmo ao entendimento do contraditório como motor do diálogo e de uma nova visão do processo civil.

2 A NOÇÃO DE CAUSA DE PEDIR COMO ELEMENTO OBJETIVO DA DEMANDA

Individualizar a demanda, de modo a impedir a sua repetição indevida, era uma preocupação dos antigos juristas, os quais tinham em conta o estreito relacionamento da noção de demanda com outros institutos como a litispendência e a coisa julgada. Segundo as primeiras elaborações doutrinárias de Savigny, uma causa é idêntica a outra quando contém a mesma relação jurídica. Para os partidários da teoria da tríplice identidade, a distinção entre demandas partia do cotejo das partes, pedido e causa de pedir. Fundando a ação em direito pessoal, havia consenso acerca da necessidade de exposição da *causa de pedir próxima* e da *causa de pedir remota*, subsistindo a dúvida quando se fundava a ação em direito real, pois para vários autores, uma vez que a propriedade se afirmava em razão de apenas um título, era irrelevante o modo de aquisição².

A partir do final do XIX, com a publicação do ZPO alemão, a interpretação da locução “fundamentação da demanda”, aquilo que justifica a pretensão do autor, iniciou a dualidade entre as teorias da individualização e da substanciação. Para a primeira, a alegação dos fatos constitutivos não era relevante para a individuar a demanda, mas apenas a especificação da relação jurídica (*causa petendi próxima*). Para a teoria da substanciação, a fundamentação da demanda corresponde ao conjunto de fatos constitutivos e ao fato contrário ao direito (*causa petendi remota*).

Marco Tullio Zanzucchi é citado por José Rogério Cruz e Tucci como um dos primeiros juristas a se postar contra a teoria da individualização, argumentando que a especificação de uma pretensão não se dá pela simples enunciação de um direito, mas pela indicação do fato concreto – não em abstrato – do qual emergiu o direito: “não basta apenas indicar o direito e a sua natureza (de propriedade, de crédito, etc.), mas é necessário revelar o fato pelo qual o direito afeta uma determinada pessoa, e não o fato em abstrato (depósito, compra e venda, etc.), mas o fato em concreto (tal depósito, tal compra e venda, etc.)”³. Para o mesmo autor,

1 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula nº 62. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, jun. 2016.

2 TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 88.

3 ZANZUCCHI apud TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120.

a qualificação jurídica, ou *nomen iuris*, não é relevante para limitar os poderes do juiz, que pode reconstruir os fatos com liberdade, a partir do material ofertado⁴.

O Código de Processo Civil brasileiro, no art. 319, III, dispõe que a petição inicial indicará os fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Mesma disposição constava no art. 282, III do Código de Processo Civil de 1973, a partir do que se conclui que não houve, neste ponto, modificação legislativa a provocar mutação em doutrina e jurisprudência. Permanece no direito processual civil brasileiro a adoção da teoria da substancialização, devendo o autor indicar na inicial os fatos que fazem emergir a sua pretensão e como a hipótese normativa incide no suporte fático afirmado na petição (*in statu assertionis*).

O recorte estratégico da petição inicial, ao definir o objeto do processo, condiciona tanto a atuação da defesa quanto do Poder Judiciário. O réu nega os fatos constitutivos do direito do autor ou opõe fatos modificativos, impeditivo ou extintivos, transformando os pontos alegados em questões controvertidas, sem, no entanto, deduzir pretensão nova com a simples apresentação de uma contestação. No paradigma do processo individualista e centrado na figura da jurisdição, o objeto do processo não é, *a priori*, construído em conjunto pelas partes⁵. O direito brasileiro ainda se vincula a esta visão, como exemplifica o julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. SUCESSÃO EMPRESARIAL. REDIRECIONAMENTO. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DIVERSOS DOS SUSCITADOS NA PETIÇÃO INICIAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. BROCARDOS MIHI FACTUM DABO TIBI IUS. IURIA NOVIT CURIA.

1. 'A nulidade decorrente de julgamento extra petita é avaliada com base no pedido, e não na causa de pedir, esta definida como os fatos e os fundamentos jurídicos da demanda (causa de pedir remota e próxima). No Direito brasileiro, aplica-se a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, como fruto dos brocardos *iura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius*' (AgRg no AREsp 674.850/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015).

2. Agravo regimental não provido.⁶

A sentença deve manter correlação com o pedido, que carrega a postulação a um tipo de provimento e a um determinado bem da vida. O pedido, por sua vez, é formulado, contextualizado e tem o alcance definido em face da causa de pedir deduzida.⁷ Neste sentido, Fredie Didier Júnior, explica que o magistrado está limitado aos fatos jurídicos alegados e ao pedido formulado, mas não se vincula

4 Ibidem.

5 GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1565055. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15.12.2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 18 dez. 2015.

7 LIEBMAN, Enrico Tullio. Limites objetivos da coisa julgada. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 164.

à fundamentação legal, pois a subsunção é tarefa sua.⁸ Cita o Enunciado 281 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que dispõe que “A indicação do dispositivo legal não é requisito da petição inicial e, uma vez existente, não vincula o órgão julgador”⁹.

O aforismo *iura novit curia* possibilita que a demanda seja requalificada juridicamente, sem deixar o julgador tributário do *nomen iuris* ou do fundamento legal que o autor tenha estruturado na argumentação da petição inicial para demonstrar as consequências jurídicas de um determinado fato. Tal é a noção de causa de pedir como elemento objetivo da demanda segundo teoria geral do processo no direito brasileiro.

O Tribunal Superior Eleitoral espousa adoção irrestrita da doutrina da substancialização, apesar de a complexidade do fenômeno processual eleitoral exigir a atenção a outros elementos.

3 DISCUSSÃO SOBRE A FORMAÇÃO DO ENUNCIADO DA SÚMULA 62 DO TSE

O enunciado da Súmula 62¹⁰ atesta que, para o Tribunal Superior Eleitoral, nas ações eleitorais, é irrelevante a capitulação jurídica dada pelas partes aos fatos constantes da inicial, pois cabe ao juiz realizar a referida subsunção, ante a prevalência do princípio da *ratio petendi* substancial. O Tribunal Superior, há longa data, sufragou a orientação de que “a delimitação da demanda não ocorre em função da fundamentação jurídica dada pela parte na inicial, mas sim pelos fatos postos à apreciação do julgador, além do que compete a este a tarefa de subsunção desses fatos à norma”¹¹. Uma vez que os representados se defendem dos fatos a eles imputados e não da capitulação jurídica indicada pelo autor, não haveria falar em suposta violação ao devido processo legal. A subsunção à norma seria trabalho do juiz, e não da parte.

Sobre o tema, José Rogério Cruz e Tucci esclarece:

Embora o *nomen iuris* e/ou fundamento legal porventura invocado pelo autor possa influenciar no raciocínio do julgador, não há qualquer impedimento, dada a influência do aforismo *iura novit curia*, a que este requalifique juridicamente a demanda, emoldurando-a em outro dispositivo de lei: o juiz goza de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, na aplicação do direito, sob o enquadramento jurídico que entender pertinente.¹²

Mais adiante, o mesmo autor, concordando com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, adverte que a liberdade na escolha da norma jurídica a ser aplicada não

8 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 561.

9 FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, Florianópolis. *Enunciados*. Florianópolis: [s.n.], 2017.

10 “Os limites do pedido são demarcados pelos fatos imputados na inicial, dos quais a parte se defende, e não pela capitulação legal atribuída ao autor”. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula nº 62. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, jun. 2016.

11 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 5817. Relator: Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 16 set. 2005.

12 TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 160-161.

dispensa a oitiva prévia das partes sobre os novos rumos do litígio, em cumprimento à regra do contraditório¹³.

A complexidade da estrutura do processo judicial eleitoral, caracterizado em parte pela sobreposição de ações eleitorais típicas com o mesmo objeto, exige mais que a simples transposição de um princípio do processo civil de cunho individual. Como exemplo, para que se compreenda melhor as dificuldades que podem advir para a defesa, serão expostos os casos apontados como referência para edição da Súmula 62, apontados no Relatório do Processo Administrativo 323-45.2013/DF, em que o Tribunal Superior Eleitoral discutiu a atualização do seu catálogo sumular.

O primeiro é o Respe 52183/RJ. Na origem, trata-se de AIJE ajuizada sob a alegação da prática de conduta vedada regulada pelo art. 73, VI, *b*, da Lei n.º 9.504/197, em decorrência de publicidade institucional de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos municipais, por meio da página eletrônica da prefeitura local, *outdoors*, placas e faixas espalhadas pela cidade, inclusive dentro do estádio municipal, sendo que, à época, uma das partes era Prefeito concorrendo à reeleição. O juiz de base julgou parcialmente procedente a ação para cominar multa a um dos investigados. O TRE reformou a sentença para cassar o mandato, com apoio no disposto no art. 73, §5º da lei n.º 9504/97. Analisando um dos argumentos da defesa (a nulidade da sentença), o relator entendeu que, se a petição inicial descreveu adequadamente os fatos e neles vislumbrou, num só momento, abuso de poder e prática de conduta vedada, mas, ao interpretá-los, o magistrado os subsumiu exclusivamente nos dispositivos legais descritivos de práticas de condutas vedadas, tal não implica em julgamento *citra petita*.

De modo semelhante, no julgamento da Representação 128704/DF, foi reafirmado o argumento da defesa que sustentava que a aplicação de multa com base no art. 57-H da lei n.º 9.504/97 não mereceria subsistir, porquanto a violação ao referido dispositivo não foi agitada na petição inicial como causa de pedir, de modo que a embargante, em suas razões, não teve a oportunidade de se defender sob a ótica do mencionado dispositivo. Tratava-se de divulgação de propaganda eleitoral por site de domínio de empresa de marketing, o que se enquadraria na proibição do art. 57-C, §1º, I da Lei das Eleições. Todavia, além da empresa de propaganda, foi a coligação também responsabilizada, pois encampou o site posteriormente e, com isso, teria incorrido na proibição do art. 57-H da lei n.º 9504/97.

No Agravo 5817/PA, julgado em 2005, o TSE discutiu recurso de prefeito eleito que teve contra si sentença procedente em ação de investigação judicial eleitoral, cassando o registro de candidatura, após entender configuradas as infrações aos arts. 41-A e 73, IV, da lei n.º 9504/97. Todavia, a petição inicial aduzira infração ao art. 41-A e ocorrência de abuso de poder, relatando lançamento de programa de distribuição de lotes e casas em período próximo ao pleito e distribuição posterior à ocorrência deste, alcançando parcela considerável da população do município. A defesa alegou em recurso justamente a vulneração do direito à ampla defesa e ao contraditório, por não ter tido a oportunidade de se manifestar de maneira eficiente quanto ao enquadramento utilizado pelo juiz eleitoral para impor a penali-

¹³ *Ibidem*, p. 163.

dade; afastando-se da tese inicial de abuso de poder, os fatos foram subsumidos a condutas vedadas. Tais argumentos não foram admitidos pelo TRE-PA e tampouco pelo TSE, com a seguinte resposta, pelo colegiado paraense:

Não há julgamento ultra petita quando a condenação imposta pela sentença não ultrapassa os limites do pedido formulado, ainda que a norma legal aplicada seja diversa daquela invocada na peça vestibular. O sistema processual pátrio adota a 'teoria da substanciação', pela qual a delimitação da demanda é dada não pela fundamentação jurídica exposta no corpo da ação, mas pelos fatos colocados sob apreciação.¹⁴

E veja-se, diversamente do que acontece com a compreensão da mesma conduta sob a ótica do abuso de poder, corretamente o TRE-PA entendeu que é "Desnecessária a comprovação de potencialidade do ato para influenciar no resultado das urnas, pois as condutas vedadas aos agentes públicos julgam-se objetivamente"¹⁵.

Para Roberta Maia Gresta, a adoção do entendimento esposado pelo TSE alberga uma leitura equivocada da teoria da substanciação, pois tal construção científica teve por objetivo evitar que o autor pudesse deduzir uma causa apenas com a indicação da qualificação jurídica¹⁶. Segundo a mesma autora, o art. 319, II do Código de Processo Civil/2015 indica que cabe ao autor a declinação das causas de pedir fática e jurídica na petição inicial, o que traz para a delimitação da causa justamente o componente da capitulação jurídica. Entender de maneira diversa traz enormes prejuízos à defesa:

Nas ações eleitorais, exatamente porque os mesmos fatos podem merecer variadas configurações jurídicas, acentua-se a importância da enunciação clara da causa de pedir *jurídica*. Esse aspecto, muitas vezes negligenciado em uma leitura *pro societatis* do Direito Eleitoral – na qual a técnica processual é tomada como entrave à busca da verdade real e, não, como desdobramento do devido processo legal –, é exigência da dimensão de *não surpresa* do contraditório, uma vez que o réu poderá se defender não apenas pela contraposição aos fatos imputados pelo autor mas, também, pela contraposição à conformação jurídica dada a tais fatos.¹⁷

A compreensão das dificuldades do simples transpassar da teoria da substancialização para o direito eleitoral necessita de explanação sobre o modo como se estruturam as ações eleitorais e as possíveis causas de pedir jurídicas.

Dentro do Título dedicado aos direitos fundamentais, no art. 14, §§9º e 10º, da Carta Magna, a norma protege a moralidade para o exercício do mandato ele-

14 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 5817. Relator: Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 16 set. 2005. p. 52.

15 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 5817. Relator: Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 16 set. 2005. p. 4.

16 GRESTA, Roberta. O problema da identidade entre ações eleitorais: da litispendência e da coisa julgada à ação temática eleitoral. *Ballot*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 286-312, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot/article/view/25581>>. Acesso em: 20.11.2017.

17 *Ibidem*, p. 297.

tivo, bem como a legitimidade e a normalidade do resultado das Eleições contra influência do poder econômico ou do exercício de função pública. A Lei Complementar n.º 64/90, editada por ordem constitucional, é espelho dos valores coletivos erigidos como fundantes da sociedade, cuja proteção se dará com o impedimento à candidatura de quem ostente certas qualidades negativas.

A Lei de Inelegibilidades prevê a Impugnação ao Registro de Candidatura (art. 3º e seguintes) e a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (art. 22 e seguintes) como meios processuais aptos, respectivamente, ao reconhecimento ou constituição do status inelegível.¹⁸ Sendo procedente a sentença em ambos os casos, opera-se extromissão do candidato pelo indeferimento ou cassação do registro ou diploma outorgado, conforme a fase do processo eleitoral em que ocorra o julgamento.

A Investigação Judicial Eleitoral e não a Impugnação ao Registro é o meio processual hábil à apuração da ocorrência de abuso¹⁹. Neste passo, esclarece a doutrina que a AIJE tem por finalidade:

[...] a exclusão da disputa eleitoral, por meio da sanção de inelegibilidade, de candidatos e de pessoas que tenham contribuído ou beneficiado aqueles na prática de atos potencialmente lesivos à normalidade e igualdade de um pleito eleitoral.²⁰

Na perspicaz simplificação de Edson de Resende Castro “o abuso de poder pensado pelo legislador no art.14, §9º, da CF, aquele que projeta influência na normalidade e legitimidade das eleições e, por isso, gera inelegibilidade para o agente”²¹. Prossegue, explicando que a inelegibilidade é consequência de grave abuso, “entendido como a má utilização do dinheiro nas campanhas, ou o uso da máquina administrativa em prol de candidaturas ou o uso indevido dos meios de comunicação”²².

A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, prevista na Constituição Federal, não mereceu regulamentação do legislador ordinário, mas se lhe aplicam subsidiariamente as disposições referentes à Impugnação ao Registro de Candidatura²³, com a distinção de que a ação constitucional presta-se à cassação de mandato em virtude de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude.

18 A Lei n.º 9504/97, no art. 11, §10, estabelece que o pedido de registro de candidatura é o marco temporal para aferição da ocorrência das condições de elegibilidade ou da inelegibilidade, em razão do que a jurisprudência do TSE é pacífica em dizer que somente é negado registro ao candidato inelegível à época do requerimento. Por exemplo, no julgado seguinte: AGRADO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA. NÃO PROVIMENTO. 1. As causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura, não constituindo alteração fática ou jurídica superveniente o eventual transcurso de prazo de inelegibilidade antes da data da realização das eleições. Precedente. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 3087. Relatora: Min. Nancy Andrighi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, p. 60, 17 maio 2013.

19 “Não é próprio apurar-se a ocorrência de abuso em impugnação de registro de candidatura, uma vez que a Lei Complementar nº 64/90 prevê, em seu art. 22, a ação de investigação judicial para esse fim, a qual, não estando sujeita a prazo decadencial, pode ser ajuizada até a data da diplomação do candidato”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário nº 593. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo. *Revista de Jurisprudência do TSE*, Brasília, DF, tomo 4, v. 13, p. 91, 3 set. 2002.

20 AGRA, Walber de Moura. A taxionomia das inelegibilidades. In: _____. *Temas polêmicos do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 377.

21 CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 344.

22 *Ibidem*, p. 345.

23 Conforme decidido pelo TSE na Resolução nº 21634/2004: “Questão de Ordem. Ação de impugnação de mandato eletivo. Art. 14, § 10, da Constituição Federal. Procedimento. Rito ordinário. Código de Processo Civil. Não-observância. Processo eleitoral. Celeridade. Rito ordinário da Lei Complementar n.º 64/90. Registro de candidato. Adoção. Eleições 2004”. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 21.832, de 22 de junho de 2004. Aprova instruções para a aplicação da Lei nº 10.842, de 20 de fevereiro de 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 1 jul. 2004.

A definição das condutas ilícitas que se amoldem ao entendimento do que seja abuso não é de todo devida à jurisprudência e doutrina. A Lei Complementar 64/90 tem de ser integrada com Lei n.º 9504/97, especialmente os artigos 30-A (ilicitude no uso dos recursos de campanha), 41-A (compra de votos) e 73 a 78 (condutas vedadas a agentes públicos). Em virtude do paralelismo, é possível dizer que o mau uso de recursos na campanha eleitoral e a compra de votos, quando grave, configuram abuso de poder econômico e o agente público, quando explora máquina administrativa ou recursos estatais em proveito de candidatura, ainda que aparentemente haja benefício à população, se de maneira grave, pratica abuso de poder político. A diferença é que na lei ordinária a reprovabilidade dos atos ou o cometimento de atos contrários ao que prescreve a Lei n.º 9504/97 enseja, primariamente, multa e cassação do registro ou diploma por meio de Representação. A inelegibilidade como sanção é consequência da sentença de procedência em AIJE.

Tais distinções são importantes porque, como bem divisa Adriano Soares da Costa, as situações circunstanciais são extremamente importantes para a compreensão da causa de pedir no processo judicial eleitoral:

Se o candidato entrega uma cesta básica para pessoas em troca do seu voto, haveria captação de sufrágio. Se a entrega é feita em nome do candidato por agente público e cestas de programas sociais, há captação de sufrágio e conduta vedada aos agentes públicos. Assim também se forem três, quatro ou cinco cestas. Se for uma grande quantidade de cestas básicas entregues, ainda que sem o expresse pedido de votos, poderá haver abuso de poder econômico e político, além de conduta vedada de maior potencialidade.²⁴

Observe-se, assim, que uma entrega de cestas básicas pode ter ao seu redor uma série de outros condicionantes de relevo – quantidade, agentes, contexto geográfico – para a adequada subsunção – conduta vedada, captação ilícita, abuso de poder – condicionantes estes que não podem ficar excluídos do debate operado pelas partes, especialmente tendo em conta que o réu responde a provocação do autor, nos limites traçados por ele para a causa.

4 O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E OS PREJUÍZOS PARA A DEFESA ADVINDOS DA SÚMULA 62

A convivência da soberania popular e dos direitos fundamentais, cuja base, no Estado brasileiro, é justamente o pluralismo, depende do olhar sobre as necessidades de comunicação que exige essa concepção de cidadãos livres, iguais e atores (não mais ouvintes)²⁵. Tal é, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a resposta do princípio democrático (expresso como soberania popular) ao proble-

24 COSTA, Adriano Soares da. A reunião das ações eleitorais sobre os mesmos fatos. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande (Coord.). *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 169.

25 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 140.

ma da legitimação política no plano material. Formalmente, em razão de operar na racionalização dos processos de decisão, a atuação normativa da soberania popular é garantia frente ao perigo de conversão da democracia no totalitarismo da maioria²⁶. Em outro texto, o mesmo autor adverte que, a despeito de serem corretas as conclusões de Franz Klein sobre a constituição do processo por normas destinadas a proteger o interesse da coletividade, o que sustentaria um aumento dos poderes do juiz, não se pode esquecer que as pessoas em geral devem estar garantidas em face do ilimitado exercício de poder estatal²⁷.

Estabelecer focos de centralidade (ora nas partes e seus advogados, ora nos juízes) não se amolda ao perfil democrático dos Estados de Direito da atualidade. É importante a perspectiva de Nicola Picardi sobre o policentrismo na atividade jurisdicional:

[...] l'attività giurisdizionale è strutturata necessariamente come processo, inteso come sottospecie del procedimento, cioè come procedimento a struttura polcentrica ed a svolgimento dialettico [...]. Il processo è policentrico poiché coinvolge soggetti diversi, ognuno dei quali há una collocazione particolare e svolge un ruolo specifico. Alla struttura soggettivamente complessa corrisponde poi un svolgimento dialettico.²⁸

Ao divisar dois significados para o vocábulo *giudizio*, ora sinônimo de processo, ora sinônimo de decisão, Michele Taruffo destaca que a alusão ao processo evidencia a dimensão procedimental do *giudizio*²⁹. A essência dialética e policêntrica é um dos elementos importantes da estrutura do processo. Subjetivamente policêntrico o processo, porque envolve sujeitos diversos, a cada qual assegurado, dentro da sequência procedimental, funções específicas e situações subjetivas particulares, inclusive o juiz, que, na metáfora do autor, “joga, in quanto participa al gioco e vi compie varie mosse, benché non vinca e non perda ala fine dela partita”³⁰. A dialética traz a compreensão de que a estrutura basilar do processo é fundada na controvérsia, na contraposição de hipóteses sobre uma situação de fato e de direito, narrativas que podem ser modificadas perante aquilo que o outro sujeito propõe. É a dialética que traz os elementos de avaliação do fato e do direito, em razão do que Michele Taruffo afirma que o processo serve à preparação da decisão final. Não é, pois, “um gioco sterile e circolare di storie contrapposte”, mas um método que assegura que os interessados possam sustentar suas razões, ao fim do que emergirão os elementos que devem sustentar a decisão final³¹. A dialética é, portanto, garantia das partes³².

26 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 91.

27 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, v. 30, n. 90, jun. 2003. p. 60. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/20db5/20e13/20f6d?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

28 PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 230.

29 TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. In: _____. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 157-166.

30 Ibidem, p. 161.

31 TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. In: _____. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 165.

32 Ibidem, p. 175.

É clara, a partir deste ponto, a noção de “interdependência entre os sujeitos processuais”, que tem no princípio do contraditório a baliza procedimental que informa as funções endoprocessuais e assegura a manutenção de um fluxo do discurso³³.

O discurso liberal ou o discurso socializante, baseado no protagonismo solitário de órgãos judiciários sem infraestrutura e presos à produtividade, sombreia o papel do cidadão que, ante a normatividade dos direitos fundamentais e a ampla concepção de cidadania e direitos políticos anteriormente esposada, possui direitos de participação nas instâncias decisórias, tanto mais quando se trata de formação de provimentos judiciais sobre democracia representativa, o que reafirma a importância do devido processo legal.

Neste ambiente, é adequado compreender democracia como elemento que caracteriza uma sociedade, a partir de um conjunto de práticas organizadas que convive com a indeterminação, o pluralismo, a heterogeneidade e, consequência destes, o conflito enquanto “elemento constitutivo da vida, da política e do Direito”.³⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira reflete que antes do paradigma democrático e de direitos fundamentais os estudos sobre o sentido problemático do direito, surgidos concomitante ao aumento dos conflitos de valores e proliferação dos conceitos indeterminados e elásticos, renunciaram a recuperação do caráter retórico e dialético do processo³⁵.

No Estado contemporâneo, a democracia é mais que uma forma de governo: um direito de quarta geração a ser postulado e exercitado pelo homem, “em nome e em proveito da Sociedade, e não do Estado propriamente dito – quer o Estado liberal que separa poderes, quer o Estado social que monopoliza competências, atribuições e prerrogativas”³⁶. O cidadão surge como quadro avançado de uma nova classe política, capaz de apoiar o jurista nas reformas proporcionadas pela abertura do texto constitucional³⁷. É justamente por ser titular de direitos fundamentais, conflitantes na essência, que o homem carrega consigo o elemento político³⁸.

Neste ambiente da democracia pluralista, portanto, o processo passou do discurso apodítico, fundado na codificação e centrado no juiz, aquele que tem o monopólio da subsunção dos fatos à norma e a quem se dirige a instrução probatória, para um discurso policêntrico, calcado na democracia participativa e alicerçado no contraditório, atraindo para o Poder Judiciário a promessa constitucional de com-

33 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 224.

34 SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 150.

35 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, v. 30, n. 90, jun. 2003. p. 62-63. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/20db5/20e13/20f6d?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

36 BONAVIDES, Paulo. O estado social e democracia participativa. In: _____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 160-161.

37 Os fundamentos teóricos da democracia participativa. In: _____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 344.

38 Tal é o papel do cidadão na concepção republicana, segundo Jürgen Habermas. (HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua nova: Revista de Cultura e Política*, n. 36, 1995. p. 41. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2015). Antonio do Passo Cabral introduz estudo sobre o contraditório afirmando que o homem não é objeto, mas sujeito processual. (CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. [2005]. p. 449. Disponível em: <www.academia.edu/215400/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acesso em: 22 abr. 2015).

prometimento com os valores democráticos.³⁹ Ao propor um modelo normativo de democracia a meio-termo do liberal e republicano, Jürgen Habermas defende que os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito são, assim como o procedimento, a resposta às necessidades de institucionalização dos pressupostos comunicativos do processo democrático⁴⁰. Por suas palavras:

A teoria do discurso toma elementos de ambas as partes e os integra no conceito de um procedimento ideal de deliberação e de tomada de decisões. Esse procedimento democrático estabelece uma conexão interna entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e discursos relativos a questões de justiça, e fundamenta a suposição de que sob tais condições obtêm-se resultados racionais e equitativos.⁴¹

Para Robert Alexy, há muitos tipos distintos de discussões jurídicas (as do âmbito da ciência jurídica, as deliberações dos juízes e tratamento de questões nos órgãos legislativos, por exemplo), organizadas em subcategorias por critérios igualmente variados, a exemplo das judiciais que são institucionalizadas e outras que devem alcançar termo em tempo determinado⁴². Em todas o traço comum é a argumentação jurídica, caracterizada por sua vinculação ao Direito. As discussões jurídicas, portanto, terminam por acontecer dentro de certas limitações, as quais ainda se referem a questões práticas (algo a fazer ou deixar de fazer) e possuem o objetivo de produzir a escolha “justa”, produzida sob argumentação correta⁴³.

O processo é aquele em que, contraposto à ciência jurídica, a discussão dá-se sob maiores restrições: a participação do acusado (ou demandado) não é voluntária, o dever de veracidade pode estar limitado, existe restrição temporal, as partes podem orientar-se segundo seus interesses e a atividade ocorre segundo as regras processuais⁴⁴.

A correção da argumentação, na leitura de Hermes Zaneti Júnior acerca das considerações de Robert Alexy, implica para as partes comportarem-se segundo as regras do jogo, o que demanda reciprocamente idêntico comportamento em relação ao juiz, cuja decisão se afigurará justa segundo a medida objetiva da confrontação com o ordenamento jurídico constitucional, infraconstitucional e com a vinculação ao problema debatido por meio do procedimento⁴⁵. Por isto é que surge tão importante a manutenção da abertura aos debates: uma vez que discussão do direito em juízo torna-o incerto, aceitando-se que é o mesmo complexo na sua

39 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52-53; CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. [2005]. p. 450. Disponível em: <www.academia.edu/215400/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acesso em: 22 abr. 2015.

40 HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua nova: Revista de Cultura e Política*, n. 36, 1995. p. 41. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2015. p. 47.

41 *Ibidem*, p. 46.

42 ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2012. p. 205.

43 *Ibidem*, p. 207.

44 *Ibidem*, p. 206.

45 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Atlas, 2014. p. 98-100.

aplicação, que o direito material aponta as soluções em mundo idealizado, não é possível excluir a contribuição das partes para a aplicação da norma⁴⁶. Assim, Ovídio Araújo Baptista da Silva já argumentava que era chegado “o momento de restaurar a dimensão dialógica do debate judiciário”⁴⁷.

Neste contexto, o princípio do devido processo legal é a expressão constitucional da temperança entre o informalismo que exporia todos ao arbítrio estatal e o formalismo puro que encobre o direito material por razões de forma⁴⁸. Por esta razão, Michele Taruffo propõe o emprego de um procedimento válido e justo, juntamente com a correta escolha e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso e avaliação confiável dos fatos relevantes, como critérios para avaliação da justiça de uma decisão⁴⁹.

Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz entende que a Constituição de 1988, no art. 5º, estabelece um rol extenso de garantias derivadas do devido processo legal⁵⁰, as quais formam um conjunto que tanto assegura às partes o “exercício de suas faculdades e poderes processuais” quanto se apresenta “indispensável ao correto exercício da jurisdição”⁵¹.

Do ponto de vista processual, além das ramificações relacionadas ao órgão judicial e ao direito fundamental de acesso à justiça, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira entende que o devido processo legal compreende a estruturação correta do procedimento que permita a publicidade dos atos e o contato do juiz imparcial com as partes, além da garantia do contraditório como influência no convencimento do julgador, substancializado na possibilidade de que os sujeitos sustentem suas razões e apresentem suas provas⁵². Daniel Mitidiero, utilizando a expressão “justo processo”, explicita o que entende por conteúdo mínimo da garantia: partindo da ótica da divisão do trabalho, o processo é pautado pela colaboração do juiz com as partes, paritário no diálogo e assimétrico na decisão; as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, direito à prova e perante juiz natural cujos pronunciamentos sejam previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada⁵³.

Todavia, não se pode adotar concepção extremada que confine o magistrado aos limites daquilo alegado e provado pelas partes; quer-se com isso dizer que a atuação parcial do litigante não pode embotar a visão do órgão judicial, pois o interesse público exige outra postura e legitima a adoção de desempenho dinâmico pelo magistrado:

46 Ibidem, p. 318.

47 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 195.

48 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 128.

49 TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: _____. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 224.

50 Páginas adiante o autor apresenta conciso panorama doutrinário sobre o rol de garantias que se constitui conteúdo do devido processo legal. (PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*, p. 131-138).

51 PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 117-123.

52 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 127-128.

53 Direito fundamental ao processo justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 45, 2011. p. 27-28. O apresenta o tema sob o ponto de vista do direito ao processo justo, incluindo, além do conteúdo enumerado, as exigências de efetividade e duração razoável do processo.

Tudo, portanto, recomenda a quebra do monopólio das partes na instrução da causa, mesmo em se tratando de interesses puramente privados, pois não há por que alterar a estrutura do processo em função da natureza disponível ou indisponível do direito litigioso. Insustentável continuar-se tolerando o juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como coisa exclusiva das partes. [...] Volta a cena, assim, a necessidade da cooperação tantas vezes mencionada: a atividade probatória haverá de ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas juntamente com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. Claro está, porém, a total diversidade de interesses entre o órgão judicial e as partes. O processo civil não atua no interesse de nenhuma das partes, mas por meio do interesse de ambas.⁵⁴

É que o devido processo legal não deve ser lido sob a ótica individualista, mas sim com auxílio das preocupações difusas que se dirigem à justiça das decisões. Constatação mais pungente no caso do processo judicial eleitoral pela própria natureza do direito discutido.

O modelo constitucional de processo, com atenção ao contraditório, proporciona dinamicamente a consagração e atuação das garantias a ele incorporadas, sendo não uma estrutura estática sobre a qual se elaborará termos descritivos ou atividade de classificação, mas sim uma imposição de condições mínimas de legalidade e correção das atividades de todos os envolvidos no desenrolar do processo⁵⁵. É a partir do contraditório, como mecanismo propulsor do diálogo no seio da democracia participativa, que se compreenderá o desenrolar das ações eleitorais como instrumento posto pelo Estado para a proteção do direito à moralidade das candidaturas, estando a ele conexas as garantias constitucionais da publicidade, da prova e da motivação das decisões.

Com base na argumentação desenvolvida, calcada na participação e no diálogo vocacionado ao entendimento, é natural compreender a força do contraditório, garantia constitucional do processo, razão pela qual Hermes Zaneti Júnior entende que a função do processo é a ordenação dos debates⁵⁶.

Havendo o fomento à comunicação por meio do processo, sendo compreendido que as partes agem e desenvolvem suas atividades buscando um entendimento no cenário do pluralismo estimulado pela democracia, é importante saber que fica rompido o privilégio dos agentes estatais aos quais antes cabia, unicamente, a produção dos fundamentos das decisões⁵⁷. Uma vez concebido como um ambiente em que os sujeitos estão isonomicamente considerados⁵⁸, em que suas relações são paritárias e não tuteladas como reflexo da mão forte do

54 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

55 COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 61-101.

56 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61.

57 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 238.

58 PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 230-231. É necessário atentar à distinção que faz Daniel Mitidiero acerca do papel do juiz no modelo de processo cooperativo; a paridade é característica do diálogo, da condução do processo, e não do momento decisório, em que a posição do magistrado é assimétrica. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114).

Estado com proeminência do Judiciário, deve-se reforçar a noção de que as partes produzem estrategicamente argumentos e não demonstração durante o processo e que é deste debate que nascerá a fundamentação da sentença, o que coloca o contraditório como eixo fundamental do processo civil na atualidade⁵⁹.

Assim, o princípio do contraditório deve ser entendido em sentido forte, mais complexo que a simples bilateralidade de audiência, a impor apenas a mecânica sequência de informação e resposta, ultrapassando a ideia restrita de contraposição que sobressai apenas da consideração linguística⁶⁰, constituindo-se não apenas direito das partes como “regra do processo para o juízo”⁶¹. Em sentido fraco, na distinção de Nicola Picardi, o contraditório apresenta-se como parte de um contexto burocrático, útil, mas não indispensável, gerenciado por um juiz calcado em poder hierárquico; a função do contraditório, nesta ótica tipicamente moderna, é ser instrumento lógico-formal da atividade das partes em juízo⁶². Em sentido forte, o contraditório é a regulamentação do diálogo, que assegure reciprocidade substancial – e não apenas formal – e não somente entre as partes mas também entre o juiz e as partes⁶³.

A razão do contraditório é, na visão de Antonio do Passo Cabral, permitir à parte a possibilidade de reagir e prevenir posicionamentos processuais desfavoráveis⁶⁴. Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz correlaciona o contraditório com a igualdade das partes, o que tem como resultado a garantia “manifestação durante todo o processo, sem quaisquer privilégios”, o que abrange, sob a ótica do devido processo legal e da igualdade, a remoção de obstáculos injustificáveis na demonstração, pela parte, do que alega⁶⁵.

O contraditório inclui, além do conhecimento dos atos processuais, a possibilidade de sobre eles se pronunciar, o exame de documentos dos autos, o direito de presença, a faculdade de contrargumentar, de formular demandas e quesitos aos peritos e manifestar-se oralmente durante as audiências⁶⁶. Quando se volta para o juízo, a efetividade do contraditório reclama que autor e réu recebam provimento jurisdicional fundamentado que considere, lealmente, os argumentos fáticos e jurídicos dispostos ao longo do processo⁶⁷.

59 Júlio Cesar Goulart Lanes deduz que a prevalência do raciocínio lógico-dedutivo, com foco na produção do *dispositivo*, duas consequências desabroçam: fundamentação torna-se meramente formal, por “subnutrição de conteúdo” e propicia-se decisões-surpresa. LANES, Júlio César Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 185.

60 CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*. [2005]. p. 450. Disponível em: <www.academia.edu/215400/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acesso em: 22 abr. 2015. Artigo publicado originalmente na Rivista di Diritto Processuale.

61 MATTOS, Sérgio Luis Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 205.

62 PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 232.

63 *Ibidem*, p. 233.

64 CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*. [2005]. p. 451. Disponível em: <www.academia.edu/215400/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acesso em: 22 abr. 2015. Artigo publicado originalmente na Rivista di Diritto Processuale.

65 PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 222-223.

66 CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*. [2005]. p. 452. Disponível em: <www.academia.edu/215400/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acesso em: 22 abr. 2015. Artigo publicado originalmente na Rivista di Diritto Processuale; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 73; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 230 et seq.

67 CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*. [2005]. p. 456-457. Disponível em: <www.academia.edu/215400/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acesso em: 22 abr. 2015. Artigo publicado originalmente na Rivista di Diritto Processuale.

Pensar a jurisdição e o processo a partir da abertura ao diálogo e à colaboração como materializações do princípio democrático, na feliz advertência de Jânia Maria Lopes Saldanha e de Angela Araújo da Silveira Espíndola, exige “espíritos livres que estejam preparados para as eventuais derivas que venham a seguir”, pois, uma vez abandonado o perfil privado e individualista do processo, não há mais a segurança intelectual sustentada pela centralidade na figura do magistrado⁶⁸. Habilmente, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira situa o processo no quadro das atuais sociedades democráticas, plurais e heterogêneas:

A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples “objeto” de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição.⁶⁹

Daniel Mitidiero expõe que o processo cooperativo parte da ideia de que indivíduo, Estado e sociedade ocupam posições coordenadas na concretização da dignidade da pessoa humana⁷⁰. Como consequência, há o reforço das posições jurídicas das partes, como também dos deveres de conduta para autor e réu e para o órgão jurisdicional, o qual tem o seu papel redimensionado para a condução ativa do processo, estando no mesmo nível das partes.

O processo civil, então, pode ser visto como uma *comunidade de trabalho*, pois a atividade coordenada dos sujeitos está voltada, constitucional e legalmente, “à justa resolução do conflito apresentado pelas partes ao juiz”⁷¹.

O novo Código de Processo Civil estabelece a colaboração entre os participantes (o que compreende partes, juiz e auxiliares da justiça) como um dos princípios fundamentais do processo (art. 6º). A figura de uma comunidade de trabalho processual, regida pela cooperação, implica no reforço dos deveres de boa-fé para consecução de atitudes leais⁷², como também o reconhecimento de

68 SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo: efetividade e realização da pretensão material*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 50.

69 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, v. 30, n. 90, jun. 2003. p. 65. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/20db5/20e13/20f6d?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

70 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

71 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, p. 72.

72 MITIDIERO, op. cit., p. 103-111.

que o juiz deve engajar-se no estabelecimento de um “diálogo efetivo, mais franco, aberto e ponderado”⁷³. A princípio, portanto, em que pese ser sabido que a novel legislação será objeto de intenso desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, não é possível defender que deste dispositivo é produzido o dever de as partes cooperarem entre si, pois seus interesses são divergentes, ou por outras palavras, argumentam estrategicamente na defesa de seu próprio interesse. Todavia, Antonio do Passo Cabral defende que o processo não é das áreas em que o indivíduo pode portar-se sem qualquer “consideração sobre a repercussão de seus atos na esfera alheia”⁷⁴.

O juiz, então, longe de comprometer a imparcialidade, participa do diálogo com as obrigações de “ouvir e responder considerando atentamente o que foi dito”⁷⁵. Diante do reconhecimento da parcialidade dos atos dos litigantes, assumem maior vulto as consequências da cooperação para a atividade judicial.

Recaem sobre a autoridade judicial os deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio. Os agentes estatais não são mais detentores do privilégio cognitivo, razão pela qual se institucionaliza como prática a obrigação de o juiz esclarecer-se quanto às dúvidas que alegações ou pedidos das partes tenham suscitado. Quanto ao dever de consulta, expressamente reconhecido nos arts. 9º e 10 do novo Código Processual Civil, implica na obrigação de serem as partes consultadas sobre qualquer questão antes da decisão final, ainda que se trate de matéria cujo conhecimento deva ocorrer de ofício⁷⁶. O ente judicante tem de alertar as partes sobre as deficiências das alegações ou sempre que a solução à controvérsia de direito material achar-se sob ameaça de frustração pelo uso inadequado do processo. Por fim, as partes devem ser auxiliadas na superação de dificuldades que impeçam o exercício de direitos, faculdades ou o cumprimento de ônus processuais.

É possível defender, portanto, que da concretização do processo no modelo cooperativo produz-se a efetivação do princípio do contraditório como possibilidade de influenciar o juízo na solução da controvérsia⁷⁷.

Já se exemplificou, com os três julgados acima, situações em que a defesa se viu surpreendida por alegações para as quais não fora chamada a se pronunciar, especialmente pela conversão, do enquadramento de determinado fato, de conduta vedada para abuso de poder e vice-versa. No que tange à delimitação da

73 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 73.

74 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 231-233. O autor metafóricamente explica que não se trata de buscar que os litigantes entrem “no tribunal de mãos dadas”.

75 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, p. 74. (nota de rodapé 15).

76 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, v. 30, n. 90, jun. 2003. p. 69. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/20db5/20e13/20f6d?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 14 abr. 2015; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 231-238.

77 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 18; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, v. 30, n. 90, jun. 2003. p. 65. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/20db5/20e13/20f6d?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 14 abr. 2015; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 226-227.

causa de pedir, unicamente tem valor aqueles episódios da vida real que a singularizam de todas as causas teoricamente possíveis, e que eventualmente poderiam constar da petição inicial, devendo ser lastreados pela respectiva fundamentação jurídica. No que diz respeito às ações eleitorais, é relevante para a defesa e para a ordenação de uma comunidade de trabalho, que não haja surpresa acerca de todos os elementos definidores de uma demanda. Um determinado fato pode ser enquadrado sob a ótica de conduta vedada ou de abuso de poder político conforme os fatos simples ou sucessos históricos.

5 À GUIA DE CONCLUSÃO

Se, por um lado, o tributo à leitura individualista e unicêntrica da teoria da substanciação da causa de pedir explica as razões pelas quais o TSE sedimentou a Súmula 62, não se pode, por outro, deixar de esposar discordância com o seu conteúdo, pela vulneração à garantia do contraditório. Em um Estado Democrático de Direito, no qual a jurisdição e o processo estão informados pelo princípio democrático e seus consectários do diálogo, pluricentrismo, divisão de tarefas e vedação de decisão surpresa, por exemplo, aceitar que decisões possam conferir leitura diversa de um mesmo fato jurídico eleitoral sem que as partes possam se manifestar e produzir provas sobre elementos que possam ser relevantes na solitária atividade judicial de julgamento é conferir proteção deficiente ao princípio do contraditório.

Uma interpretação apaziguadora é compreender que às partes deve ser dada a oportunidade para desenvolver argumentação acerca da capitulação legal, sempre que o órgão julgador possa vislumbrar diversidade em relação àquela proposta na petição inicial.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. A taxionomia das inelegibilidades. In: _____. *Temas polêmicos do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. O estado social e democracia participativa. In: _____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. Os fundamentos teóricos da democracia participativa. In: _____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1565055. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15.12.2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 18 dez. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário nº 593. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo. *Revista de Jurisprudência do TSE*, Brasília, DF, tomo 4, v. 13, p. 91, 3 set. 2002.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 5817. Relator: Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 16 set. 2005.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 3087. Relatora: Min. Nancy Andriahi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, p. 60, 17 maio 2013.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 21.832, de 22 de junho de 2004. Aprova instruções para a aplicação da Lei nº 10.842, de 20 de fevereiro de 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 1 jul. 2004.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula nº 62. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, jun. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. [2005]. Disponível em: <www.academia.edu/215400/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acesso em: 22 abr. 2015. Artigo publicado originalmente na Rivista di Diritto Processuale.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011.

COSTA, Adriano Soares da. A reunião das ações eleitorais sobre os mesmos fatos. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando Casa-grande (Coord.). *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRESTA, Roberta. O problema da identidade entre ações eleitorais: da litispendência e da coisa julgada à ação temática eleitoral. *Ballot*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 286-312, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot/article/view/25581>>. Acesso em: 20.11.2017.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua nova: Revista de Cultura e Política*, n. 36, 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

- LANES, Júlio César Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. Direito fundamental ao processo justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 45, 2011.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.
- _____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, v. 30, n. 90, jun. 2003. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/20db5/20e13/20f6d?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 14 abr. 2015.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009.
- PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2014.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo: efetividade e realização da pretensão material*. Curitiba: Juruá, 2008.
- SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. In: _____. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. In: _____. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Atlas, 2014.

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E ATIVISMO
JUDICIAL NO DIREITO ELEITORAL: A QUESTÃO DA
ABRANGÊNCIA DA CAUSA DE PEDIR NA AIME E O
COMBATE AO ABUSO DE PODER NAS ELEIÇÕES**

**CONSTITUCIONAL HERMENEUTICS AND JUDICIAL
ACTIVISM IN ELECTORAL LAW: THE ISSUE OF THE SCOPE
OF THE CAUSE OF ASKING IN AIME AND THE FIGHTING OF
THE ABUSE OF POWER IN THE ELECTIONS**

Rafael da Silveira Petracioli*

RESUMO

Este artigo tem como objetivo tratar sobre a importância do ativismo judicial e da aplicação dos postulados da hermenêutica constitucional no âmbito do Direito Eleitoral, especialmente no que se refere ao combate ao abuso do poder nas eleições por meio da ação de impugnação de mandato eletivo. É de grande relevância a discussão em torno dos limites da atuação do Poder Judiciário no combate ao abuso do poder nas eleições, necessários à preservação da legitimidade democrática, mas também, por outro lado, ameaças potenciais a esta mesma busca de legitimidade. Dessa forma, o presente trabalho evidencia de que forma o Direito Eleitoral está atrelado ao Direito Constitucional, e, portanto, a uma hermenêutica constitucional, apta a valorizar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito vigentes no Brasil.

Palavras-chave: Abuso de poder. Ativismo judicial. Hermenêutica constitucional. AIME.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the importance of judicial activism and the application of constitutional hermeneutics in the field of electoral law, especially with regard to combating abuse of power in elections. The discussion about the limits of the judiciary's role in fighting the abuse of power in elections, necessary for the preservation of democratic legitimacy, but also, on the other hand, potential threats to this same quest for legitimacy is of great relevance. Thus, the present paper shows how the electoral law is linked to constitutional law, and therefore, to a constitutional hermeneutics, capable of valorizing the fundamental principles of the Democratic State of Law in force in Brazil.

Keywords: Abuse of power. Judicial activism. Constitutional hermeneutics. AIME.

* Mestrando em Direito (UFBA). Advogado. Professor de Direito Eleitoral.

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial, em primeira perspectiva, é o fenômeno em que o Poder Judiciário transmuda de seu estado de passividade para uma atitude proativa, optando ativamente pela interpretação dos preceitos constitucionais de maneira que lhes são emprestados máximas efetividade e concretização de direitos, notadamente de direitos fundamentais.

É o Judiciário extrapolando os limites clássicos de sua esfera de poder para fincar suas fronteiras dentro dos espaços próprios dos outros poderes republicanos. O defensor da tripartição clássica conceituaria tal fenômeno de maneira simples: usurpação de competência, julgamentos *extra petita* e *ultra petita*.

Nada obstante, o ativismo judicial é muito mais do que isso. É uma resposta dada pelos órgãos julgadores ao momento político atual da sociedade brasileira, assim como acontece na maioria das nações onde este movimento toma corpo e se expande. Nos dizeres precisos do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso,¹ é uma judicialização da política, no exato momento em que as instâncias políticas já não respondem satisfatoriamente às aspirações sociais na concretização dos valores e das finalidades da Constituição, e este corpo social enxerga como única via transitável o da engrenagem judiciária.

Não se trata, absolutamente, de um movimento de criação livre do direito. Esta vedação decorre justamente porque é supedâneo fundamental para a configuração do real ativismo judicial a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais já existentes, com o fito de criar, através de norma de decisão, uma interpretação às disposições que inicialmente, à análise primeira, não exsurgiam dos comandos analisados, emprestando máxima efetividade aos direitos constitucionalmente previstos.

Expressão representativa de grandes estudos e ricas discussões no universo hodierno do Direito, o “ativismo judicial” também tem lugar, prática e discussão no âmbito do Direito Eleitoral. É este o escopo deste texto, o qual promove, como objetivo central, uma discussão acerca da questão da abrangência da causa de pedir na ação de impugnação de mandato eletivo, salientando para a importância de uma postura ativista no exercício da hermenêutica constitucional aplicável à seara eleitoral, especialmente no que se refere à necessidade de combate ao abuso de poder nas eleições.

Representantes populares eleitos em procedimentos viciados não possuem legitimidade para exercer o poder delegado pelo povo. É exatamente em nome desta legitimidade que a Constituição da República demonstrou tanta preocupação em manter as eleições afastadas dos abusos de poder genericamente considerados. A correta aplicação dos postulados da hermenêutica constitucional, objetivando a consecução da soberania popular revela-se, neste sentido, como um imperativo.

Não é o objetivo deste texto fomentar a judicialização das eleições, mas sim defender a aplicação da legislação eleitoral conforme os princípios constitucionais

1 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

que a fundamentam, ante a finalidade para que ela foi criada, qual seja, a preservação da soberania popular, por meio da busca da legitimidade e da normalidade do poder de sufrágio.

2 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E OS POSTULADOS BÁSICOS DA MODERNA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

O ponto de partida para a compreensão da importância do ativismo judicial na seara eleitoral, com vistas a um eficiente combate ao abuso de poder nas eleições, perpassa, necessariamente, pelo estudo dos postulados básicos da moderna interpretação da Constituição.

Como bem ressalta Konrad Hesse, o estudo de uma nova interpretação constitucional, que atenda a princípios constitucionalistas modernos, funda-se na ideia da busca de decisões com maior teor de certeza e previsibilidade jurídicas, através de um procedimento racional e controlável.²

Neste sentido, mister se faz a busca da consecução dos princípios hermenêuticos, a seguir, de necessária observância no âmbito do Direito Eleitoral, dada a relevância constitucional do bem jurídico da democracia, objeto principal de resguardo desse ramo do Direito.

2.1 PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A Carta maior representa um todo indissociável, sendo seus dispositivos impossíveis de serem analisados em separado e isoladamente.

A ideia deste princípio é mitigar a existência de antinomias e frustrar a tentativa de hierarquizar preceitos constitucionais. Esta valoração deve se dar apenas no momento da aplicação da norma de decisão, que, atuando sobre um caso concreto, definirá, naquele particular, quais interesses constitucionais afastarão outros interesses também de índole constitucional.

Em suma, não se deve buscar interpretação de norma constitucional senão de maneira global, considerando-a parte de um todo lógico, de intenções únicas em cada sentido perpetrado.

2.2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Ideia já manifestada desde o positivismo jurídico de Kelsen, este princípio informa a supremacia da Constituição, seja no plano formal, seja no plano material. A Carta Magna é a norma de maior hierarquia dentro do ordenamento jurídico.

Materialmente, a Carta é suprema porque organiza o Estado propriamente dito e sua relação com os titulares do poder. É nela que estão dispostos os direitos e garantias fundamentais e os regramentos de organização estatal, por exemplo.

2 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís A. Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 55.

Em sentido formal, a Constituição da República demonstra sua supremacia justamente porque é a primeira e única norma derivada de um poder de fato, que cria o Estado e os demais poderes, ditos de direito.

2.3 PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO

Dentro do quanto explicitado sobre a unidade constitucional, este princípio busca resolver as situações onde ocorrem aparentes antinomias dentro do próprio texto constitucional.

Se a Constituição da República é um todo indissociável, e assim o é porque todo o seu conteúdo é harmônico e direcionado à mesma finalidade, não se afigura possível a configuração de situações de conflito entre suas preceitos.

Entretanto, sempre existirão situações fáticas concretas onde, *e.g.*, dois princípios constitucionalmente previstos mostrar-se-ão contrapostos, ou, como ocorre com grande frequência, dois direitos fundamentais estarão em polos opostos do mesmo conflito.

Como negativa à existência de antinomia no todo constitucional, e ainda ratificando os termos desta unidade, o princípio analisado flui no sentido de que, em cada situação fática pontual, determinados princípios, direitos e garantias cederão espaço a outros, preponderantes para aquele caso concreto analisado.

Isto não significa aniquilação do princípio cedente, mas, antes disso, uma integração entre toda a malha normativa constitucional: nenhum princípio é absoluto em si mesmo, pois se integra a todos os outros, exercendo preponderância em certos momentos e cedendo espaço em outros.

Em suma, os direitos cedem, reciprocamente, em busca de uma possibilidade real de coexistência, sem a necessidade de supressão total de nenhum deles, posto que não há direito, princípio ou garantia ilimitados ou absolutos.

2.4 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Normalmente mais ativo no que toca aos direitos fundamentais, esta diretriz aponta no sentido de que a interpretação constitucional deve sempre buscar o sentido que confira máxima eficiência àquele direito analisado.

2.5 PRINCÍPIO DA COLOQUIALIDADE

O referido princípio busca a simplificação tão perseguida em diversos ramos do Direito. Por seu intermédio chega-se à ideia de que as palavras usadas nos textos constitucionais o são em seu sentido coloquial, ausente do que se chamam de jargões e brocardos jurídicos.

Há muito já se discute o abandono do formalismo na linguagem jurídica, e este princípio segue este entendimento.

Principalmente na hermenêutica constitucional deve esse abandono do tecnicismo prevalecer, posto que a Lei Maior é, como única norma derivada de um

poder de fato, carregada de valores políticos, que, por essência, apresentam-se em linguagem coloquial.

3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O LUGAR DO ATIVISMO JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ELEITORAL

Como bem delinea o Ministro Luís Roberto Barroso³, os adeptos do ativismo judicial atuam, de maneira resumida, pautando suas condutas nas seguintes possibilidades:

- a) da interpretação e adoção de novos princípios de hermenêutica que levam à aplicação direta dos ditames constitucionais inclusive naquelas situações não claramente aptas a receber tal regulação, prescindindo inclusive de existência de norma infraconstitucional;
- b) de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios mais elásticos, desprendidos da noção de afronta direta e cristalina à Carta Política;
- c) da imposição de condutas ou de omissões ao Poder Público, inclusive em questões de políticas públicas, adentrando na discricionariedade administrativa pura, classicamente não atacada pelo Poder Judiciário – traço marcante do nosso sistema.

Nesse diapasão, considerando-se o *modus operandi* e as causas e justificativas do fenômeno, é de se dizer que não há que se falar em ativismo judicial quando não se tratar de efetivação máxima dos valores constitucionais e de concretização de direitos, principalmente os fundamentais. É aberração o ativismo que se pauta noutra finalidade; padece de vício em sua própria origem, já que configuraria real poder absoluto aos julgadores, de passarem a decidir o que é justo quando devem decidir o que é legal, ou o que é constitucional, no sentido mais amplo de constitucionalidade.

A atitude camuflada de ativista tomada para suprir ausências de atuação ou más atuações dos outros poderes constituídos nada mais é do que um totalitarismo judicante e uma inversão total dos valores constitucionais e democráticos. Podem tais fatos justificar o ativismo judicial em sua real forma, aquela que efetiva a Constituição da República dentro das ideias expostas até o momento. Fora disto temos a *livre criação do Direito*, pautada unicamente no arbítrio de cada julgador, de cada tribunal, cuja existência é expressão clara de regimes totalitários ou ditatoriais.

O fenômeno do ativismo judicial é jurídica e socialmente justificável em razão da inércia e/ou da insuficiência da atuação dos poderes Legislativo e Executivo. Assim são os contextos históricos e sociais desta transmutação da atuação dos legisladores, em todas as nações onde se verifica a ocorrência do fenômeno.

Com efeito, principalmente no caso brasileiro, o próprio sistema da tripartição de poderes encontra-se em crise. As instituições dos poderes Executivo e

3 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

Legislativo ora invadem as competências das outras, ora se retraem de modo a não representarem satisfatoriamente seus papéis dentro da organização estatal. Há uma completa crise de identidade, um caos institucional que não demonstra estar perto de sua resolução. É justamente este o contexto ideal para que prospere uma atitude ativista por parte do Poder Judiciário.

O Legislativo, instância de criação das normas por excelência, peca por não atender, através da criação de leis e outros atos normativos, aos anseios da sociedade, às mudanças nas relações dos cidadãos entre si e entre os cidadãos e o Estado. Deste vácuo normativo surge a necessidade do povo buscar em outra instituição a solução destes conflitos: o Judiciário. E é através do ativismo que este poder efetiva o preenchimento do ordenamento, passando a exibir papel formalmente ativo na criação do Direito.

Diz-se formalmente porquanto já não é mais própria a concepção de que o julgador é mero “aplicador” do Direito; uma espécie de máquina que se utiliza do modelo estático de subsunção da premissa menor à premissa maior, daí surgindo a resolução do conflito posto à jurisdição.

O Executivo, por seu turno, não efetiva notadamente os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, cuja aplicabilidade não deveria ser limitada sob nenhuma justificativa, nem administra satisfatoriamente a máquina estatal de modo a trazer aos titulares legítimos do poder os benefícios que a organização constitucionalmente prevista deste mesmo Estado deve prover.

De uma fonte comum servem-se esses dois poderes para instigar suas ausências de efetividade totais ou parciais: a crise política que mina a democracia brasileira praticamente, desde o advento da Constituição da República de 1988. Esta crise passa pela completa perda de identidade dos partidos, pela submissão absoluta do Legislativo ao Executivo, através dos acordos que excedem as práticas ordinárias do jogo político comum, e, principalmente, pela crise de representatividade, consequência natural do afastamento crescente entre a classe política e a sociedade genericamente considerada.

Por conclusão, temos que as causas principais que geram e justificam o fenômeno, mesmo distintas, desaguam inevitavelmente na falibilidade dos outros poderes em atender às demandas sociais hodiernas. E tais impossibilidades decorrem da mesma crise institucional mencionada, criando um círculo vicioso que parece impassível de interrupção. A própria inércia ou insuficiência de atuação dos outros poderes geram ainda mais inércia e insuficiência, e assim tendem *ad infinitum*.

É bem verdade que o modelo é perigoso, tentador a quem o utiliza, posto que está a colocar o Judiciário como protagonista absoluto da cena republicana. Seria de se pensar num absolutismo às avessas, onde órgãos apolíticos assumiriam a face do Leviatã de Hobbes. Também é fato que o fenômeno é altamente passível de críticas, algumas delas coerentes, que apontam tanto para a periculosidade comentada quanto para a desconfiguração do sistema republicano, por exemplo.

Um fenômeno tão peculiar e cujas características quebram tantos paradigmas práticos não poderia nascer sem que críticas ferozes fossem tecidas contra si. É bem verdade que nenhuma delas parece esmorecer ou diminuir a atuação

dos ativistas, mas é fato que algumas merecem atenção e a devida contestação, inclusive para legitimar o próprio movimento.

Pelo próprio conceito do instituto, é natural que a primeira das críticas siga o caminho da violação ao sistema democrático. Argumenta-se que não há legitimidade nas decisões e vinculações oriundas do ativismo judicial posto que os juízes e demais membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo.

Nesse sentido, já que o ativismo efetivamente cria normas, materialmente tais e quais aquelas criadas pelo Poder Legislativo, estaria o Judiciário, com essa usurpação de competência, invertendo a lógica do sistema republicano e do regime democrático, que delegam tal atividade a um dos poderes cujos membros são eleitos diretamente.

Faz sentido, em uma análise menos profunda, o argumento utilizado. Mas o estudo mais acurado do tema traz ao chão tal ideia, intimamente ligada à concepção clássica da tripartição dos poderes. *Ab initio*, temos que a própria ideia tripartite clássica já está há tempos ultrapassada. Para o presente estudo, temos especialmente relevante a ideia de que o Poder Judiciário não é mais a mera “boca da lei”, como outrora já se disse.

O juiz não realiza atividade estática, matemática, precisa, representada pela subsunção de premissas menores a premissas maiores. Há muito já se entende que o processo de formação da norma não está completo enquanto não há a integração do preceito normativo oriundo do Legislativo pela manifestação do Judiciário. A lei, o texto, não deve, absolutamente, ser confundido com a norma. Esta é formada tendo como base a lei e o texto, sim, mas a interpretação é que representa o seu acabamento.

Ora, ultrapassada a noção exegética pura de norma jurídica, o seu conceito migra para aquele de um ato complexo, cuja completude depende do quanto criado pelo Legislativo e interpretado pelo Judiciário. Nesta concepção, o julgador já é elemento criador da norma, e não há qualquer usurpação de competência no fato. Não existindo usurpação de competência, não se fala em violação ao sistema republicano.

Quanto à legitimidade, a própria Carta é quem dá a competência ao Judiciário para exercer a jurisdição. Ainda nessa linha, é a Carta quem dá ao Supremo Tribunal Federal a égide de guardião dos ditames constitucionais. Se há a competência para julgamento dos litígios e para a guarda dos valores constitucionais, está caracterizada a legitimidade do Poder Judiciário para dizer dos comandos constitucionais no exercício de sua competência natural.

É, portanto, cediço, que não há espaço para a alardeada ameaça ao regime democrático, estando a atuação do Judiciário prevista na própria Constituição. Considerando-se, ainda, o papel de corte constitucional atribuído ao STF, cujos membros são indicados pelo chefe do Poder Executivo e referendado pelo Poder Legislativo, poder-se-ia argumentar inclusive a transferência àquele da legitimidade sufragada a estes.

Por arremate, o conceito de democracia há de ser libertado da concepção que a minimiza à vontade da maioria. A democracia tem esta característica marcante,

mas de natureza dúplice: não há democracia se o respeito à vontade da maioria subtrai os direitos das minorias. Não pode a maioria decidir por aniquilar a minoria. Tal deliberação não teria nada de democrática, assemelhando-se assim às ditaduras tradicionais, que não respeitam vontade alguma senão as de seus líderes.

Se assim não fosse, não poderia nunca o Judiciário prolatar decisão que contrariasse a vontade majoritária. O Judiciário não deve ligar-se à política neste sentido, de assentir à *vontade da maioria* ao exercer a jurisdição. Deve, sim, ligar-se à política para garantir a *vontade da Constituição* - seus valores, preceitos e ditames - ainda que tal decisão seja diametralmente oposta à majoritariedade da vontade social.

Deve-se ter em mente que não há perigo no ativismo judicial. Ao revés, é este fenômeno o paliativo único a cuidar da máxima efetividade da Constituição da República enquanto os poderes Executivo e Legislativo não despertam de suas passividades. Este receio impingido pelas críticas anteriormente comentadas reside numa possível evolução do comportamento ativista para um comportamento criativo puro, que estaria, como dito alhures, a configurar um totalitarismo diferente daqueles já conhecidos, e muito mais danoso, posto que exercido pelo Poder a quem é dada a chave do controle e da limitação do poder estatal.

Há também prejuízo justamente no que o Professor Barroso⁴ denomina de *autocontenção judicial*, o oposto radical do ativismo, bem como na prática ilegítima de se criar livremente o direito sob a escusa de atuação concretamente ativista, quando, em verdade, aí sim há usurpação de competência, ofensa à democracia e ao sistema republicano.

Se há espécie normativa emanada do poder que detém a competência constitucional para tanto, deve o julgador prestar-lhe respeito e obediência, pois tais leis são, por delegação, a expressão da vontade do povo, titular absoluto do poder. Não há contradição nesta afirmação. Deve-se ter em mente que a postura ativista só encontra espaço e legitimidade na inércia ou na insuficiência dos atos normativos ordinariamente criados para efetivar ao máximo os valores constitucionais, e nunca para desconstituir o conjunto normativo legitimamente criado e aplicado pelos outros poderes republicanos.

É exatamente este o ponto central na discussão do ativismo judicial em seara eleitoral. As cortes desse ramo furtam-se ao exercício dos modernos princípios de hermenêutica constitucional, e, por consequência, ao cumprimento da máxima efetividade aos valores constitucionais. Noutra giro, quando tais pretórios optam por se aproximar do fenômeno, o fazem de maneira arbitrária, criando o direito livremente, sob argumentos interpretativos sem qualquer finalidade de concretização constitucional, desconfigurando a própria ideia do instituto.

O problema do ativismo judicial em se tratando de Direito Eleitoral não diz respeito àquelas críticas geralmente estabelecidas contra o fenômeno em si, mas sim em razão das peculiaridades da matéria sob comento.

Cumpra registrar, de pronto, o fértil campo para a disseminação do ativismo nesse ramo. O Direito Eleitoral é uma área cientificamente abandonada, sendo

4 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

pouquíssimos os autores que se preocupam em enriquecer sua teoria e em criar doutrinas sólidas. Tomando ainda em consideração a parca e extremamente mal concebida legislação atinente, temos que os estudos jurídicos eleitorais acabam se baseando quase que exclusivamente na repetição mimética da jurisprudência que se cria ao sabor da composição do Tribunal Superior Eleitoral.

Quando a doutrina praticamente não existe e as leis são mal formuladas, ainda mais espaço tem o Judiciário para adequar o ordenamento às ambições constitucionais, mormente pelo fato de que as eleições livres de fraudes e abusos representam um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito.

Drasticamente, não é o que ocorre. O fenômeno observado é justamente o inverso. Ora os julgadores furtam-se a concretizar os valores constitucionais, mantendo-se inertes e pacíficos na zona de conforto de verdadeiras bocas da lei; ora assumem um surto de criação normativa livre, usurpando competência infraconstitucional do Legislativo, criando normas de decisão que não se coadunam ao sentir da Carta Magna, muitas vezes desdizendo leis ordinárias e até princípios constitucionais.

Poderíamos apontar talvez como única manifestação ativista legítima, genuína, aquela em que o TSE decidiu pela fidelidade partidária⁵ ao determinar que nas eleições proporcionais os mandatos pertencem aos partidos e não aos candidatos. Tem-se ordinariamente que o *decisum* é oriundo do STF, e realmente o é em última instância, mas este entendimento originou-se no Pretório Máximo Eleitoral, partindo para análise do STF em grau de Recurso Extraordinário.

Excluída esta manifestação recente, que merece grande louvor por representar o primeiro passo no longo caminho da reforma e da moralização da classe política brasileira, não se vê nenhuma outra contribuição digna de menção honrosa. O mesmo não acontece para o oposto – podem ser citadas inúmeras ocasiões de inércia absoluta dos julgadores e um tanto de outras caracterizadas pela arbitrária criação livre do direito.

Teríamos, representando a postura passiva do TSE, e, por conseguinte do próprio STF, quanto à concretização dos valores constitucionais, apenas a título exemplificativo: a não inclusão do abuso de poder político como causa de pedir da ação de impugnação de mandato eletivo;⁶ a exigência geral de provas “robustas e incontestes” para as condenações em ações eleitorais, ignorando a inexistência de hierarquia entre os meios de prova; as mudanças de entendimento quanto aos efeitos da cassação do diploma de candidato eleito em sistema majoritário, em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, beira o casuísmo; a inércia quanto à firme e definitiva quantificação do número de vereadores para cada município, dando azo à descabida Proposta de Emenda Constitucional 20/2008.

Complementando o contexto, são pontos exemplificativos onde o TSE atua criando livremente o direito, sem qualquer arrazoado de concretização constitucional, sejam tais criações dadas no vazio legislativo, contra a lei e até contra

5 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Resolução n. 22.526. Consulta n. 1.398, Classe 5ª, Distrito Federal (Brasília). Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Consulente Partido da Frente Liberal, nacional, por seu presidente. Julgamento em 27 de março de 2007. Publicação no Diário da Justiça em 08 de maio de 2007.

6 Artigo 14, parágrafo 10 (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988).

princípios constitucionais, direitos e garantias fundamentais: concessão de efeitos suspensivos a recursos eleitorais, criação de prazo decadencial para propositura de ações eleitorais⁷; o não-reconhecimento, por si só, da sanção de cassação de diploma prevista no § 5º do artigo 73 da Lei 9.504/97.

É exatamente esta a impressão que se tem das lides eleitorais: a retórica tudo pode. Não se respeitam os princípios constitucionais explícitos ou a letra cristalina da lei, que se irá dizer de concretizar os valores constitucionais onde os mesmos não se fazem claros o bastante para sua aplicação.

4 ATIVISMO JUDICIAL, HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A CAUSA DE PEDIR NA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO (AIME)

4.1 O PROBLEMA DA AUTOCONTENÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TSE REFERENTE À AIME

A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), criada pela própria Constituição, o que de pronto lhe confere status especialíssimo como procedimento de conservação da lisura das eleições, prevê textualmente como causas de pedir o abuso de poder econômico, a corrupção ou a fraude.⁸

Em postura claramente autocontida, a jurisprudência pacífica do TSE é no sentido da ideia clássica de que dispositivos restritivos de direito devem ser interpretados de maneira literal. Insinua, portanto, a interpretação literal como única disponível nesses casos. Defende-se, assim, que, como não há a expressão “abuso de poder político” no texto constitucional, não é possível atribuir à ação esta causa de pedir, em flagrante postura de renúncia aos valores da Constituição.

É básica a noção que dois dos valores máximos da Carta de 1988 são a moralidade administrativa e a lisura dos prélios eletivos. Podemos ver diversas manifestações ostensivas do Poder Constituinte no sentido desses dois valores no próprio texto constitucional: artigo 14, § 9º (imediatamente anterior ao ora analisado!); artigo 15, inciso V; artigo 37, caput e § 1º; artigo 55, § 1º; artigo 103-B, § 4º, inciso IV.

Ora, todos os dispositivos citados acima tratam da preocupação precípua do constituinte quanto à moralidade da administração, à lisura das eleições e à influência do abuso de poder político e de autoridade nas disputas eletivas. Não é possível dissociar apenas o § 10º do artigo 14 de todo o resto da Constituição. A unidade da Carta é inatacável, sua máxima efetividade idem.

A postura do julgador comprometido em potencializar os direitos constitucionalmente previstos, *in casu*, aquele de eleições lisas, pilar do Estado Democrático de Direito, deve ser a de interpretar o dispositivo constitucional conforme a própria Constituição, concretizando-a, valorizando-a, exaurindo sua força por vezes intrínseca, mas não por isso diminuída.

7 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Ordinário n. 748, Classe 27ª, Belém (Pará). Relator Ministro Luiz Carlos Madeira. Julgamento em 24 de maio de 2005. Publicação no Diário da Justiça em 26 de agosto de 2005.

8 Art. 14 (...) § 10 – O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

4.2 O SIGNO CORRUPÇÃO E A AIME: PRINCÍPIO DO COLOQUIALISMO E MÁXIMA ABRANGÊNCIA DE SIGNIFICADO

O TSE e a grande maioria dos regionais eleitorais, utilizando de interpretação declarativa, associam a menção à corrupção no § 10 do artigo 14 ao instituto da corrupção eleitoral, modernamente denominado de *captação ilícita de sufrágio*.

Entendem os pretórios que a norma citada é restritiva de direitos, e, de tal maneira, deve ser interpretada de forma estrita.

As premissas estão corretas, mas a prática a que estas premissas levam é equivocada. Não se trata, aqui, de interpretação extensiva. Cuida-se de emprestar ao vocábulo *corrupção* todos os seus significados, pois esta foi a intenção do legislador.

Vejam-se, apenas a título ilustrativo, os significados dos vocábulos “corrupção” e “corromper”:

corrupção. sf (lat corruptio) 1 Ação ou efeito de corromper; decomposição, putrefação. 2 Depravação, desmoralização, devassidão. 3 Sedução. 4 Suborno. Var: corrução.⁹

corromper. (lat corrumpere) vtd e vpr 1 Decompor(-se), estragar(-se), tornar(-se) podre: A morte corrompeu aquele formoso corpo. No verão, a carne corrompe-se em poucas horas. vtd e vpr 2 Alterar(-se), desnaturar(-se), mudar(-se) para mal: A partitura corrompeu o sentido da letra. ‘A grande antiguidade foi corrompendo o nome de Mártires em Martens’ (Camilo Castelo Branco). Essa língua se corrompeu, passando à América. Corrompeu-se-lhe o estilo na servil imitação dos clássicos franceses. vtd e vpr 3 Depravar(-se), perverter(-se), viciar(-se): Ao contrário do amor, a ciência corrompe o coração. Essa forma de governo corrompe-se e arruína-se dia a dia. vtd 4 Induzir ao mal: seduzir: ‘Este corrompe virginais purezas’ (Luís de Camões). vtd 5 Peitar, subornar: O espião corrompeu-os com dinheiro.¹⁰

O Princípio da Coloquialidade está impregnado nesta discussão. Com efeito, se temos de emprestar aos termos usados na Constituição da República sentidos coloquiais, ausentes de tecnicismos jurídicos, resta demasiadamente óbvia a intenção do legislador constituinte.

Em contraponto, defende-se que o próprio legislador quis a restrição às causas de pedir da ação de impugnação de mandato eletivo ao utilizar o termo *corrupção*. Neste pensar, entende-se que a intenção era justamente apontar exclusivamente a corrupção eleitoral ou captação ilícita de sufrágio.

Quando da busca pela unidade constitucional nesse assunto, a intenção legislativa que transparece, no entanto, é justamente a contrária: o legislador constituinte, tratando de criar ação de sede constitucional para impedir abusos nas eleições, optou pela utilização do signo *corrupção* em sua acepção mais ampla possível.

Aqui, há evidente coloquialismo na escolha do termo *corrupção*. Quis o legislador abranger o maior número de condutas de abuso de poder político possível, porque toda

⁹ DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

¹⁰ Idem.

corrupção praticada dentro da administração pública por candidato para lograr êxito em pleito eleitoral é um abuso de poder político, mas a recíproca não é verdadeira.

Não é de se imaginar que o legislador, ao criar o único remédio processual a auxiliar a lisura das eleições, o fez limitando sua própria intenção. A teleologia do instituto é justamente alargar, ampliar as possibilidades de utilização do remédio constitucional contra a possibilidade de influências indesejáveis no processo de escolha dos representantes populares; nunca estreitá-lo, diminuí-lo, minimizá-lo.

Por conclusão, nesta seara lingüística, tem-se que a escolha do signo *corrupção* tem razão de ser: abranger todas as condutas desvirtuadas de agentes públicos tendentes a beneficiar determinado candidato na disputa eleitoral.

4.3 A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO NO TOCANTE À VEDAÇÃO DO ABUSO DE PODER POLÍTICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. DISPOSITIVOS CONVERGENTES

O Princípio da Unidade é emblemático nesse ponto. Sendo una a Carta Magna, em sentido, intenções e programas, não é razoável a idéia de que o abuso de poder político não pode ser objeto de ação de impugnação de mandato eletivo.

Há que se considerar que dentro de uma carta política fortemente carregada de princípios voltados à moralidade administrativa e à coibição ao abuso de poder por parte dos entes políticos, em todas as searas, não é razoável imaginar como intenção do legislador constituinte a exclusão do abuso de poder político como causa determinante à perda do mandato eletivo.

Com efeito, podem ser citados inúmeros dispositivos da própria Constituição da República que rezam pela coibição ao abuso de poder político e homenageiam o princípio da moralidade administrativa.

Veja-se:

Art. 14. [...]

[...]

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

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

[...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

[...]

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

Todos os excertos acima são comandos contidos na CF/88. São exemplos suficientes a demonstrar a unidade constitucional quanto a repelir os abusos de poder, desvios de finalidade e tudo o mais que corrompa ou deturpe as atividades da administração pública.

É oportuno salientar o texto do parágrafo 9º do artigo 14 da CF, norma imediatamente anterior ao parágrafo 10, que cria a ação de impugnação de mandato eletivo.

Não é plausível, dentro de um mesmo artigo, que um de seus parágrafos determine “*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*” e que o seu parágrafo seguinte realmente tenha buscado excluir o abuso de poder político como causa de pedir da única ação eleitoral constitucionalmente prevista.

É de clareza solar a igualdade de significação entre “abuso de poder político” e “abuso do exercício de função”. Torna-se frágil defender a interpretação estrita ante a perfeita conjugação dos parágrafos 9º e 10 do artigo 14.

O Princípio da Unidade aponta na necessidade imperativa de uma interpretação da Constituição *à luz da própria Constituição*. É entender a vocação da CF/88 para coibir o mau uso da coisa pública e proteger a moralidade política e administrativa, perseguindo atos de improbidade administrativa – atos estes que,

em sua essência, nada mais são do que atos de abuso de poder político que lesam diretamente a administração pública.

Ora, um texto constitucional que determina que a Administração Pública será regida pelos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência guarda em si, de maneira arraigada, os valores da moralidade e do respeito ao interesse público em altíssimo grau.

O artigo 37 da Carta é aqui citado por sua dicção clara e direta, mas todo o texto da CF/88 guarda dispositivos impregnados de espírito de combate à corrupção e aos meios de fraude que possam interferir no normal andamento da Administração Pública e de todo o resto da atividade estatal.

O abuso de poder político lesivo à Administração Pública efetivamente merece tamanha reprimenda nas esferas administrativa, cível e penal. Nessa linha de pensamento, a unidade constitucional não deixa espaço para se interpretar a norma criadora da ação de impugnação de mandato eletivo de maneira estrita em prejuízo de um bem maior e de suprema importância, como a correção das disputas eleitorais.

Portanto, se não é possível interpretar a Constituição da República senão tomando-a como um todo indivisível, e, ainda, se a CF/88 tem como um de seus fins a moralização de tudo o que toca ao interesse público, não é razoável, absolutamente, desconsiderar o abuso de poder político como causa de pedir da ação de impugnação de mandato eletivo, incluso no vocábulo “corrupção”.

4.4 AIME COMO ÚNICA AÇÃO ELEITORAL PREVISTA CONSTITUCIONALMENTE. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Já percorremos as ideias de superioridade formal e material da Constituição como única norma emanada de poder de fato. Sendo a Carta Maior a norma fundamental e organizadora do Estado mesmo, é natural que traga em seu bojo a previsão de algumas ações constitucionais que visam proteger os direitos máximos dos cidadãos e as garantias fundamentais à limitação do poder estatal.

Assim, são o Mandado de Segurança e o *Habeas Corpus*, por exemplo, remédios processuais constitucionalmente previstos que tutelam interesses fundamentais dos cidadãos, interesses estes que estão sempre vulneráveis à truculência dos poderes constituídos.

Prevendo a possibilidade dos homens de cometerem abusos quando dotados de poder para tanto, o legislador constituinte andou no sentido de coibir, sempre, e em todas as searas, as possibilidades de abuso de poder por parte dos agentes responsáveis pela administração pública.

É clara a incidência do princípio comentado à medida que é a própria ideia de supremacia constitucional o caminho que conduz à interpretação que se quer ao dispositivo criador da ação de impugnação de mandato eletivo. Não deve a tutela da lisura das eleições ser destinada apenas à legislação ordinária se há remédio constitucional potente o suficiente para coibir toda sorte de abusos, ante a larga abrangência do instituto.

4.5 SUPREMACIA, IN CASU, DO DIREITO A ELEIÇÕES LISAS. PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO E PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

A discussão travada, em última análise, inegavelmente, confronta o princípio da moralidade administrativa com o princípio da interpretação estrita.

Assim é dito porque quem enseja a interpretação do dispositivo criador da ação de impugnação de mandato eletivo em sua plenitude é justamente o Princípio da Moralidade Administrativa, abrangente, englobando, inclusive, o direito às eleições livres, legítimas e indene de fraudes ou qualquer influência do poder, seja ele econômico ou político.

Com efeito, o grande óbice apontado pela jurisprudência dominante, neste caso, encontra-se no princípio que impõe interpretação estrita a comandos restritivos de direitos.

Não obstante não se tratar de interpretação extensiva, posto que não se utiliza nenhum de seus recursos e métodos, é esta a imposição jurisprudencial e doutrinária na espécie.

Ocorre que, conforme visto, nenhum princípio é absoluto. Nenhum princípio é onipotente. Em situações concretas de choque, deve-se analisar qual princípio deverá avançar e qual deverá recuar para a correta aplicação e coexistência das normas. E tal não se dá apenas no momento da norma de decisão, mas, também, na interpretação dos institutos à luz de situações concretas.

Os princípios da Harmonização e da Máxima Efetividade talvez sejam aqueles que melhor caminham no sentido de dar à ação de impugnação de mandato eletivo a sua força já intrínseca, porém subestimada.

No confronto entra a moralidade administrativa e a lisura das eleições, de um lado, e o conceito de interpretação estrita, do outro, é claro que os primeiros devem expandir sua atuação e o último deve ceder-lhes espaço. Não se quer aniquilar o instituto da interpretação estrita, mas afastar sua aplicação em seara que trata dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Em *ultima ratio*, a interpretação estrita existe para beneficiar, no caso concreto, uma pessoa. Um indivíduo ou entidade. É previsto como garantia contra o abuso dos poderes constituídos na aplicação da lei, mas neste caso concreto, beneficia a figura do candidato. Pontualmente, esse tipo de interpretação é benesse ao universo de candidatos a prélios eletivos.

A jurisprudência age de maneira danosamente cautelosa quando o desfecho da ação pode ser a exclusão da candidatura ou a cassação de diploma de candidato, procurando expor a afirmação de que o intuito é garantir, ao menos mediamente, a própria eleição ou sua legitimidade. Buscam fugir do que está cristalino: as limitações impostas às ações eleitorais acabam por garantir apenas os direitos dos candidatos, em detrimento do desenvolvimento democrático.

Tal posicionamento é vazio! Os instrumentos que podem garantir a lisura das eleições são justamente aqueles aptos a excluir o candidato infrator da disputa, ou cassar-lhe o mandato, caso eleito e diplomado. O candidato que não se conduz sob os ditames constitucionais e legais de lisura e moralidade durante sua campanha

não terá legitimidade em sua vitória, mesmo que receba maioria absoluta de votos. Votos viciados não são votos. São expressões fidedignas da intenção espúria do candidato infrator, de acesso ao poder, de justificar os fins com os meios.

Com efeito, em democracia, legitimidade guarda relação com a quantidade de votos recebidos nas urnas. Mas votos viciados não têm o condão de conferir legitimidade a um candidato eleito. Pelo contrário, demonstram justamente que não há qualquer resquício de legitimidade na manifestação daquele universo de eleitores.

A ideia de que se deve conservar a vontade das urnas a todo custo, mesmo estando tal vontade viciada, não merece mais prosperar. Deve ser substituída por uma visão de legitimidade em seu sentido mais íntimo, mais essencial, excluindo-se todos os candidatos que, ao ferir o ordenamento jurídico eleitoral, demonstrem aí a total falta de compromisso com a *res publica*.

Pois bem. Por conclusão, frente ao quanto explicitado, sopesando o universo de candidatos e a importância da existência de eleições lisas para o desenvolvimento democrático do Estado brasileiro, deve sempre restar salientada a última.

O processo eleitoral democrático é base do tipo de estado que a Constituição da República criou. E tal processo deve superar todas as possibilidades de fraudes e abusos para atingir seu mister, qual seja o de legitimar a representação popular para o exercício do poder.

Noutros termos, a vigência do Princípio da Harmonização é inegável neste particular: por sua força, a moralidade administrativa e a necessidade de eleições lisas ocuparão o terreno cedido pela necessidade de interpretação estrita de comandos restritivos de direito.

Não se olvide, ainda, da influência do Princípio da Máxima Efetividade em termos de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Conforme tal regramento, a interpretação dada a um comando constitucional deve ser aquela que dê máxima efetividade ao direito tutelado.

É exatamente esta a proposta. Maximizar a efetividade da ação de impugnação de mandato eletivo. Dar à ação o raio de abrangência que quis o Constituinte. Entender que a previsão constitucional de um instrumento processual utilizável para coibir abusos que afetem processos eleitorais tem significado maior e mais amplo. A Constituição da República não quis relegar a guarda dos prélios eletivos apenas às legislações infraconstitucionais.

Ao contrário, quis garantir, criando em seu próprio corpo uma ferramenta apta a coibir todo o universo de influências maléficas às disputas eleitorais. Não houve segurança do legislador constituinte em deixar para leis posteriores a criação das ferramentas necessárias.

É incomum no texto da CF/88 a criação de remédios processuais. Não é por outra razão. A Carta se preocupou com pontos fundamentais à proteção de direitos e interesses que mereceram sua tutela diretamente, sem a necessidade da intermediação da legislação ordinária.

Por conseguinte, se a Constituição da República criou uma ação cujo fito é a moralização das eleições – repita-se, ato incomum no texto da CF/88 – a essa ação deve ser dada interpretação de efetividade máxima, pois foi assim que quis o poder de fato.

A retirada do poder de tutela da ação de impugnação de mandato eletivo fere, a um só tempo, a efetividade máxima e a harmonização previstas nos modernos princípios hermenêuticos delineados.

4.6 LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO

Tocante à criação livre do direito, fenômeno arbitrário largamente utilizado pelos pretórios eleitorais, destacamos como ímpar a decisão do TSE que criou prazo decadencial para a propositura das representações características do Direito Eleitoral.

Saliente-se que não há qualquer previsão de prazo, seja na lei, seja na constituição. E nem poderia, pois tendo a lisura das eleições como alto valor constitucional, a limitação do exercício das ações que a garantem seria enorme contrassenso e sua mera previsão legal poderia ensejar a arguição de sua inconstitucionalidade, frente à interpretação realizada no uso dos princípios modernos de hermenêutica constitucional.

Nada obstante tais considerações, no bojo do Recurso Ordinário 748, originário de Belém/PA, foi levantada questão de ordem sobre a propositura de ações eleitorais após a proclamação do resultado dos pleitos. Os ministros, àquele momento, consideraram absurda tal hipótese, concluindo que os candidatos que agiam de tal forma nada mais estavam a fazer do que tentar reverter o resultado das urnas no Judiciário. Em tal tese, tentavam ir contra a vontade do povo através de decisão judicial.

E fez mais: aplicou o prazo processual criado ao próprio processo onde se deu a questão de ordem (!), configurando gravíssima lesão ao direito adquirido, à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito.

Independente de se adentrar à idéia de legitimidade da vontade do povo quando esta se mostrar viciada, o que já levaria a extenso e rico debate, centralize-se a questão sob o seguinte enfoque: como pode tal previsão ser legal ou conformar-se com a Constituição?

Se a própria Carta tem a lisura dos pleitos eleitorais como altíssimo valor, se são previstas diversas ações com o fito de equilibrar e moralizar as disputas, se há ação constitucional (ação de impugnação de mandato eletivo, já mencionada) cujo prazo de propositura é de 15 dias após a diplomação dos eleitos, se não há qualquer limitação temporal na Constituição ou na lei, não é razoável, sequer possível, que um Tribunal Superior crie tal limitação.

Ora, o que a criação de um prazo, diga-se, o que a criação de norma de direito processual, nesse caso, tem de concretizador da Constituição? Decerto, apenas a relação de confronto, de antítese, de subversão. Posto que a competência para legislar sobre direito processual é exclusiva da União, através do Poder Legislativo, que o fez nos casos das Leis 4.737/65 e 9.504/97 e da Lei Complementar 64/90, não existe lacuna ou insuficiência legislativa a justificar a decisão pretensamente ativista.

Não há ativismo nesse ponto. Conforme salientado anteriormente, ativismo judicial guarda relação obrigatória com concretização constitucional. Fora disso há arbitrariedade, há hipertrofia do Judiciário e aí sim há usurpação de competência e

juízo *extra petita*. Não há ativismo em decisão que contraria, ostensivamente, os princípios da ampla defesa, do contraditório, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, do direito adquirido, da irretroatividade da lei, da legalidade, da segurança jurídica e do devido processo legal.

A arbitrariedade é patente. São tais bases totalitárias e praticamente ditatoriais que ensejam receio aos críticos do ativismo judicial. São essas decisões que inspiram as críticas ao fenômeno, que justificam o temor da caminhada rumo à existência de apenas um poder determinante na condução de toda a sociedade, se for cruzada a linha que separa o ativismo da livre criação do direito.

E a ditadura do Judiciário estaria instalada, talvez mais potente do que qualquer outro regime semelhante conduzido por entes da esfera política, posto que o poder absoluto e totalitário concentrar-se-ia nas mesmas mãos que deveriam limitar tal poder. Talvez aqui o signo absolutismo encontre sua significância mais fiel.

5 CONCLUSÕES

No sentir dos argumentos expendidos, não há mais sustentação à exclusão do abuso de poder político como causa de pedir da ação de impugnação de mandato eletivo.

Nenhuma das argumentações que defendem tal limitação pode resistir à discussão mais profunda. O texto constitucional pede espaço para a ação de impugnação de mandato eletivo. O atual momento do Direito Eleitoral requer o mesmo espaço. A democracia brasileira precisa se desenvolver expurgando os candidatos mal-intencionados e as práticas políticas danosas.

Infelizmente, para se chegar ao ponto de homenagens sem fronteiras ao princípio da supremacia da vontade popular, antes se deve buscar a garantia de que essa vontade não se expressará de modo viciado. O próprio eleitor desconhece a própria manipulação que sofre. Desconhece expressar vontade que está irremediavelmente manchada. E, portanto, age com repulsa às ocasiões onde o candidato eleito é destituído do poder por agir contra a lei.

Mas ao jurista não é possível ignorar a perpetração dos abusos. O jurista conhece o caminho trilhado pelos candidatos espúrios, sabe os métodos que são levados à frente em campanhas eleitorais. E a este jurista cabe coibir os abusos.

À doutrina e à jurisprudência cabe a tarefa de moralizar e resguardar as eleições. Os julgadores que passam pelas instâncias eleitorais devem buscar interpretações que promovam o desenvolvimento democrático. A vontade do povo deve ser respeitada, contanto que não viciada. E os meios para evitar ou punir o causador desses vícios devem ser potencializados, interpretados à luz da vontade constitucional, que coloca a moralidade administrativa e a lisura eleitoral em pedestal altíssimo.

A vontade expressada por vício deve ser revogada, mesmo que contra sua própria vontade. Há que se demonstrar ao povo os malefícios que são trazidos às suas comunidades por essas práticas condenáveis. E esta demonstração se dá pela

punição, pela demonstração da Justiça de que aquelas condutas estão erradas, indo de encontro aos princípios mais lúdicos da ordem constitucional.

Representantes populares eleitos em procedimentos viciados não possuem legitimidade para exercer o poder delegado pelo povo. É exatamente em nome desta legitimidade que a Constituição da República demonstrou tanta preocupação em manter as eleições afastadas dos abusos de poder genericamente considerados.

Não se trata, como já afirmado alhures, de fomentar a judicialização das eleições, mas sim de aplicar a lei da forma que ela foi criada, e com a finalidade para que ela foi criada.

Das discussões acima expendidas, não se pode chegar a outro arremate. O ativismo judicial surge no Brasil, assim como surgiu em outras nações, como verdadeiro remédio à inércia e à insuficiência dos poderes Executivo e Legislativo.

Mesmo sob tórrida corrente de críticas à sua própria existência, o ativismo continua ganhando terreno nessa discussão, enriquecido e fortalecido pelas manifestações de aprovação inclusive pelo corpo social civil, aquele mesmo que, em tese, seria o principal prejudicado com o engrandecimento do Judiciário.

Engrandecer não significa exatamente hipertrofiar. Como se disse, não há que se fazer do Judiciário moderno, ativista, um novo Leviatã. Até o presente momento, não se corre este risco. É claro que as oportunidades que se abrem aos julgadores neste momento são múltiplas, e que as reações humanas ao acúmulo de poder tendem ao embevecimento e ao abuso, e, portanto, merece esse fenômeno um acompanhamento atento por parte de quem o exerce e também por parte da sociedade.

Por conseguinte, não se deve olvidar que à derrocada e extinção do ativismo basta a realização das tão esperadas, debatidas e adiadas reformas políticas, únicos processos pelos quais a própria classe política, componente dos poderes eleitos e legitimados pelo poder de fato, poderá ressurgir do caos institucional em que se afundou e concretizar os valores constitucionais tão caros ao ordenamento, e que hoje encontram abrigo seguro apenas nas decisões judiciais de teor constitucional.

Tudo o aqui debatido deve se aplicar ao Direito Eleitoral. Os julgadores deste ramo, acima até do que aqueles de qualquer outro – exceto o excelso, STF –, devem compreender o caráter necessário do ativismo judicial para a consecução dos altos valores constitucionais, notadamente aqueles relacionados à efetivação dos direitos fundamentais e à manutenção do Estado Democrático de Direito.

No ramo onde se trata justamente de um dos pilares do regime democrático adotado pela Constituição de 1988 – a eleição dos representantes do povo, para em seu nome atuarem e disporem do poder – a preocupação com a constitucionalização da lide e com a judicialização da política deve ser ininterrupta, jamais sendo admissível a postura passiva ante as omissões e parcas ações do Poder Público.

Se é verdade que em quase todo o ordenamento o Legislativo deixa a desejar na criação normativa e o Executivo na criação e administração dos programas políticos, não poderia ser diferente em seara eleitoral, cujo objeto de estudo trata justamente da forma de acesso dessa classe política ao poder delegado.

É exercício imaginativo de difícil consecução a ideia de que os legisladores, já ausentes e omissos, sairão de seu torpor justamente para limitar as formas de seu próprio acesso ao mesmo poder que os entorpeceu.

Nesse diapasão, deve-se confiar ao Judiciário a missão de regular o processo eleitoral *lato sensu*, com o fito de moralizar definitivamente os certames. Talvez tal moralização seja o segundo passo – o primeiro foi dado com a fidelidade partidária – da classe política à reaproximação da sociedade, voltando a entender seus anseios e a representar fielmente o papel que lhe foi outorgado pelo Poder Constituinte.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Ordinário n. 748, Classe 27ª, Belém (Pará). Relator Ministro Luiz Carlos Madeira. Julgamento em 24 de maio de 2005. Publicação no Diário da Justiça em 26 de agosto de 2005.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Resolução n. 22.526. Consulta n. 1.398, Classe 5ª, Distrito Federal (Brasília). Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Consulente Partido da Frente Liberal, nacional, por seu presidente. Julgamento em 27 de março de 2007. Publicação no Diário da Justiça em 08 de maio de 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>. Acesso em: 01. Abr. 2018.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- _____. Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís A. Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 55.

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL NA VANGUARDA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À PARTICIPAÇÃO DAS PESSOAS “TRANS” NO PROCESSO ELEITORAL*

THE SUPERIOR COURT ELECTORAL IN THE VANGUARD OF THE CONCRETIZATION OF THE PARTICIPATION OF TRANSPERSONS IN THE ELECTORAL PROCESS

Raquel Cavalcanti Ramos Machado**

Jéssica Teles de Almeida***

RESUMO

Investiga-se através de uma pesquisa documental e bibliográfica, como e em que medida a atuação do Tribunal Superior Eleitoral fortaleceu a proteção do direito das pessoas “trans” no processo eleitoral de 2018. Para tanto, analisa-se a resposta da referida Corte à Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, assim como a Resolução nº 23.562/2018 e a Portaria Conjunta nº 01/2018, instrumentos normativos por meio dos quais o Tribunal Superior Eleitoral regulamentou o trâmite administrativo e burocrático da inserção e uso do nome social no processo eleitoral. Explora-se, ainda, a literatura jurídica, política e democrática que traz argumentos favoráveis à adoção de instrumentos jurídicos para inclusão de grupos minoritários na política, tendo vista os direitos de participação serem fundamentais e humanos.

Palavras-chaves: Participação política. Direitos Fundamentais. Pessoas “Trans”. Processo Eleitoral.

ABSTRACT

It is investigated through a documentary and bibliographical research, how and to what extent the performance of the Electoral Superior Court in Brazil strengthened the protection of the right of trans persons (transgender) in the electoral

* O presente trabalho é fruto dos desdobramentos da pesquisa iniciada quando do protocolo da Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000 perante o Tribunal Superior Eleitoral, já tendo sido parte de seus resultados publicados no site do grupo GenJurídico (In: ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *A participação das pessoas trans na política: identidade de gênero, cotas de candidatura e processo eleitoral*. 08 de março de 2018. Disponível em < <http://genjuridico.com.br/2018/03/08/participacao-das-pessoas-trans-na-politica-identidade-de-genero-cotas-de-candidatura-e-processo-eleitoral/>>. Acesso 08 de junho de 2018.)

** 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 Wirtschaft Universität Vienna (2015 e 2016). Professora pesquisadora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Paris Descartes (2017). Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Extensão em Direito Eleitoral “Ágora: Educação para a cidadania: denúncia e esperança.” (UFC)

*** Professora. Advogada e consultora jurídica. Mestre 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).

process of 2018. To do so, the Court's response to the Consultation No. 0604054-58.2017.6.00.0000, as well as Resolution 23.562/2018 and Joint Ordinance No. 01/2018, normative instruments by means of which the Electoral Superior Court regulated the administrative and bureaucratic process of the insertion and use of the social name in the electoral process. It also explores legal, political and democratic literature that favors the adoption of legal instruments for the inclusion of minority groups in politics so that the rights of participation are fundamental and human.

Keywords: Political participation. Fundamental rights. Trans people. Electoral process.”

1 INTRODUÇÃO

Como anota Dahl¹, durante vinte e cinco séculos, em todas as democracias e repúblicas existentes, o direito de participar plenamente da vida política era restrito a uma minoria de adultos, que eram os homens, e nem todos². Pondera que somente no século XX é que tanto a teoria como a prática passaram a adotar o discurso da inclusão e que, assim, os direitos de participação (políticos e civis) deveriam ser estendidos a todos e todas.

A participação dos grupos minoritários no processo político-eleitoral ainda é um dos desafios a serem enfrentados pelas democracias contemporâneas.

“Se não tem voz, quem falará por você?”³, “Quem defenderá seus interesses se você não pode? [...] se você faz parte de um grupo excluído da participação, como serão protegidos os interesses fundamentais desse grupo?”⁴. Com essa provocação, Dahl instiga-nos a pensar na importância da inclusão dos grupos minoritários na democracia.

Ao tratar dos critérios para existência de uma democracia, o autor coloca a participação efetiva, a igualdade do voto, o entendimento esclarecido, o controle do programa e planejamento e inclusão dos adultos como elementos indispensáveis na sua fórmula democrática ideal⁵.

Pensar a ampliação e a promoção da participação política da pessoa “trans” e sua inclusão encontra fundamento nas teorias democráticas, principalmente no modelo proposto por Dahl, o qual, como se viu, constrói uma teoria democrática que tem como núcleo central a plena e ampla participação de todos, a igualdade política e a inclusão dos adultos, tendo em vista que apenas assim se evita que

1 DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001, p. 113.

2 Até o liberalismo, a própria ideia de participar da vida política era algo distante e inconcebível a todos, o que torna dificultoso até mesmo avaliar os fatos anteriores à Idade Moderna à luz de categorias abstratas próprias da doutrina liberal.

3 *Op. cit.* DAHL, Robert., p. 91.

4 *Ibid.*

5 Segundo Dahl (*Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001, p. 49-50) os critérios de um processo democrático são: (1) participação efetiva, segundo o qual todos os membros da sociedade devem ter oportunidades iguais e efetivas e opinião sobre qual a melhor política a ser adotada; (2) igualdade de voto, ou seja, todos os membros devem ter participação na tomada dessa decisão política mediante oportunidade de votos que devem ser contados como iguais; (3) entendimento esclarecido, já que cada membro deve ter iguais e efetivas oportunidades “de aprender sobre políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências”, (4) controle do programa e planejamento, pois como o processo de tomada de decisões numa comunidade é uma constante, jamais se encerrando, os membros da sociedade devem ser chamados sempre a decidirem de que modo e quais questões serão parte do planejamento da comunidade e (5) a inclusão dos adultos, que significa a inclusão da maioria dos adultos residentes deveriam ter acesso aos direitos políticos e de participação.

grupos deixem de ter voz e representação, em detrimento de uma minoria estrategicamente situada.

Analisando o conceito de minorias dentro do jogo democrático, uma das autoras deste trabalho já teve a oportunidade de defini-los como “grupos sub-representados politicamente, de forma que seus interesses e necessidades não são debatidos com a sociedade no âmbito político por excelência, que é o Parlamento”⁶.

As pessoas “trans”⁷, nessa perspectiva, inserem-se no conceito de grupos minoritários e sua participação, com a nova identidade de gênero, no processo eleitoral, até março de 2018 estava indefinida. A inexistência de normas claras quanto à possibilidade de o eleitor preencher seu cadastro eleitoral com o gênero com o qual se identifica, seja ele com base no sexo com o qual nasceu ou no sexo com o qual passou a se identificar no decorrer do seu desenvolvimento, gerava tanto constrangimentos ao eleitor e ao candidato “trans” durante o processo eleitoral, como também problemas legais e burocráticos relacionados ao preenchimento das formalidades inerentes ao pedido de registro, principalmente para os cargos proporcionais.

O problema posto é relevante, pois se estima que nas eleições brasileiras de 2016 houve um aumento exponencial de candidaturas de pessoas “trans” para o cargo, principalmente, de vereador(a)⁸. Além do mais, a candidatura de Thammy Christina Brito de Miranda e Silva ao cargo de vereador do município de São Paulo, em 2016, relevou-nos que a opção pelo sexo biológico ou pelo sexo cujo candidato se identifica podem ter efeitos diretos no pleito, principalmente no que tange ao preenchimento das cotas de candidatura, refletindo no processo do Demonstrativo de Regularidade de Atos Patidários - DRAP⁹⁻¹⁰.

6 ALMEIDA, Jéssica Teles de; SILVEIRA, Brunna Grasiella Matia; FREITAS, Raquel Coelho de. *O papel do Amicus Curiae na democratização da defesa dos direitos das minorias no STF*. In: CAMPOS, Juliane Cristine Diniz Campos (Coord.; MATOS, Rômulo Richard Sales; MELO, Silvana Paula Martins de (Org.) [et al] Democracia e Jurisdição Constitucional: estudos de interpretação da Constituição. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

7 “A diferença entre sexo e gênero será explicada no desenvolvimento das premissas deste trabalho. Sobre o uso termo trans, ele é designativo de pessoas transgêneros e transexuais. O site Mundo dos Psicológicos explica a distinção “Transsexual: A forma mais fácil de explicar a um leigo a transexualidade é apontá-la como uma “radicalização” do transgênerismo. O sentimento de não pertencer ao gênero biológico é tão intenso que há um rechaço por tudo aquilo que é característica do seu sexo de nascimento. Por isso, o transexual é aquele que deseja alterar sua constituição biológica e fazer a mudança de sexo, sendo a cirurgia a única forma de se sentirem totalmente identificados e correspondidos na identidade de gênero que sentem pertencer, mas que não foi biologicamente atribuída.” (In: ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *A participação das pessoas trans na política: identidade de gênero, cotas de candidatura e processo eleitoral*. 08 de março de 2018. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2018/03/08/participacao-das-pessoas-trans-na-politica-identidade-de-genero-cotas-de-candidatura-e-processo-eleitoral/>>. Acesso 08 de junho de 2018). Conferir também *Há diferenças entre transgêneros, travestis e transexuais?*, 13/01/2017. Disponível em <<https://br.mundopsicologos.com/artigos/ha-diferencas-entre-transgeneros-travestis-e-transexuais>>. Acesso em 01/02/2018).

8 PRADO, Marco Aurélio Máximo. *Representação local e política partidária: candidaturas transexuais e travestis no Brasil*. 18/11/2016. Disponível em <<http://sxpolitics.org/ptbr/representacao-local-e-politica-partidaria-candidaturas-transexuais-e-travestis-no-brasil/6884>>. Acesso em 01/02/2018.

9 *Op. cit.* ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos.

10 “A lei não detalha a forma como deve ser realizado o pedido de registro de candidatura, sendo tal matéria procedimental de concretização da lei geralmente disciplinada em Resolução TSE editada a cada eleição. Em regra, o pedido de registro de candidatura deve ser formulado em duas requisições: a) DRAP (Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários) e b) RRC (Requerimento de Registro de Candidatura), dando origem a dois procedimentos diferenciados, mas que guardam relação entre si.” (MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 154). O julgamento do DRAP é prejudicial ao RRC. Segundo José Jairo Gomes (2016, p. 339) ele é “um processo principal – também chamado de ‘processo raiz’ ou geral. Esse processo é dotado de numeração própria. Seu objeto consiste em propiciar a análise de atos e situações pressupostos pelo registro de candidatura, tais como regularidade da agremiação e dos atos por ela praticados com vistas à disputa eleitoral. Nele são debatidos temas, como a situação jurídica do partido na circunscrição do pleito,

Tendo em vista essa conjuntura (aumento das candidaturas de pessoas que se identificam como “trans” e da inexistência de normas regulamentando a forma e o modo como essas candidaturas se apresentariam), em 2017 começou-se a se discutir a questão de como o(a) candidato(a) “trans” deve requerer seu registro de candidatura: se inserido no sexo com o qual nasceu, ou no sexo com o qual se identifica (gênero).

Em pesquisa anterior¹¹, constatou-se que a questão passou a ser debatida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em resposta à Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000. Colocou-se para resolução da Corte a controvérsia hermenêutica em torno da expressão “cada sexo” constante no art. 10, parágrafo 3º, da Lei das Eleições. Em 1º de março de 2018, a referida Corte, por unanimidade, em resposta à consulta formulada, regulamentou a participação da pessoa “trans” no processo eleitoral, seja na condição de eleitor(a) e/ou de candidato(a).

Passaram-se mais de 04 (quatro) meses desde que o Tribunal Superior Eleitoral respondeu à Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000. O prazo para alteração/inscrição do/no cadastro eleitoral do nome social e da identidade de gênero das pessoas “trans” se encerrou dia 09 de maio de 2018.

Analisando os dados, detectou-se que, até 20 de abril de 2018, quase 20 dias antes do fim do prazo para o fechamento do cadastro eleitoral referente às eleições de 2018 – 09 de maio de 2018 -, o Tribunal Superior Eleitoral estimou que cerca de 1.465 (mil quatrocentos e sessenta e cinco mil) eleitores “trans” haviam solicitado a inclusão de seu nome social no título de eleitor e no caderno de votação das Eleições 2018¹².

Foram, também, editadas a Resolução nº 23.562/2018 e a Portaria Conjunta nº 01/2018 e, por meio desses normativos, o Tribunal Superior Eleitoral regulamentou o trâmite administrativo e burocrático da inserção e uso do nome social no processo eleitoral.

Pelo que se vislumbra, após o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral firmado na Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, um conjunto de atos concretos foram tomados no intuito de viabilizar a plena participação política das pessoas “trans” no processo eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral agiu, pois, na vanguarda dos direitos das pessoas “trans” no processo político-eleitoral, vez que, no exercício da sua atividade administrativa de preparo e organização das eleições, entendeu que o sexo constante na identificação civil do candidato não se sobrepõe ao seu nome e à sua

validade da convenção, deliberação sobre formação de coligação. O deferimento do registro do DRAP abre o caminho para a apreciação individualizada dos pedidos de registro dos pré-candidatos”. Em decorrência dessa prejudicialidade uma “decisão, por exemplo, que indefira o registro do DRAP (porque concluiu pela invalidade da convenção) prejudica todos os pedidos parciais de registro que se lhe encontrem ligados. Logo, os processos particulares só podem ser apreciados depois do julgamento do geral” (GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 340).

11 ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *A participação das pessoas trans na política: identidade de gênero, cotas de candidatura e processo eleitoral*. 08 de março de 2018. Disponível em < <http://genjuridico.com.br/2018/03/08/participacao-das-pessoas-trans-na-politica-identidade-de-genero-cotas-de-candidatura-e-processo-eleitoral/>>. Acesso 08 de junho de 2018.

12 TSE diz que 1,4 mil transexuais e travestis solicitaram registro de nome social no título de eleitor; prazo vai até 9 de maio. 20.04.2018. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/tse-diz-que-14-mil-transexuais-e-travestis-solicitaram-registro-de-nome-social-no-titulo-de-eleitor.ghtml>>. Acesso em 01.07.2018.

identidade social, tendo o(a) candidato(a) “trans” o direito de participar do processo eleitoral, seja na condição de eleitor e/ou candidato, apresentando-se com o sexo (gênero) qual se identifica¹³.

A Corte Superior Eleitoral deu mais um passo na marcha que é a democracia¹⁴, tanto que mais de 1.400 (mil e quatrocentos) eleitores já haviam, até 20 de abril de 2018, alterado seus dados cadastrais eleitorais no sentido de compatibilizá-los com sua identidade pessoal (gênero).

Diante da importância dessa decisão da Corte Eleitoral, é que se desenvolve o presente estudo, o qual tem como foco analisar, através de uma pesquisa documental e bibliográfica, como e em que medida a atuação do Tribunal Superior Eleitoral fortaleceu a proteção do direito das pessoas “trans” no processo eleitoral de 2018.

2 O NOME, O GÊNERO E O PROCESSO ELEITORAL

O nome, o sexo e o gênero do(a) candidato são elementos essenciais no processo eleitoral brasileiro, tanto que o art. 12 da Lei das Eleições garante que o candidato possa utilizar, durante a campanha e até mesmo na urna, o seu apelido ou o nome pelo qual é mais conhecido, “desde que não se estabeleça dúvida quanto à sua identidade, não atente contra o pudor e não seja ridículo ou irreverente, mencionando em que ordem de preferência deseja registrar-se.”

Já o artigo 1º, I da Portaria Conjunta (TSE) nº 01/2018, de 17 de abril de 2018, define que: “nome social é a designação pela qual a pessoa travesti ou transsexual se identifica e é socialmente reconhecida e não se confunde com apelidos”.

A norma insere no art. 12 da Lei das Eleições e no art. 1º, I, da Portaria Conjunta (TSE) nº 01/2018, de 17 de abril de 2018, “assegura ao(à) candidato(a) direito ao registro de candidatura com nome complementar e diverso ao do registro civil, condicionando-se, contudo, que tal nome não estabeleça dúvida quanto à sua identidade, não atente contra o pudor e não seja ridículo ou irreverente”¹⁵.

Não há dúvidas de que o Tribunal Superior Eleitoral privilegiou o aspecto material da individualidade das pessoas “trans” em detrimento dos aspectos formais constantes nos registros civis, maximizando direitos fundamentais como da personalidade, da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Assim, pode-se afirmar que o sexo e o gênero não são elementos irrelevantes no processo eleitoral; pelo contrário, têm implicações em seu percurso, implicações estas que transcendem a esfera individual dos próprios candidatos.

Cumpra, por oportuno, distinguir sexo e gênero, tendo em vista que a legislação em diversas ocasiões usa o termo sexo e não a expressão gênero. Já se teve a oportunidade de explicar que o sexo relaciona-se “a aspectos biológicos do

13 TSE aprova uso do nome social de candidatos na urna. 01.03.2018. Disponível em < <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/tse-aprova-uso-do-nome-social-de-candidatos-na-urna>>. Acesso em 01.07.2018.

14 GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. s/e. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

15 ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *A participação das pessoas trans na política: identidade de gênero, cotas de candidatura e processo eleitoral*. 08 de março de 2018. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2018/03/08/participacao-das-pessoas-trans-na-politica-identidade-de-genero-cotas-de-candidatura-e-processo-eleitoral/>>. Acesso 08 de junho de 2018.

corpo, já o gênero é ‘culturalmente construído’ e corresponde a ‘significados culturais assumidos pelo corpo’¹⁶. Destacou-se, em estudos anteriores, que a citada “distinção foi feita para, como observa Judith Butler, questionar a ‘formulação de que a biologia é o destino’¹⁷.”

O Tribunal Superior Eleitoral, nos termos do art. 9º-A, §2º, da Resolução nº 23.562/2018, reconhece identidade de gênero como “a dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar necessária relação com o sexo biológico atribuído no nascimento”. O conceito expresso na resolução relaciona-se, assim, com o de Butler¹⁸ exposto acima.

Para além da concretização dos direitos de participação política das pessoas “trans” em sua plenitude (direitos civil de identidade e direitos políticos de sufrágio passivo e ativo), o entendimento do TSE em relação ao uso do nome social e ao reconhecimento da identidade de gênero do(a) candidato(a) “trans”, contribui, como já havíamos concluído em outra pesquisa, para tornar “mais transparente as campanhas eleitorais e o processo de livre captação da preferência política do eleitor, considerando que, muitas vezes, o uso do mero nome civil provocaria prejuízo eleitoral ao(à) candidato(à) que não fosse conhecido na sua comunidade como tal”¹⁹.

Ao se admitir, portanto, que o eleitor e/ou candidato indique/retifique seu nome e gênero para adequá-lo àquele reconhecido pela pessoa “trans”, que não corresponde ao exposto em seu registro civil, o Tribunal Superior Eleitoral fomenta e protege a concretização do direito à participação política desse grupo no processo eleitoral, vez que os direitos civis, principalmente os relacionados à identidade e personalidade, como o direito ao nome, são imprescindíveis para a realização de eleições iguais e transparentes.

3 O(A) CANDIDATO(A) “TRANS”, AS COTAS DE GÊNERO E O REGISTRO DE CANDIDATURA

Em relação às mulheres “trans”, que também compartilham com as mulheres não “trans” a discriminação pelo pertencimento ao feminino (e de forma ainda mais agravada), o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral fortalece ainda mais sua proteção no âmbito do processo eleitoral, na medida em que, ao ser instado a resolver a controvérsia hermenêutica em torno da palavra “sexo” inserta no art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97, entendeu que o referido termo tanto pode ser compreendido como sexo biológico, como gênero.

O sexo foi o critério utilizado para determinar o grupo de beneficiários das ações afirmativas eleitorais (cotas de candidatura). É o que prevê o art. 10, §3º, da Lei das Eleições (9.504/97), que preceitua: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.”

16 *Op. cit.* ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos.

17 *Ibid.*

18 BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, p. 24.

19 *Op. cit.* ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos.

O Tribunal Superior Eleitoral, a partir da Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, definiu que a interpretação que mais maximiza princípios como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana é a que compreende o termo “sexo”, constante no texto normativo, não apenas como sexo biológico, mas também como o gênero.

Assim, o(a) candidato(a) “trans” poderá não só usar o nome social durante todo o processo eleitoral, nos termos do art. 12 da Lei das Eleições, como também poderá, observadas as formalidades e prazo legais, postular seu registro de candidatura mediante o gênero que pertencer.

O fundamento jurídico das cotas de candidatura no Brasil extrai-se do art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97. Não obstante a legislação se referir a “sexo” e não tratar expressamente de “mulher”, como estava expresso no texto da Lei nº 9.100/95, constatou-se, a partir de uma análise das discussões sociais e políticas prévias envoltas da aprovação legislativa dessa medida²⁰, bem assim de todo o contexto normativo do modelo brasileiro de proteção à participação política da mulher, que as cotas têm como grupo beneficiário, neste momento da História, as mulheres, sendo elas as principais beneficiárias dessa medida.

A criação das cotas de candidatura insere-se num contexto mais amplo de ações afirmativas que visam equilibrar a representação política exercida por homens e mulheres²¹, visando superar os mais diversos obstáculos que as mantém afastadas dos espaços formais e institucionais de tomadas de decisões. As cotas são, ainda, o “principal mecanismo institucional da promoção da participação política de grupos subordinados”²².

Diante das evidências e dados apontados, as cotas de candidatura no processo eleitoral, apesar de o texto do art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97 expressamente não expor sua teleologia, têm como finalidade proteger a participação política da mulher ou do “feminino” ao estabelecerem uma reserva de vagas de candidatura para que o sexo e gênero minoritário na política possam participar do processo eleitoral.

O grupo beneficiário das cotas são as mulheres, inclusive as mulheres “trans”, segundo decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral em 01/03/2018. E não haveria de ser diferente; é uma decorrência da aplicação do princípio da igualdade. Não é o critério biológico que torna uma mulher “mulher” e sim o processo de autoidentificação com o conjunto de caracteres e padrões socioculturais atribuído ao “ser mulher”²³, o que pode ensejar ou não um pleito por uma mudança mais radical do próprio corpo, como uma cirurgia de transgenitalização.

Superando o critério biológico e tomando o gênero como categoria de análise²⁴ foi possível por em evidência que a discriminação contra a mulher não era oriunda apenas das suas diferenças biológicas, mas sim de uma construção social e cultural e que a discriminação atinge e acompanha a mulher em todo espaço

20 MARTINS, Eneida Valarini. *A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados*. Monografia apresentada para aprovação no curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo do programa de Pós-graduação do Cefor. Brasília: 2007, 58 f.

21 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 134-136.

22 MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo, Editora UNESP, 2014, p. 190.

23 CYFER, Ingrid. *Afinal, o que é uma mulher? Simone de Beauvoir e “a questão do sujeito” na teoria crítica feminista*. Revista Lua Nova, São Paulo, v. 94, p. 44/77, 2015.

24 SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*, p. 71-99. Revista Educação e Realidade. 20(2):71-99, jul./dez. 1995, p. 85.

e tecido social; desde o espaço privado ao público e até mesmo nas “relações mulher-mulher”²⁵.

Já se ponderou e reconheceu que “as bandeiras políticas do transexual e do transgênero são, em relação a essa condição, diferentes tanto das da mulher, como das do homem”²⁶.

Contudo, sabe-se, de igual maneira, que a “categoria mulher” não reúne um grupo com interesses necessariamente idênticos e homogêneos, vez que outros fatores como o pertencimento a determinada classe e raça são bem mais determinantes na fixação dos interesses perquiridos em sociedade do que simplesmente o sexo/gênero²⁷.

Desta maneira, em linhas gerais, a literatura política²⁸⁻²⁹ aponta como o principal fundamento das cotas de candidatura a correção de “uma injustiça histórica quanto ao acesso aos bens jurídico-políticos ‘cargos’ e ‘participação política’ a um grupo”³⁰, assim como a promoção da “inclusão da perspectiva social feminina nos espaços parlamentares, que são genuinamente masculinos”³¹

Não obstante as mulheres “trans” possuem, então, pleitos mais específicos, elas, de igual maneira, devem ter sua participação política protegida. Assim, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral persegue ainda mais o alcance, em concreto, da teleologia das cotas de candidatura ao permitir “uma maior inclusão do sexo/gênero minoritário, que são as mulheres/o feminino ou o ‘não-masculino’, nas esferas decisórias de poder, democratizando as perspectivas sociais e de gênero existentes no Parlamento”³². O poder moderno nasceu como uma expressão do masculino³³ e romper com essa automática identificação exige esforços para inclusão de outras perspectivas de sexo e gênero na política.

Desta forma, infere-se que o mecanismo de proteção previsto no art. 10, §3º, da Lei das Eleições, as “cotas de candidatura por gênero”, oferece, atualmente, uma dupla proteção jurídica, qual seja, (1) à reserva de um espaço mínimo de candidaturas eleitorais para cada gênero (feminino e masculino) e (2) à identidade das pessoas “trans”, que passam a poder postular suas candidaturas a partir do gênero.

4 O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A HERMENÊUTICA DO ART. 10, §3º, DA LEI N.º 9.504/97: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO DAS PESSOAS “TRANS” NO PROCESSO ELEITORAL.

Definir participação não é uma tarefa fácil. Participação, basicamente, significa agir contribuindo para que algo, no mundo dos fatos, aconteça. A participação acontece em algo³⁴. Participar é colaborar.

25 PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. s/e. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 61.

26 *Op. cit.* ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos.

27 SOUZA, Cristiane Aquino. *A política da presença para as mulheres*, p. 31-63. In: Cristiane Aquino de Souza. (Org.). *Democracia, Igualdade e Liberdade: Perspectivas Jurídicas e Filosóficas*. 1ed. Fortaleza: Lumen Juris, 2015.

28 MIGUEL, Luís Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo, Editora UNESP, 2014, p. 190.

29 BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. *Feminismo e política: uma introdução*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

30 *Op. cit.* ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos.

31 *Ibid.*

32 *Op. cit.* ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos.

33 VARIKAS, Eleni. *Pensar o sexo e o gênero*. Tradução: Paulo Sérgio de Souza. Campinas, São Paulo: Editora Unicamp, 2016.

34 PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 94.

O direito de participar nasceu da resistência às formas de poder constituídas, como anota Dahl³⁵. Foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que erigiu a participação política ao patamar de direito humano³⁶. Ter direitos à participação nos assuntos político-estatais passou a ser um direito de todos os cidadãos nacionais, independentemente de critérios econômicos, étnico-raciais, de classe e de sexo.

Foi com a referida declaração que se deu continuidade ao processo de democratização, na medida em que foi garantido a todos, independentemente de critérios econômicos, de raça, sexo e etnia o direito de participar dos assuntos políticos de seu Estado.

O processo eleitoral, enquanto instrumental da democracia, serve a esta. Proteger e fomentar a participação dos grupos minoritários na política, mediante a instituição de mecanismos jurídicos que possam lhes conceder mais chances e oportunidades de acesso aos cargos políticos, insere-se num contexto de aprimoramento dos regimes democráticos.

A participação política é um direito fundamental³⁷. E, como qualquer direito fundamental que na contemporaneidade não se resume a mera autolimitação estatal para o agir individual na esfera privada, exige uma atuação ativa dos poderes públicos³⁸ para sua efetividade plena. O Tribunal Superior Eleitoral, a partir da resposta à Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, agiu positiva e decisivamente na concretização dos direitos de participação política da pessoa “trans”, em sua plenitude.

O nome é um dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico por ser uma das dimensões mais importantes da personalidade do indivíduo. Assim, no exercício do direito de participação política, o pleno gozo dos direitos civis, entre eles o de personalidade, e dos direitos políticos, é de suma importância. Um não se concretiza sem o outro, principalmente no curso de um processo em que se visa conquistar o voto do eleitor para quem uma identificação, muitas vezes pessoal e representativa com o (a) candidato(a), é decisiva na sua escolha política.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos defende a retificação do nome e a referência ao sexo no registro de acordo com a identidade de gênero autopercebida, frisando serem tanto a orientação sexual como identidade de gênero direitos protegidos pela Convenção Americana dos Direitos Humanos³⁹.

Tanto o direito à participação política, como o direito à identidade de gênero são direitos humanos. Não se desconhecem os debates atuais travados em torno dos direitos humanos⁴⁰, os quais consistem em questionar seu caráter universal e o

35 Op. cit. DAHL, Robert., p. 91.

36 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1994, p. 30-32.

37 LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes; NÓBREGA, L. N. *As ações afirmativas adotadas no Brasil e no Direito Comparado para fomentar a participação política das mulheres*. Revista Nomos (Fortaleza), v. 30.1, p. 11/30, 2011, p. 20.

38 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed., rev. e atual. até a EC n. 52. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 179.

39 *Corte de Direitos Humanos defende mudança de nome e sexo conforme autopercepção*. 11 de janeiro de 2018. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI272283,71043-Corte+de+Direitos+Humanos+defende+mudanca+de+nome+e+sexo+conforme>>. Acesso em 01/02/2018.

40 Boaventura de Souza Santos (*Por uma concepção intercultural dos direitos humanos*, p. 3/45. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. Igualdade, diferença e direitos humanos. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15) destaca que “a marca ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo

fato de serem apenas um conceito cultural do Ocidente, o que colocaria em xeque os limites de sua validade. Concorde-se, todavia, com Joaquim Herrera Flores⁴¹, para quem os direitos humanos são, antes de tudo, linguagem e espaços de lutas, pontos de partida a partir dos quais as reivindicações por igualdade e liberdade podem ser formuladas.

A positivação de mecanismos de defesa, promoção e proteção da participação política de grupos minoritários, como a mulher, no plano supranacional, antes de serem categorias abstratas e universais que não têm aplicabilidade imediata no ordenamento pátrio, são a gramática política e jurídica a partir da qual o direito nacional deve se parametrizar com vistas a proteger bens jurídicos, a exemplo da participação política da mulher, inclusive da mulher “trans”.

No âmbito do Direito brasileiro, tem-se o Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016, que admite a inscrição do nome social nos documentos federais.

Em estudos anteriores⁴², destacaram-se várias decisões de tribunais que vêm reconhecendo o direito a alteração dos dados do registro civil, mesmo sem a cirurgia de transgenitalização. O ordenamento jurídico deve, pois, manter sua coerência, principalmente no sentido de concretizar direitos fundamentais, como o direito à participação política.

Não há falar em igualdade na disputa eleitoral entre grupos historicamente alijados do espaço público, historicamente sub-representados e cuja força e capital políticos nunca puderam se desenvolver devido a alta concentração dos cargos político-eletivo em poder de poucos (e dos mesmos).

Democracia e representação são “territórios em disputa”, já que podem, de um lado, concretizar-se mediante conchavos que facilitem a continuidade das assimetrias e relações de dominação ou, de outro, tornar mais caro o custo da reprodução dessas desigualdades, contribuindo, assim, para combatê-las⁴³.

Como destaca Bonavides⁴⁴ “concretizar a democracia é, num certo sentido, em termos de fazê-la eficaz, remover esses bloqueios, desobstruir caminhos de participação, afastar obstáculos que lhe foram erguidos ou lhe são levantados com frequência, para estancar-lhe a correnteza das ideias.”

Quanto maiores forem os mecanismos de inclusão e de eliminação de bloqueios para uma ampla participação política nos canais institucionais, mais se concretizam e se aperfeiçoam os regimes que se intitulam de democráticos, mais se avança na formação de democracias não meramente adjetivadas⁴⁵ e mais se

de direitos individuais, com a única exceção do direito colectivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringindo aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sobre os direitos económicos, sociais e culturais; e no reconhecimento dos direitos de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito económico.”

41 FLORES, Joaquim Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

42 *Op. cit.* ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos.

43 *Op. cit.* MIGUEL, Luís Felipe, p. 25.

44 BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade.* s/e. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58.

45 Miguel (MIGUEL, Luís Felipe). *Democracia e representação: territórios em disputa.* São Paulo, Editora UNESP, 2014, p. 12) faz uma diferenciação entre o que ele denominou de *democracia adjetivada* e *democracia não adjetivada*. A primeira seriam os regimes democráticos que assim se autodenominam apenas para ter essa aceitação dos governados, ou seja, do senso comum. Assim, o povo vive numa ilusão democrática, vez que não esforço nem interesse em desenvolver mecanismo efetivamente democráticos – de participação popular – no exercício do poder político. Já a *democracia não adjetivada* é

concretiza o processo de democratização que não perde seu sentido com o alcance do sufrágio universal; e sim se ressignifica para alcançar uma maior igualdade política nos corpos de representação.

É considerando esse aspecto, portanto, que se vislumbra ter o Tribunal Superior Eleitoral agido na vanguarda da concretização dos direitos da pessoa “trans” ao permitir que tanto seu direito à identidade de gênero, como seu direito à participação política se entrelaçassem e de forma linear pudessem ser exercidos no processo político-eleitoral, fortalecendo, ao fim, a própria democracia. O entendimento da Corte maximiza as possibilidades de membros desse grupo de se fazer inserir e de ter sua voz, sua perspectiva e um espaço no processo político eleitoral.

A atuação do Tribunal Superior Eleitoral na proteção dessas minorias políticas deu-se, então, de forma a garantir que esse grupo minoritário (minorias tanto dentre aqueles que participam do processo eleitoral, como – e ainda mais – dentre aqueles que conseguem uma vaga no Parlamento), pudessem, nessa condição, participar do processo político eleitoral ainda que, atualmente, não exista norma eleitoral expressa nesse sentido.

Embora seus estudos não versem especificamente sobre grupos minoritários, Häberle⁴⁶ defende que a democracia não se desenvolve apenas no contexto da política representativa (legitimação mediante eleições). Para ele, numa sociedade aberta, a democracia se desenvolve também mediante formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política, da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização de Direitos Fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*)⁴⁷.

Para o autor, “um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle jurisdicional”⁴⁸. Pode-se concluir que o Tribunal Superior Eleitoral, ao concretizar os direitos de participação da pessoa “trans”, nessa condição, agiu de forma vanguardista e, mesmo não sendo uma Corte Constitucional, agiu visando concretizar direitos fundamentais da pessoa “trans”, como o direito à plena participação política, à igualdade, à personalidade e à dignidade da pessoa humana, realizando, assim, a própria democracia.

A instituição de mecanismos para a inclusão e o fortalecimento dos direitos de participação desses grupos no processo eleitoral certamente aumenta suas chances de ascenderem à esfera Parlamentar (legitimados pelo processo eleitoral) e de participarem do debate plural sobre a própria produção do direito, aumentando suas chances de serem mais uma das forças sociais que podem se fazer presente no *law in public action*⁴⁹.

Agiu, então, o Tribunal Superior Eleitoral, no exercício do seu poder regulamentar e normativo, organizando e estruturando o processo eleitoral, como agente

o regime que é considerado democrático tanto pelo senso comum, como pelas ciências sociais. Ou seja, são democracias que estão de fato preocupadas em estabelecer um poder político cujo exercício esteja de fato legitimado com a participação efetiva do povo, ainda que mediante representação.

46 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 37.

47 *Ibid.*

48 *Op. cit.*, HÄBERLE, Peter, p. 46.

49 *Op. cit.*, HÄBERLE, Peter, p. 31.

concretizador da própria Constituição Federal de 1988, ao permitir que os(as) candidatos(as) “trans” possam participar desse processo, assumindo suas identidades, inclusive para fins dos ônus e bônus decorrentes dessa condição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação dos grupos minoritários no processo político-eleitoral ainda é um dos desafios a serem enfrentados pelas democracias contemporâneas.

As pessoas “trans” inserem-se no conceito de grupos minoritários e sua participação no processo eleitoral até março de 2018 estava indefinida devido à inexistência de normas claras quanto à possibilidade de o eleitor preencher seu cadastro eleitoral com o gênero com o qual se identifica.

Nas eleições brasileiras de 2016 houve um aumento exponencial de candidaturas de pessoas “trans”, a fim de que, nas eleições de 2018, a participação das pessoas “trans” na vida política do país pudesse se dar de forma mais plena, o Tribunal Superior Eleitoral, nos autos da Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, resolveu a controvérsia hermenêutica em torno da expressão “cada sexo” constante no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições.

A Corte fixou interpretação no sentido de que as cotas de candidatura serão contabilizadas a partir do sexo (gênero) que constar no cadastro do eleitor.

O Tribunal Superior Eleitoral também editou a Resolução nº 23.562/2018 e a Portaria Conjunta nº 01/2018 com vistas a regulamentar a inclusão do nome social no cadastro eleitoral. Logo, o(a) candidato(a) “trans” que desejasse concorrer nas eleições de 2018 deveria ter indicado seu nome social e sua identidade de gênero à Justiça Eleitoral até 150 dias antes das eleições de 2018 mediante autodeclaração (dia 09 de maio de 2018). Após as eleições de 2018, poderá, contudo, fazê-lo a qualquer momento perante o Cartório do seu domicílio eleitoral, respeitando, sempre, o prazo de 150 dias antes das eleições.

O Tribunal Superior Eleitoral, mediante o entendimento firmado na Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000 e com a edição da Resolução nº 23.562/2018 e da Portaria Conjunta nº 01/2018, agiu na vanguarda dos direitos das pessoas “trans” no processo político-eleitoral, ao, no exercício da sua atividade administrativa de preparo e organização das eleições, ter permitido o uso do nome social e da identidade de gênero, concretizando, ao fim, a própria Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Direito.

Não apenas quanto ao eleitor(a), como também em relação ao candidato(a), vislumbra-se ter o Tribunal Superior Eleitoral protegido a participação política plena das pessoas “trans” ao permitir a indicação/atualização do nome social e identidade de gênero nos dados cadastrais.

Assim, o candidato(a) “trans” poderá não só usar seu nome social durante toda a campanha, como também ter sua identidade de gênero constante no seu pedido de registro de candidatura e no DivulgaCand, sistema *online* que publiciza todos os dados da campanha do(a) candidato(a).

Em relação às mulheres “trans”, elas também passarão a contar com a proteção jurídica prevista no art. 10, §3º, da Lei das Eleições, de modo ser possível

concluir que as “cotas de candidatura” são, atualmente, por gênero e, por isso, oferecem uma dupla proteção jurídica: (1) à reserva de um espaço mínimo de candidaturas eleitorais para cada gênero (feminino e masculino) e (2) à identidade das pessoas “trans”, que passam a poder postular suas candidaturas a partir do gênero, desde que o feito no prazo e formas procedimentais.

A atuação do Tribunal Superior Eleitoral pode ser interpretada ainda como uma forma de controle jurisdicional efetuado na defesa dos direitos fundamentais das minorias que não possuem representação adequada e suficiente no espaço parlamentar. Logo, a atuação do TSE deu-se no sentido não só de concretizar a Constituição de 1988, em especial, o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como, ao fim, a própria democracia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jéssica Teles de; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. A participação das pessoas trans na política: identidade de gênero, cotas de candidatura e processo eleitoral. 08 de março de 2018. Disponível em < <http://genjuridico.com.br/2018/03/08/participacao-das-pessoas-trans-na-politica-identidade-de-genero-cotas-de-candidatura-e-processo-eleitoral/>>. Acesso 08 de junho de 2018.

_____; SILVEIRA, Brunna Grasiella Matia; FREITAS, Raquel Coelho de. O papel do Amicus Curiae na democratização da defesa dos direitos das minorias no STF. In: CAMPOS, Juliane Cristine Diniz Campos (Coord.); MATOS, Rômulo Richard Sales; MELO, Silvana Paula Martins de (Org.) [et al] Democracia e Jurisdição Constitucional: estudos de interpretação da Constituição. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. Feminismo e política: uma introdução. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade. s/e. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUTLER, Judith. Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

CORTE de Direitos Humanos defende mudança de nome e sexo conforme autopercepção. 11 de janeiro de 2018. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,-MI272283,71043-Corte+de+Direitos+Humanos+defende+mudanca+de+nome+e+sexo+conforme>>. Acesso em 01/02/2018.

CYFER, Ingrid. Afinal, o que é uma mulher? Simone de Beauvoir e “a questão do sujeito” na teoria crítica feminista. Revista Lua Nova, São Paulo, v. 94, p. 44/77, 2015.

DAHL, Robert A. Sobre a Democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

FLORES, Joaquim Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

- GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. s/e. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 7º ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- HÁ diferenças entre transgêneros, travestis e transexuais?, 13/01/2017. Disponível em <<https://br.mundopsicologos.com/artigos/ha-diferencas-entre-transgeneros-travestis-e-transexuais>>. Acesso em 01/02/2018.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental da Constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila Lopes; NÓBREGA, L. N. As ações afirmativas adotadas no Brasil e no Direito Comparado para fomentar a participação política das mulheres. Revista Nomos (Fortaleza), v. 30.1, p. 11/30, 2011.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Direito Eleitoral. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARTINS, Eneida Valarini. A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados. Monografia apresentada para aprovação no curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo do programa de Pós-graduação do Cefor. Brasília: 2007, 58 f.
- MIGUEL, Luís Felipe. Democracia e representação: territórios em disputa. São Paulo, Editora UNESP, 2014.
- PATEMAN, Carole. Participação e teoria democrática. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- PINHO, Leda de Oliveira. Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero. s/e. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 61.
- PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PRADO, Marco Aurélio Máximo. Representação local e política partidária: candidaturas transexuais e travestis no Brasil. 18/11/2016. Disponível em <<http://sxpolitics.org/ptbr/representacao-local-e-politica-partidaria-candidaturas-transexuais-e-travestis-no-brasil/6884>>. Acesso em 01/02/2018.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção intercultural dos direitos humanos, p. 3/45. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. Igualdade, diferença e direitos humanos. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica, p. 71-99. Revista Educação e Realidade. 20(2):71-99, jul./dez. 1995, p. 85.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 27. ed., rev. e atual. até a EC n. 52. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, Cristiane Aquino. A política da presença para as mulheres, p. 31-63. In: Cristiane Aquino de Souza. (Org.). Democracia, Igualdade e Liberdade: Perspectivas Jurídicas e Filosóficas. 1ed. Fortaleza: Lumen Juris, 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Divulgação de candidaturas e contas eleitorais. Acessível em < <http://divulgacandcontas.F.jus.br/divulga/#/candidato/2016/2/71072/250000011012>>. Acesso em 01/06/2018.

TSE aprova uso do nome social de candidatos na urna. 01.03.2018. Disponível em < <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/tse-aprova-uso-do-nome-social-de-candidatos-na-urna>>. Acesso em 01.07.2018.

TSE diz que 1,4 mil transexuais e travestis solicitaram registro de nome social no título de eleitor; prazo vai até 9 de maio. 20.04.2018. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/tse-diz-que-14-mil-transexuais-e-travestis-solicitaram-registro-de-nome-social-no-titulo-de-eleitor.ghtml>>. Acesso em 01.07.2018.

VARIKAS, Eleni. Pensar o sexo e o gênero. Tradução: Paulo Sérgio de Souza. Campinas, São Paulo: Editora Unicamp, 2016.



**CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA
E A (I)LEGITIMIDADE POLÍTICA ATRAVÉS
DO DIREITO: A SOLUÇÃO GREGA**

**CRISIS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND POLITICAL
(I)LEGITIMACY THROUGH LAW: THE GREEK SOLUTION**

Marco Aurélio Nascimento Amado *

Ricardo Maurício Freire Soares **

RESUMO

Diante da indiscutível crise que o Brasil vivencia na consolidação de uma (real) democracia representativa, qual resposta pode ser dada com o objetivo de que o hiato existente entre o anseio popular e a práxis política seja minorado? É sabido que o poder somente se exerce de forma contínua, eficaz e duradoura quando há sentimento expressado pela comunidade de que determinada conduta é justa, correta, ou seja, quando a este poder é conferido legitimidade. Um dos papéis do direito é permitir a construção deste consenso no seio sociedade e, como corolário, permitir que a representação se dê com autoridade reconhecida. É forçoso, ainda, reconhecer a necessidade premente de se buscar o empoderamento do mais legítimo contrapoder: o povo. Somente assim, poder-se-á falar em verdadeira regeneração dos partidos políticos, no sentido de que cumpram o papel que justifica a sua existência: o atendimento da pretensão do real titular do poder político.

Palavras-chave: Democracia representativa. Crise. Partidos políticos. Legitimidade. Direito. Regeneração. Povo.

ABSTRACT

In view of the indisputable crisis that Brazil is experiencing in the consolidation of a representative (real) democracy, what answer can be given in order to reduce the gap between popular yearning and political praxis? It is known that power can

* Promotor de Justiça do estado da Bahia, ex-Defensor Público do estado do Ceará (2008-2010), ex-Advogado (2004-2008), ex-Assessor Jurídico Parlamentar. Autor de artigos jurídicos publicados em diversificadas plataformas. Doutorando em Direito Público (UFBA – aluno especial). Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania (Universidade Federal da Bahia). Pós Graduado em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-Uniderp (Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes) e em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca (Espanha).

** Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor da Escola de Magistrados da Bahia. Pesquisador e líder de grupo de pesquisa – CNPQ/UFBA. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Advogado, Palestrante e Autor de diversas obras jurídicas pela Editora Saraiva.

only be exercised in a continuous, effective and lasting way when there is a feeling expressed by the community that a certain conduct is just and correct, that is, when this power is conferred legitimacy. One of the roles of law is to allow the construction of this consensus within society and, as a corollary, to allow representation to take place with recognized authority. It is also necessary to recognize the urgent need to seek the empowerment of the most legitimate counter-power: the people. Only in this way can we speak of a true regeneration of political parties, in the sense that they fulfill the role that justifies their existence: the fulfillment of the pretension of the real holder of political power.

Keywords: Representative democracy. Crisis. Political parties. Legitimacy. Law. Regeneration. People.

1 INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca da crise democrática que, em especial, as nações ocidentais vêm experimentando. Tal debate se irradia desde o mundo acadêmico e alcança até mesmo os noticiários que a população assiste todos os dias em seus lares. A mencionada crise atinge sobremaneira os países situados nos rincões menos desenvolvidos (América do Sul, África, América Central, etc.), cujos sistemas políticos encontram-se mais esgarçados, desacreditados e imersos em práticas sistêmicas de corrupção.

Mas, desde já, algumas indagações podem ser ventiladas e denunciam o quão complexa se apresenta esta temática. Afinal, a que crise se está referindo? Crise da democracia (em si), enquanto sistema político? Arrefecimento dos instrumentos democráticos (iniciativa legislativa popular, referendo, plebiscito, etc.)? Fragilização da democracia representativa, na exata medida em que o povo (titular do poder político) não obtém a desejada sintonia de seus anseios atendida por seus representantes? Esvaziamento substancial (ideologia, planos de governo, etc.) dos partidos políticos, uma vez que, atualmente, seu agigantamento e mecanismo de funcionamento extremamente burocratizado têm metamorfoseado este importante ente em um fim em si mesmo?

Vale repetir, que crise é esta? Para responder a tais questionamentos, devem-se estabelecer algumas premissas.

Primeira, esta temática não é nova. Ao contrário, no decorrer da história antiga (Grécia e Roma), moderna e contemporânea, a democracia já conviveu com diversos sistemas que colocaram (e colocam) em risco a própria existência da raça humana, a exemplo dos regimes autocráticos, teocráticos e ditatoriais. É forçoso reconhecer que, no fim, a democracia sempre sobreviveu e, de certa forma, se consagrou, ao menos nos países ocidentais. Esta tem sido a sua sina: evoluir para sobreviver!

Segunda, diante da complexidade que o tema crise democrática envolve, procurou-se, neste modesto trabalho, um maior direcionamento na famigerada crise da democracia representativa e no instrumental fornecido pela sociedade

grega clássica, partindo-se do pressuposto de que a legitimidade do (e no) poder somente se perfaz através de reconhecimento social e comunitário, até mesmo porque se compreende que a democracia, em si, não atravessa um abalo de “dentro para fora”, bem como que os seus instrumentos (referendo, plebiscito e iniciativa legislativa popular) estão muito longe de apresentar qualquer ameaça (em verdade, são parte da solução!).

Terceira, é preciso reconhecer que, nos tempos atuais, o direito, enquanto ciência, é o instrumento que permite legitimar o poder por duas razões básicas. Em primeiro lugar, a existência de um sistema jurídico está ligada à ideia do justo. Se as leis são respeitadas por todos, as pessoas acreditarão que a justiça prevalece, que as autoridades do Estado não exercem o poder arbitrariamente, mas se restringem a aplicar as regras previamente estabelecidas. Por outro lado, a existência do direito e o respeito a ele oferecem ao cidadão uma sensação de segurança, na medida em que permite saber o que se deve fazer e o que se pode esperar dos outros, de modo a conferir estabilidade às relações sociais.

Quarta (e mais importante), é preciso ter a consciência, equilíbrio e, sobretudo, esperança de que a solução para a(s) “enfermidade(s)”, que põe(m) em risco a integridade e o bom funcionamento do regime democrático, não virá pronta e acabada. Ao revés, as medidas que se afiguram necessárias para se restabelecer a integridade dos partidos políticos, a (abalada) confiança do povo em seus representantes e a própria sobrevivência da democracia representativa são inúmeras, inadiáveis, incisivas e, por vezes, “amargas”.

Eis a pretensão do presente artigo científico: apresentar delineamentos apriorísticos sobre o conceito de democracia, tecer breves considerações acerca da democracia direta, notadamente de inspiração grega, traçar a diretriz do direito (ciência jurídica) como instrumento racional delineador de legitimidade de quem exerce o poder político e, por fim, analisar os instrumentos viabilizadores do resgate da confiança do povo em seus representantes e, conseqüentemente, do fortalecimento da democracia (em sentido amplo), enquanto tal.

2 DEMOCRACIA: UM CONCEITO DIFÍCIL

Neste momento, mostra-se relevante buscar uma compreensão mais consistente do que significa democracia. Isto porque, não se pode, a partir daqui, seguir discorrendo sobre crise da democracia representativa, necessidade de regeneração dos partidos políticos e participação popular sem se ter uma noção muito clara do sistema adotado pela grande maioria dos países ocidentais.

Etimologicamente, *demos* = povo e *kratos* = poder¹, donde se conclui que, em tradução simples, direta e literal, democracia = poder do povo². Mas, a mera disposição etimológica da palavra está muito longe de explicitar toda a complexidade deste instituto que, até os dias atuais, provoca calorosos debates acerca das

1 Em termos mais precisos, pode-se afirmar que também significa “força”, “soberania”.

2 Pode ser compreendido, também, como “poder dos cidadãos”, já que “*demos*” comporta essa elasticidade de significar “o conjunto dos cidadãos”.

suas características e elementos identificadores. Afinal, quem é o povo? Como se atribui tal poder ao povo? Como seguir o decidido pela maioria? Como respeitar o direito da minoria?

Tais indagações bem demonstram que o fenômeno é deveras difícil de ser compreendido com definições exatas e limitadoras.

Todavia, atualmente, pode-se ter uma ideia bem satisfatória do que seja democracia através da análise das suas “condições operativas”, vale dizer, a forma como se desenvolve/opera a democracia dentro de determinado tecido social. Neste sentido, a lição de Giovanni Sartori³ mostra-se bastante esclarecedora:

Como puede verse, la complicación no es poca, pero hoy puede simplificarse con dos nociones ‘operativas’ de democracia (en el sentido de que consideran la democracia por su forma de operar). En este contexto encontramos el principio de mayoría absoluta o bien mayoría relativa. El primero quiere decir: los más tienen todos los derechos, mientras que los menos, la minoría, no tiene ningún derecho. En cambio, el principio de mayoría relativa se concreta así: los más tienen derecho a mandar, pero en el respeto de los derechos de la minoría. Por tanto, desde un punto de vista operativo, el demos es una mayoría, o bien absoluta o bien moderada, y la doctrina es prácticamente unánime al afirmar que la democracia tiene que inspirar en el principio de mayoría limitada o moderada. Si no, vivirá un día y empezará a morir al día siguiente.

Vê-se, pois, que não faz sentido se falar em democracia se não houver o respeito ao “direito da minoria”, em que pese o “direito de mando” (prerrogativa para ditar as “regras” que devem ser obedecidas) gravitar nas mãos da maioria. É o que se chama princípio da maioria limitada ou moderada.

No Brasil, por exemplo, no Congresso Nacional, as normas são editadas obedecendo-se sempre a regra da maioria formada pela bancada dos partidos políticos. Entretanto, sempre que possível, procura-se observar, respeitar e incorporar as sugestões modificativas realizadas pela minoria parlamentar. Exemplo disto foi a aprovação do novo Código Florestal, onde a “bancada ruralista” e a “bancada ambientalista” tiveram que realizar concessões mútuas com o escopo de aprovar o texto final de lei.

Duas observações podem ser feitas para melhor compreender este regime, que encontra sua síntese e potência em “poder do povo”:

(1) Poder é uma relação onde um indivíduo ou coletividade obriga o(a) outro(a) a fazer algo que, de outra maneira, não faria; e

(2) A atribuição e exercício deste poder se dá de forma ascendente (o povo transmite o poder ao governante) e descendente (onde o governante direciona o poder transmitido ao povo). Esta constatação permite concluir que o povo é, ao mesmo tempo, governante (faceta 1) e governado (faceta 2).

Mas, há de se ter a cautela com este processo de atribuição do poder. No lúcido ensinamento de Giovanni Sartori⁴:

3 SARTORI, Giovanni. *La democracia en treinta lecciones*. Madrid: Taurus, 2009. p. 17.

4 SARTORI, Giovanni. *La democracia en treinta lecciones*. Madrid: Taurus, 2009. p. 21.

Son procesos muy delicados porque si no se vigila el trayecto, si en la transmisión del poder los controlados se sustraen al control de los controladores, el gobierno *sobre* el pueblo corre el riesgo de no tener nada que ver con el gobierno *del* pueblo.

Como se percebe, a “palavra-chave”, no processo de atribuição do poder, é vigilância. Eis o primeiro grande problema que se enfrenta no Brasil, por exemplo. Aqui, o povo (titular do poder por reconhecimento constitucional) não exerce a necessária vigilância e acompanhamento dos atos praticados por aqueles que realizam o exercício do poder (governantes), através da democracia representativa.

Até aqui, viu-se alguns dos principais elementos identificadores da democracia: poder do povo; atribuição do poder; ideia de maioria e minoria; e, por fim, as “condições operativas”, ou seja, como deve se desenvolver a democracia dentro de determinada sociedade (prevalência do decidido pela maioria com respeito aos direitos da minoria).

Quando se trata de se identificar o que é democracia, há outro elemento importantíssimo que não se pode olvidar: o voto. Sem o “direito (real) do voto”, não se pode falar de democracia. Trata-se, pois, de *conditio sine qua non*. Porém, vale pontuar que o simples fato de votar não identifica automaticamente determinado regime como democrático.

Eis o alerta dado por Gianfranco Pasquino⁵:

[...] hay una característica sustancial e ineludible sin la cual no se puede hablar de democracia. Podemos hablar de muchos otros requisitos y condiciones, pero, si no se vota, si los representantes y los gobernados no son designados mediante procesos electorales, que más adelante explicitaré, no tenemos democracia de ningún tipo. Lo que no significa que donde quiera que se vote exista una democracia. Han existido muchísimos regímenes autoritarios y totalitarios donde se votaba y que sin embargo no eran calificables como democráticos. Por tanto, votar es esencial para que haya democracia, pero en cualquier sitio donde se vote no se da automáticamente una democracia.

Ainda hoje, é frequente estribar a ideia de democracia em termos estritamente organizacionais, concentrando sua moldura no processo de votação e nas eleições. Como visto acima, é indene de dúvida que o instrumental do voto exerce papel de relevo na configuração do regime democrático, porém este binômio (votação-eleições) não é bastante em si, devendo a ele se agregar o papel do “debate público” (argumentação pública⁶), haja vista que, dentro do espectro da filosofia

5 PASQUINO, Gianfranco. Democracia, elecciones, partidos. In: BOVERO, Michelangelo; PAZÉ, Valentina (Ed.). *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta, 2014. p. 30.

6 Uma grande mudança na compreensão da democracia tem sido provocada pelos estudos desenvolvidos por Rawls e Habermas. Estes pensadores, apesar das distintas visões que possuem na superação das questões que envolvem o pluralismo político, convergem na ideia fundamental de que a democracia, enquanto deliberação, pressupõe troca de opiniões e discussões dos respectivos argumentos sobre questões de políticas públicas. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

política contemporânea, a ideia de democracia é mais bem vista como “governo por meio do debate”⁷.

Para finalizar esta árdua tarefa de se estabelecer parâmetros mínimos ao complexo fenômeno intitulado democracia, não se pode deixar de mencionar as famigeradas “regras do jogo democrático”. Tratam-se de “regras” pressupostas sem as quais não se pode identificar determinado regime como democrático. Portanto, é uma espécie de “teste”, criada por Bobbio⁸, onde se estabelece o parâmetro de identificação/definição mínima de democracia.

Eis as tais “regras de ouro” que funcionam como verdadeiras condições da democracia, citadas por Michelangelo Bovero⁹:

1. Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, religión, condición económica y sexo, deben disfrutar de los derechos políticos, es decir, cada uno debe disfrutar del derecho de expresar la propia opinión y de elegir a quien la exprese por él;
2. el voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso;
3. todos los que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres para poder votar según la propia opinión, formada lo más libremente posible, en una competición libre entre grupos políticos organizados en concurrencia entre ellos;
4. deben ser libres también en el sentido de que deben ser puestos en la condición de elegir entre soluciones diversas, es decir, entre partidos que tengan programas diversos y alternativos;
5. tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas, debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere electa o se considere válida la decisión que obtenga el mayor número de votos;
6. ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, en especial el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.

Como funciona o “teste”? Simples, faz-se o cotejo de determinado regime político, que servirá como “modelo” de verificação, e aplicam-se as “regras de ouro” mencionadas acima. Acaso haja a não observância de apenas uma delas, pode-se concluir que tal governo não é realmente democrático. O mesmo ocorre quando se aplica incorretamente ou se altera a aplicação de tais princípios formulados por Bobbio¹⁰. Assim, estar-se-ia diante do famigerado processo de degeneração da democracia.

Esta é a conclusão a que chega Michelangelo Bovero¹¹:

7 Ibidem.

8 BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dizionario di politica*. Turin: UTET, 2004.

9 BOVERO, Michelangelo. ¿Crepúsculo de la democracia? In: BOVERO, Michelangelo; PAZÉ, Valentina (Ed.). *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta, 2014. p. 18.

10 BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dizionario di politica*. Turin: UTET, 2004.

11 BOVERO, Michelangelo. ¿Crepúsculo de la democracia? In: BOVERO, Michelangelo; PAZÉ, Valentina (Ed.). *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta, 2014. p. 19.

[...] este ‘conjunto de reglas’ puede ser asumido y utilizado como verdadero y apropiado *criterio de democraticidad*, simplificado pero eficaz, esto es, como parámetro esencial de un juicio que establezca si este o aquel régimen político real merece el nombre de democracia. En otras palabras, invito a considerar las ‘reglas del juego’ como *condiciones de la democracia*. [...]. No tengo dudas sobre el hecho de que basta la no observancia de una de estas reglas para que un gobierno no sea democrático.

Realizadas as considerações acima, espera-se ter facilitado ao leitor a identificação de um parâmetro mínimo¹² do que se entende hodiernamente por *democracia*. Conforme visto, a pretensão não foi estabelecer um *conceito analítico e exauriente* deste intrincado instituto, até porque se crê que tal tarefa se mostra inglória e impossível de alcançar o resultado desejado.

Adiante, procurar-se-á analisar a faceta mais vigorosa, visível e intensa do exercício do poder pelo povo: a democracia direta.

3 A DEMOCRACIA DIRETA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Sabe-se que a Grécia, mormente Atenas, foi o berço do que se conhece por democracia direta. Trata-se de um modelo que possui as seguintes características principais:

(A) O exercício direto e imediato do poder político era efetivado pelo povo e se concretizava na praça pública (ágora);

(B) Isonomia – igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem qualquer distinção;

(C) Isotimia – os cidadãos tinham livre acesso para o exercício das funções públicas, de modo que não se acolhia os famigerados títulos ou funções hereditárias;

(D) Isagoria – concentra-se no *direito de palavra*, ou seja, na liberdade e igualdade reconhecidas a todos de se expressarem nas assembleias populares (direito a livre manifestação da opinião)¹³.

Porém, é relevante esclarecer que tal modelo somente se fez possível, àquela época, conforme explica Giovanni Sartori¹⁴, porque

Su democracia era una democracia sin Estado, y por tanto también sin extensión territorial. En Atenas, vivían como mucho 35.000 personas, y los ciudadanos que participaban en la asamblea popular eran dos y tres mil, raramente entre cuatro y cinco mil. Por consiguiente, el primer límite de aquella democracia es que requiere, inevitablemente, una extensión reducida, reducidísima. En Atenas, las decisiones se adoptaban en parte por aclamación y en parte por un consejo de 500

12 É forçoso reconhecer, porém, a desejada busca pelo estabelecimento de balizas mais amplas acerca do que se pode conceber como regime democrático, na medida em que esta prática pode auxiliar, inclusive, na identificação de investidas realizadas por regimes de matizes autoritários. Há um grande número de ditadores no mundo que tem conseguido consideráveis vitórias eleitorais, mesmo sem coerção evidente sobre o processo de votação, principalmente fragilizando o debate público e a liberdade de informação. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

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

14 SARTORI, Giovanni. *La democracia en treinta lecciones*. Madrid: Taurus, 2009. p. 59.

miembros, y por último por una variedad de magistraturas que se atribuían por sorteo y en rapidísima rotación. Lo que da lugar a una configuración horizontal (más que vertical) de la política, cuyo estado de carencia de un Estado conlleva la necesidad de seguir siendo una ciudad, de seguir siendo pequeña.

Em que pese a indiscutível envergadura cívica e as vantagens que se extraem na aplicação do modelo ateniense, há fortes críticas que devem ser consideradas¹⁵, conforme bem informa Paulo Bonavides¹⁶:

A escura mancha que a crítica moderna viu na democracia dos antigos veio porém da presença da escravidão. A democracia, como direito de participação no ato criador da vontade política, era privilégio de ínfima minoria social de homens livres apoiados sobre a esmagadora maioria de homens escravos. De modo que autores mais rigorosos asseveram que não houve na Grécia democracia verdadeira, mas aristocracia democrática, o que evidentemente traduz um paradoxo. Ou democracia minoritária, como quer Nitti, reproduzindo aquele pensamento célebre de Hegel, em que o filósofo compendiou, com luminosa clareza, o progresso qualitativo e quantitativo da civilização clássica, tocante à conquista da liberdade humana.

Assim, não é difícil perceber que diversos fatores tornaram efetivamente impossíveis a permanência deste regime tal e qual existia em Atenas. Eis as seguintes razões de ordem prática que impulsionaram a transição da democracia direta para a democracia representativa:

(A) A complexidade organizativa que o tecido social tomou com o decorrer do tempo, inclusive no que diz respeito ao aspecto territorial (cidades grandes, complexas e com necessidade de manter um princípio político unificador);

(B) A inviabilidade numérica de se permitir que centenas de milhares de pessoas pudessem expor a sua opinião em um espaço público físico determinado;

(C) O homem da democracia direta era integralmente político, ou seja, não se preocupava com qualquer outro afazer da vida cotidiana, que ficava a cargo dos escravos, mulheres e etc. Já o homem moderno era (e ainda é) essencialmente econômico e, por consequência, possuía a necessidade de primeiro prover a subsistência própria e de sua família para, depois, ocupar-se dos “assuntos estatais”¹⁷.

Todos estes fatores permitem concluir que a emergência da democracia representativa foi um caminho inevitável. Pode-se dizer mais: é um caminho sem retorno que pode (e merece) ser aprimorado, porém jamais extinto.

E como é possível assegurar a sobrevivência da democracia direta? Como a herança grega pode socorrer e aprimorar a democracia representativa?

15 É salutar, aqui, despontar a visão de Platão acerca da democracia: o filósofo grego era nitidamente antidemocrata e assentava a sua visão na “analogia das profissões”. Eis a premissa: se estivéssemos doentes, e precisássemos nos aconselhar com alguém em matéria de saúde, procuraríamos um especialista – o médico. A última coisa que desejaríamos seria reunir uma multidão e pedir aos presentes que elegessem, através de voto, o remédio certo. Assim, para Platão, a formação filosófica para o governante era indispensável. Maiores detalhes a respeito: POLÓNIO, Artur. De Platão a John Rawls. *Crítica*, [S.l.], 19 set. 2004. Disponível em: <http://criticanarede.com/fa_15excerto.html>. Acesso em: DATA.

16 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 268.

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

É o que se verá a seguir.

4 INSTRUMENTOS DA DEMOCRACIA DIRETA, A FALÁCIA DO RISCO E FORMAS DE PARTICIPAÇÃO CIDADÃ

No item anterior, percebeu-se que a democracia representativa é um fenômeno proveniente da evolução do sistema político, na sociedade ocidental, que prevaleceu irreversivelmente diante da democracia direta (ateniense). Todavia, a representação não basta em si mesma e o grau de participação política que existe em um determinado país não pode se centralizar apenas no direito de votar, sob pena de se esvaziar imensuravelmente a participação política direta dos cidadãos.

Sendo assim, o fortalecimento da democracia representativa pode ser alcançado com a adoção de alguns instrumentos já consagrados, tais como, o referendo, a iniciativa legislativa popular, plebiscito, a participação cidadã (audiências públicas no processo legislativo), orçamento participativo, o debate público francês e os mecanismos baseados em sorteio.

No Brasil, o delineamento normativo do plebiscito, referendo e iniciativa popular pode ser sintetizado da seguinte forma:

- “Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa” (artigo 2º da Lei nº 9.709/1998)¹⁸.

O § 1º e o § 2º da Lei mencionada faz a seguinte distinção entre plebiscito e referendo: “o plebiscito é convocado com anterioridade [ao] ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido”, ao passo em que “o referendo é convocado com posterioridade [ao] ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”¹⁹.

- “A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” (artigo 13 da Lei nº 9.709/1998)²⁰.

Já os conceitos de orçamento participativo, debate público francês e mecanismos baseados em sorteio encontram eco nas lições de Luigi Bobbio, respectivamente:

Orçamento participativo

[...] nace de la exigencia de implicar a los ciudadanos en el control del gasto de la administración municipal destinado a inversión y en el modo de repartir el dinero de modo transparente y equilibrado [...].²¹

18 BRASIL. Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 nov. 1998.

19 Ibidem.

20 BRASIL, op. cit., 1998.

21 BOBBIO, Luigi. Democracia y nuevas formas de participación. In: BOVERO, Michelangelo; PAZÉ, Valentina (Ed.). *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta, 2014. p. 48.

Debate público francês

[...] procesos tendentes a implicar a la población en el asunto de dirimir o prevenir conflictos territoriales o ambientales, relativos especialmente a los proyectos de las grandes obras de infraestructura [...].²²

Mecanismos baseados em sorteio

La tercera familia de mecanismos participativos es la que trata de implicar a ciudadanos comunes, elegidos mediante extracción a suerte, en discusiones sobre temas específicos.²³

Todos estes mecanismos permitem uma maior interação “instituição governamental <=> povo” e, conseqüentemente, uma transparente e sólida formação da vontade pública (popular). É a democracia representativa incorporando instrumentos da democracia direta para melhor servir o povo, notadamente em um período em que o descrédito das instituições de poder (Poder Legislativo/Executivo) revela-se tão evidente.

Miguel Ángel Presno Linera²⁴ já alertava:

No parece dudoso que el creciente cuestionamiento en que los Estados democráticos está experimentando el funcionamiento de las instituciones se centra, precisamente, en las de carácter representativo – ¡No nos representan! –, por lo que la inclusión de las formas de intervención directa podría descargar de parte de esa presión a las primeras y contribuiría a la integración democrática de sectores sociales que se sienten excluidos del sistema y a los que, precisamente, se descalifica como ‘anti-sistema’.

Apesar dos evidentes ganhos que a democracia auferiria com a incorporação dos instrumentos acima citados, no sentido de realizar a participação direta como essência de uma “democracia real” (leia-se, efetiva), diversos são os argumentos utilizados por parlamentares contrários a adoção de tais modelos. São os chamados argumentos do risco (teses do risco).

Eis alguns deles:

(A) Tais iniciativas podem gerar graves conflitos entre o “Parlamento <=> povo” e “Parlamento <=> Governo (Poder Executivo)”, como poderia ocorrer, por exemplo, com o referendo no qual haveria uma interferência popular extraordinária em todo o processo legislativo;

(B) Em verdade, os partidos políticos já são os órgãos de manifestação da vontade popular, e não instituições que *concorrem* para a formação e manifestação da vontade popular (a distinção é sutil, mas traz sérias conseqüências);

22 BOBBIO, Luigi. Democracia y nuevas formas de participación. In: BOVERO, Michelangelo; PAZÉ, Valentina (Ed.). *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta, 2014. p. 48.

23 Ibidem, p. 50.

24 PRESNO LINERA, Miguel Ángel. La Democracia Directa y La Falacia de sus Riesgos. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Coord.). *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*. Granada: Comares, 2014. p. 64.

(C) O povo está muito mais sujeito às manipulações demagógicas, além de se caracterizar como volátil na apreciação de matérias que reclamam maturidade política e cautela gerencial, circunstância que não atingiria aos partidos políticos, porquanto se caracterizam como instituições que trazem em seu corpo pessoas com vasta experiência no trato da “coisa pública”.

Em verdade, pode-se perceber claramente que são argumentos falaciosos, frágeis e que escondem, na verdade, um único objetivo: concentrar todo o protagonismo político “nas mãos” dos partidos políticos. Não é à toa que se limitam, no Brasil, por exemplo, as matérias que podem ser objeto de iniciativa popular; recrudescem-se o número de pessoas necessárias a respaldar a iniciativa legislativa popular; se impõe uma série de condicionantes para a efetivação do plebiscito e do referendo; etc.

Forja-se, então, a perniciosa figura da partidocracia/estado partidário! É assim que, atualmente, a democracia representativa sucumbe em seu notável crepúsculo.

O risco de a vontade popular não se refletir nas atitudes dos partidos políticos ocorre quando estes se alienam por inteiro em um ato de “fechar-se para os seus próprios interesses” (oligarquia partidária), olvidando-se dos reclamos e anseios do povo. Eis aí a corrupção dos partidos políticos que deságua na quebra de confiança da sociedade e na desilusão do corpo eleitoral!

A noção aqui tratada acerca do fenômeno da partidocracia diz respeito justamente ao êxito que se consolidou no sentido de os partidos monopolizarem não só o poder político, no seio social, como também a própria vida política organizada. O que ocorre, portanto, é a sobreposição e predomínio dos partidos em todos os setores da vida comunitária: político, social e econômico. Percebe-se que, atualmente, tal pretensão foi alcançada e as agremiações partidárias conseguiram penetrar em novos e cada vez mais amplos espaços sociais, de modo que pode ser afirmar em um quase absoluto controle da sociedade, em termos de representação política²⁵.

A lição de nossa época demonstra que não raro os partidos, considerados instrumentos fundamentais da democracia, se corrompem. A consequência inevitável disto é a fragilização do corpo eleitoral. Os partidos passam, então, a irradiar uma vontade infiel e contraditória do sentimento da massa popular, de modo que emerge o pernicioso fenômeno da ditadura invisível dos partidos. O partido onipotente, sob os auspícios de uma direção míope e centralizadora, a esta altura, já não é o povo nem a sua vontade geral, mas ínfima minoria que, tendo os postos de mando e os cordões com que guiar a ação política, desnaturou nesse processo de condução partidária toda a verdade democrática²⁶.

A lição dada pelos gregos de Atenas e já mencionada acima é no sentido de se adotar uma postura de participação política ativa, imbricando-se, cada vez mais, nos negócios políticos estatais e acompanhando muito mais de perto os afazeres dos agentes políticos. Somente assim, se resgatará a necessária confiança do povo. Somente assim, poder-se-á falar em verdadeira regeneração dos partidos políticos e, conseqüentemente, reestruturação da democracia representativa.

25 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998.

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

Não custa lembrar que, na Grécia antiga, todas aquelas pessoas que não acompanhavam e deixavam em segundo plano os assuntos da Política e da administração do local em que viviam eram consideradas *idiotés* (idiota!). Ou seja, eram aquelas pessoas que se preocupavam apenas com a sua própria vida, com os assuntos pessoais, com os seus negócios particulares. Para os gregos, ser um *idiotés* era escapar da natureza humana, o que significava não utilizar a própria razão²⁷.

A lição aristotélica é no sentido de que a participação política ativa dos cidadãos é a única forma capaz de proporcionar o pleno desenvolvimento da potencialidade social, política, econômica e intelectual dos seres humanos.

São ensinamentos do grande filósofo grego²⁸:

Toda Cidade é um tipo de associação, e toda associação é estabelecida tendo em vista algum bem (pois os homens sempre agem visando a algo que consideram ser um bem); por conseguinte, a sociedade política, a mais alta dentre todas as associações, a que abarca todas as outras, tem em vista a maior vantagem possível, o bem mais alto dentre todos.

Depreende-se do excerto acima que a Política deve visar o bem comum. É a arte de viver em sociedade e de tomar decisões que busquem o bem de todos. Logo, deve-se dar primazia à pólis (aqui entendida como conjunto), e não ao cidadão individualmente considerado. Alinhando-se esta noção de bem comum, chegar-se-á a conclusão de que também a virtude é a finalidade da vida política e que toda a sua potencialidade somente pode ser exercitada na pólis, com a participação efetiva de seus integrantes, atingindo-se, desse modo, o supremo valor humano, que é a felicidade²⁹.

A construção sólida da democracia deve perpassar pela participação política, o diálogo e a interação pública, exercitando-se a argumentação pública (debate público) ao seu patamar mais elevado³⁰. Somente assim, revelar-se-á possível aglutinar o atuar cidadão com um modo ético de vivência mais palatável, apto a ultrapassar as barreiras que afligem a população em seus anseios mais comezinhos e que são olvidados pelas agremiações partidárias.

O homem, como animal político que é, deve buscar, acima de tudo, a participação na administração da *res publica* (coisa pública) e só se desenvolverá plenamente dentro do contexto social em que vive (a cidade é anterior ao indivíduo), jamais isoladamente. Todo aquele que não procura viver integrado no seio da sua comunidade abandona a sua própria natureza (humana) e, por isso, diminui a si mesmo ou sente-se superior aos outros. Não é difícil perceber que ambos os efeitos são extremamente perniciosos à própria condição humana:

A noção aristotélica acerca do conteúdo ético da felicidade guarda íntima relação com a convivência em comunidade, ultrapassando-se a barreira do indi-

27 MANZANO, Rodrigo dos Santos. *Ciência e vida*: Filosofia. Editora Escala, 2012.

28 ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1985. p. 13.

29 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 21.

30 SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

vidualismo. Em suma, exercitando a participação política, haja vista que, sem a sociedade, o homem torna-se um ser injusto e refém do egoísmo (um verdadeiro animal desprovido de racionalidade)³¹.

Todas estas observações servem para se concluir que o atuar cidadão (participação da vida política no local em que se vive) é o verdadeiro contrapoder capaz de impor freios aos desmandos dos agentes políticos e de seus partidos. E mais: apenas com o controle, vigília, limite e complementação do verdadeiro detentor do poder político é que se conseguirá fazer com que os representantes (partidos políticos) deixem de agir em benefício próprio (fechando-se em si mesmo) e passem a atender à pauta de quem lhe delegou parcela do poder.

5 LEGITIMAÇÃO NO EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO E O PAPEL DO DIREITO

Atualmente, pode-se falar de um consenso funcional e permanente, que consiste na participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões. A comunidade política se converte em protagonista do exercício do poder: os representados tornam-se, pelo menos formalmente, cidadãos, detentores da soberania, e legitimam o poder por meio da eleição dos governantes (representantes) e da participação cotidiana nos processos políticos (debates, protestos, greves, etc.).

Nesse panorama, não é difícil constatar que o direito tem uma importância particularmente grande para o processo de legitimação do poder político. O direito dá ao poder o que alguns estudiosos denominam de “mais valia política”. O que significa isto? Através do direito é possível criar legitimidade para um governo, que passa a usufruir as vantagens que oferece a aceitação popular (estabilidade social, diminuição dos conflitos, obediência espontânea)³².

O direito, enquanto ciência jurídico-normativa, funciona como instrumento prático e racional legitimador do poder político. Isto se dá por duas razões principais:

Em primeiro lugar, a existência de um sistema jurídico está ligada à ideia do justo. Se as leis são respeitadas por todos, as pessoas acreditarão que a justiça prevalece, que as autoridades do Estado não exercem o poder arbitrariamente, mas se restringem a aplicar as regras previamente estabelecidas.

Em segundo lugar, a existência do direito e o respeito a ele oferecem ao cidadão uma sensação de segurança, permitindo saber o que se deve fazer e o que se pode esperar dos outros, ou seja, lhe permite organizar a sua vida em comunidade com razoável estabilidade.

Para conseguir legitimidade, o poder político deve atuar em conformidade com as características e exigências de cada sociedade. Nos sistemas capitalistas, a legitimidade é de tipo formal-legal. Os cidadãos aceitam submeter-se somente a ordens que emanam de normas jurídicas estabelecidas segundo procedimentos previstos na Constituição. Neste sentido, podemos dizer que a eficácia do direito é uma condição importante da legitimidade formal. Um governo que não consegue

31 ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1985.

32 SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

aplicar o direito e não respeita as normas constitucionais na sua atuação, perde sua legitimidade, a sua posição de garantidor de uma ordem. O resultado é a criação de uma situação social anômica³³.

A legitimidade formal, fundamentada no respeito da legalidade é necessária nos sistemas capitalistas. Não é, porém, suficiente. Existem também exigências de legitimidade material. A maior parte dos conflitos políticos giram em torno da questão de se as decisões do poder político são materialmente justas, isto é, conforme ao “interesse comum”, aos ideais de liberdade, igualdade e solidariedade. Assim, o fundamental para a legitimidade material é o convencimento de que, em último caso, a decisão deverá ser popular e é o povo que tem o poder de exigir o cumprimento de promessas de justiça social³⁴.

O problema de legitimidade envolve as crises e as mudanças sociais. A ordem institucional e social não se comporta como um corpo em repouso. Muito pelo contrário! Uma crise de legitimidade aumenta a tensão entre governantes e governados, podendo levar a um processo de destruição, total ou parcial, da ordem institucional e jurídica. Este processo é motivado pelas exigências de determinados grupos sociais e também pela incapacidade do sistema político de captar as necessidades de reforma.

A depender do grau de incapacidade que o sistema político atinja, em termos de ilegitimidade representativa, poder-se-á testemunhar verdadeira revolução no seio de dada comunidade. Ora, a revolução desponta como uma mudança social nuclear, que alcança o cerne ou a essência de uma dada sociedade, alterando por completo a fisionomia das interações comportamentais. Assim, o matiz do espectro revolucionário virá, na maior parte das vezes, acompanhado de efetiva alteração da forma econômica de produção e distribuição de riquezas na sociedade, com desdobramentos no âmbito da superestrutura político-ideológica³⁵.

Isto porque, os sistemas políticos sem consenso não dispõem dos meios necessários para coordenar e impor suas decisões. No processo de mudança radical, o novo poder buscará a legitimação por meio do direito, ou seja, procurará tornar-se legal, formulando novos princípios e valores constitucionais.

Conforme visto nos itens 3 e 4 deste ensaio, ainda que sem pretensão de esgotamento da matéria, é possível perfilhar caminhos menos traumáticos para melhor equalizar a balança “representantes-representados”, valendo-se de meios políticos, sociais e jurídicos legítimos, sem que seja necessário atingir o ponto alto do patamar revolucionário.

6 CONCLUSÃO

Sem dúvida alguma, a vivência da democracia exige um reinventar ininterrupto seja porque a sociedade muda incessantemente; seja porque o atuar humano, no sentido de construir e fazer Política, é de flexibilidade tamanha que

33 Ibidem.

34 SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

35 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 2017.

o mundo ocidental não conseguiu (e não conseguirá) estabelecer limites fixos (as experimentações que vão desde a democracia ateniense até a teocracia bem demonstram a variedade absurda de sistemas de organização política). O regime democrático continua sendo o sistema que melhor permite ao ser humano explorar as suas potencialidades positivas³⁶.

Dentro deste espectro, após toda a análise acima desenvolvida, apesar do indiscutível enfraquecimento e sinais de séria exaustão, a exemplo do que se observa no Brasil atualmente (movimentos populares de 2013, 2015 e 2016), chega-se também à conclusão de que a democracia representativa é capaz de regenerar-se, acaso, por exemplo, sirva-se do instrumental e das ideias que, desde há muito, são ensinadas desde a Grécia Clássica, circunstância que permitirá ao cidadão continue na busca do bem comum³⁷.

É possível também afirmar que a legitimidade nunca é obtida de modo definitivo. Além do respeito à legalidade, o poder político deve conquistar diariamente a sua legitimação pela adesão da opinião pública, sob pena de o esgarçamento do sistema político erodir-se de tal forma que a representação não passe de uma miragem opaca.

Neste sentido, para ser mais equânime, a representação política deve ser exercida com o consentimento, a cooperação e a vigilância dos representados. O respeito à sociedade civil e ao cidadão perpassa, necessariamente, pelo reconhecimento de que jamais haverá um Estado realmente livre e esclarecido até que este venha a reconhecer o indivíduo como um poder mais alto e independente³⁸, do qual deriva os demais poderes e autoridades³⁹.

Assim, a premissa fundamental é, realmente, de que todo o *poder emana do povo* (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988). O que se é delegado ao representante estatal é apenas, e tão-só, parcela (exercício) do poder político, de modo que nada se afigura mais legítimo e estratégico do que a efetiva utilização dos instrumentos que permitem o exercício da democracia direta.

A legitimidade jurídica material do regime político-democrático se assenta não só na consagração dos direitos das majorias, mas, também, no resguardo dos interesses das minorias, sendo certo perceber que, muitas vezes, a conciliação de ambos, na busca de um ponto de equilíbrio, não é tarefa fácil e exige profunda e exaustiva deliberação cívica.

Em que pese os partidos políticos exercerem funções relevantes na consecução da democracia representativa, é possível verificar que a representação, sendo restringida como mera etapa do processo eleitoral, encontra-se deveras fragilizada. Existem outros espaços de luta e conscientização política (movimentos sociais,

36 São conhecidas as palavras proferidas por Winston Churchill, na Câmara dos Comuns, em 11 de novembro de 1947: “A democracia é a pior forma de governo, à exceção de todos os outros já experimentados ao longo da história”. Maiores informações em: MARQUES, Viriato Soromenho. Churchill tem razão. *Diário de Notícias*, [Lisboa], 22 abr. 2014. <<http://www.dn.pt/opiniao/opiniaio-dn/viriato-soromenho-marques/interior/churchill-tem-razao-3823254.html>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

37 Bom repisar que a expressão aqui utilizada é utilizada sob o prisma aristotélico (vide seção 4).

38 Não por acaso, o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal do Brasil estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

39 THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

orçamento participativo, conselhos de políticas e planos diretores municipais, por exemplo) que devem ser aprimorados, com a finalidade de melhor equalizar a organicidade e dinâmica próprias do tecido social. Ora, é a cidadania e o pluralismo político que conformam o Estado brasileiro sob a forma de uma democracia não apenas representativa, mas, também, participativa, na qual a sociedade civil é elemento central das decisões políticas estatais.

Do contrário, o que se vivenciará é o continuísmo de uma realidade partidária que se impõe e produz um programa governamental e político centrado em interesses de pequenos grupos dominantes. Tal força centrípeta ganha sua moldura final em uma ideologia que contribui para um reduzido índice de identificação dos eleitores para com as entidades partidárias. Sob esse aspecto, é indispensável a necessidade de reformas intrapartidárias, inclusive, com o escopo de que não se perpetuem ditaduras internas nas agremiações, que são mantenedoras de oligarquias que submetem os partidos ao papel de mero instrumento a serviço de interesses de uma casta bem restrita.

Somente com a combinação de medidas, a exemplo das retratadas nos tópicos 3 e 4 desta investigação científica, é que se poderá fazer frente a essa monocultura política, de sorte a concretizar nítido controle e fiscalização sobre a atuação dos agentes políticos, bem como sobre os interesses que estes afirmam representar.

Afinal, no trato da coisa pública, onde os interesses devem ser de muitos, e não de poucos ou de um só, a confiança que não se conquista, resgata-se!

REFERÊNCIAS

- ADELL ARGILÉS, Ramon. El Poder de los Contrapoderes. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Coord.). *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*. Granada: Comares, 2014. p. 119-141.
- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Poder Democrático y Derechos en una Sociedad en Crisis. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Coord.). *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*. Granada: Comares, 2014. p. 39-60.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1985.
- BOBBIO, Luigi. Democracia y nuevas formas de participación. In: BOVERO, Michelangelo; PAZÉ, Valentina (Ed.). *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, Y.; PASQUINO, G. *Dizionario di politica*. Turin: UTET, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BOVERO, Michelangelo. ¿Crepúsculo de la democracia? In: BOVERO, Michelangelo; PAZÉ, Valentina (Ed.). *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta, 2014.

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- _____. Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 nov. 1998.
- CASQUETE, Jesús. *El poder de la calle: ensayos sobre acción colectiva*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- CASTRO, Eduardo Viveiros de. O conceito de sociedade em antropologia: um sobrevôo. *Teoria & Sociedade*, Belo Horizonte, n. 5, jun. 2000.
- GUILLÉN LÓPEZ, Enrique. Las Enseñanzas del 15-M (El Léxico Constitucional Frente a la Crisis de Legitimidad). In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Coord.). *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*. Granada: Comares, 2014. p. 1-37.
- LINZ, Juan J. *La quiebra de las democracias*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- MANZANO, Rodrigo dos Santos. *Ciência e vida: Filosofia*. Editora Escala, 2012.
- MARQUES, Viriato Soromenho. Churchill tem razão. *Diário de Notícias*, [Lisboa], 22 abr. 2014. <<http://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/viriato-soromenho-marques/interior/churchill-tem-raza-3823254.html>>. Acesso em: 25 jul. 2018.
- PASQUINO, Gianfranco. Democracia, elecciones, partidos. In: BOVERO, Michelangelo; PAZÉ, Valentina (Ed.). *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta, 2014.
- POLÓNIO, Artur. De Platão a John Rawls. *Crítica*, [S.l.], 19 set. 2004. Disponível em: <http://criticanarede.com/fa_15excerto.html>. Acesso em: 01. jun. 2018
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. La Democracia Directa y La Falacia de sus Riesgos. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Coord.). *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*. Granada: Comares, 2014. p. 61-92.
- SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SARTORI, Giovanni. *La democracia en treinta lecciones*. Madrid: Taurus, 2009.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SOUZA, José Pedro Galvão de. *La representación política*. São Paulo: Marcial Pons, 2011.
- THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Porto Alegre: L&PM, 2013.



**FILHO DE CRIAÇÃO E INELEGIBILIDADE REFLEXA POR
PARENTESCO: UMA CONTRIBUIÇÃO DA REALIDADE
SERTANEJA PARA A TEORIA DAS INELEGIBILIDADES**

**CHILD OF CREATION AND REFLECTIVE INELEGIBILITY FOR
RELATIONSHIP: A CONTRIBUTION OF SERTANEJA REALITY
TO THE THEORY OF INELEGIBILITIES**

Volgane Oliveira Carvalho*

Izabelle Carvalho Lima**

RESUMO

O presente trabalho destina-se a observar em que medida os efeitos da afetividade atingem o processo eleitoral, por meio da análise de um *leading case* do Tribunal Superior Eleitoral proferido no Recurso Especial Eleitoral 54101-03/2008. Trata-se de uma ação em que se questiona a existência da inelegibilidade prevista no artigo 14, §7º, da Constituição Federal, a inelegibilidade reflexa por parentesco, que incide sobre o cargo de chefia do Poder Executivo. A lide gira em torno do debate sobre a possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, entre o prefeito eleito na cidade de Pau D'arco do Piauí, em razão de ser filho de criação do ex-prefeito reeleito do município. A discussão perpassa as consequências da constitucionalização do Direito Privado, que proporcionou uma quebra de paradigmas, a ampliação e o surgimento de novos conceitos no âmbito das relações de parentesco. O julgado foi muito importante pois possibilitou a abertura de precedentes no que tange ao reconhecimento da filiação socioafetiva, demonstrando também a postura ativista da Justiça Eleitoral que contribuiu para evitar a existência de desequilíbrios como a formação de oligarquias e fraudes nos pleitos eleitorais.

Palavras-chaves: Prefeito. Inelegibilidade. Parentesco. Filho de Criação. Socioafetividade.

ABSTRACT

The present study aims to observe the extent to which the effects of affectivity affect the electoral process, through the analysis of a leading case of the Higher Electoral Court rendered in Electoral Special Appeal 54101-03 / 2008. This is an action that questions the existence of the ineligibility foreseen in article 14, §7º of the Federal Constitution, the reflex ineligibility for kinship, that focuses on the position of head of the Executive Branch. The lawsuit revolves around the debate about the possibility of recognition of the socio-affective affiliation between the mayor elected in the city of Pau D'arco do Piauí, due to being foster child the ex-mayor re-elected

* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão. Professor do curso de Direito do Instituto Camillo Filho.

** Bacharel em Direito pelo Instituto Camillo Filho.

mayor of the municipality. The discussion pervades the consequences of the constitutionalization of Private Law, which has provided a breakdown of paradigms, the expansion and the emergence of new concepts in the context of kinship relations. The trial was very important because it made it possible to open precedents regarding the recognition of the existence of socio-affective filiation, also demonstrating the activist position of the Electoral Justice that contributed to avoid the existence of imbalances such as the formation of oligarchies and fraud in electoral lawsuits.

Keywords: Mayor. Inelegibility. Kinship. Foster Child. Socio-affectivity.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o Direito de Família sofreu alterações substanciais, dentre as quais pode-se pinçar a formação de novos arranjos familiares. O afeto passou a ser considerado o ator principal das relações de parentesco, instituindo os mesmos direitos e obrigações do exercício do poder familiar, com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana que auxilia no processo de humanização da família.

Entretanto, os efeitos da socioafetividade não ficaram restritos apenas à esfera do Direito de Família, na verdade, disseminou-se pelo ordenamento jurídico, atingindo até o campo do Direito Eleitoral. A Constituição Federal prevê, no artigo 14, §7º, uma hipótese de inelegibilidade que decorre dos laços de parentesco. Porém, o texto legal não faz uma menção expressa em relação à aplicação das restrições quanto à parentalidade socioafetiva.

Contudo, é possível notar que o vínculo socioafetivo está presente rotineiramente no âmbito dos núcleos familiares brasileiros como é o caso da figura do filho de criação, muito comum principalmente nas famílias do interior nordestino.

Diante desses novos arranjos familiares da sociedade contemporânea, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) vem tendo um papel fundamental no reconhecimento da socioafetividade como elemento suficiente para gerar o vínculo parental, aplicando, assim, a inelegibilidade reflexa por parentesco em razão do vínculo socioafetivo. Realiza, desse modo, uma interpretação que se adequa à realidade social e à finalidade constitucional no sentido de evitar a perpetuação de famílias no poder, bem como a formação de oligarquias, abusos e fraudes que comprometam o processo eleitoral e a democracia.

O objetivo desse trabalho é o de examinar o conceito de filiação para o direito brasileiro, com foco sobre a discussão do termo “filho de criação”, buscando observar em que medida os efeitos da afetividade atingem o processo eleitoral, com relação à teoria das inelegibilidades, a partir da análise da jurisprudência do TSE acerca do tema.

2 A REGULAMENTAÇÃO ESTATAL DA FAMÍLIA

Por muito tempo prevaleceu a ideia de que havia uma divisão entre os ramos do Direito Público e do Direito Privado. Porém, nas últimas décadas, essa dicotomia, defendida principalmente pelo Estado Liberal, vem sendo rompida, tendo em vista

a ocorrência do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado¹. No Brasil, isso se deu a partir da Constituição de 1988, que estabeleceu um amplo rol de direitos fundamentais, alterando significativamente a relação entre particulares.

A seara do Direito de Família foi uma área profundamente atingida. Ultimamente tem ocorrido uma ampliação do conceito jurídico de família, que vai além das modalidades previstas na Constituição Federal de 1988 (CF/88)²; com o intuito de adequar o Direito às mudanças estruturais no âmbito socioeconômico, político e cultural, visando à promoção da pacificação e estabilidade da ordem jurídica diante do processo de evolução social.

Assim, a doutrina e a jurisprudência têm defendido a não taxatividade do rol constitucional, permitindo o reconhecimento de outros arranjos familiares que fazem jus à mesma proteção do Estado, de modo que a mera exclusão desses novos arranjos implicaria em ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos principais vetores do sistema jurídico brasileiro.

Hodiernamente, as relações familiares possuem como força motriz o afeto, apontado como valor jurídico elencado no rol dos direitos da personalidade, além de assumir a posição de direito fundamental, haja vista que é responsável pela criação de entidades familiares³.

Assim, é necessário analisar a afetividade como elemento fundamental das famílias contemporâneas brasileiras e como ocorre a regulamentação estatal das relações familiares movidas pelo vínculo afetivo. O centro da análise se baseará nas relações de filiação e no parentesco socioafetivo entre pais e filhos, observando a questão do filho de criação, que é uma figura que se faz muito presente no Brasil.

2.1 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

No modelo de Estado Liberal há claro predomínio da autonomia da vontade, de modo que cabia ao Estado apenas manter a paz entre os cidadãos. Nesse período, prevaleceu, portanto, a garantia da não intervenção do Poder Público nas relações entre os cidadãos, o que contribuiu para a promoção das codificações. Entretanto, toda a segurança trazida pela era das codificações passou a sucumbir diante das mudanças sociais e do aumento do intervencionismo estatal, que atingiu seu ápice no modelo do *Welfare State*. Com o advento do Estado Social, a atuação estatal tornou-se cada vez mais proeminente, proporcionando um avanço democrático, na medida em que houve a consagração do constitucionalismo, origem e fonte da proteção dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Segundo Maria Celina Bodin de Moares:

- 1 GOEDERT, Rubia Carla; PINHEIRO, Rosalie F. A constitucionalização do direito privado, os direitos fundamentais e a vinculação dos particulares. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 12, n. 2, p. 463-479, jul./dez. 2012.
- 2 FIGUEIREDO, Marcela R. S. F.; MASCARENHAS, Fabiana A. A abertura do conceito de família no direito brasileiro: para além do rol do art. 226 da Constituição Federal de 1988. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO; UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Direito de Família*. Florianópolis, 2012. p. 12-32.
- 3 CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI; Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 19., 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 6.857-6.869.

Defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. A divisão do direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e, de substancial— isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade liberdade — se transforma em distinção meramente 'quantitativa': há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos.⁴

Dessa forma, a dicotomia entre o público e o privado começou a ser rompida. Contemporaneamente, verifica-se o que convencionou chamar de constitucionalização do Direito Privado, de modo que as normas de Direito Privado são interpretadas sob a ótica dos valores constitucionais, buscando harmonizar as normas ordinárias ao que dispõem o texto constitucional como norma suprema no ordenamento jurídico brasileiro.

A interpretação das normas de Direito Civil conforme a Constituição se faz muito importante, haja vista que provoca uma despatrimonialização do direito privado, provocada pela preponderância dos princípios positivados constitucionalmente.

Continua Maria Celina Bodin de Moares:

Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar.⁵

O Direito de Família foi, também, atingindo pelas alterações decorrentes da constitucionalização do Direito Privado, realidade que pode ser facilmente percebida pela gênese de novos princípios, lastreados pelas diretrizes constitucionais de defesa da dignidade do indivíduo valorizando o ser humano em detrimento do patrimônio, antes o centro das atenções no ordenamento jurídico.

Cabe uma anotação acerca da existência do princípio da igualdade entre os filhos, que trata da proibição de qualquer designação discriminatória referente à filiação, e do princípio da afetividade, que aponta o afeto como principal fundamento das relações familiares, criando uma nova forma de parentesco, que é a parentalidade socioafetiva.

2.2 A AFETIVIDADE COMO CERNE DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS

O afeto hoje é considerado o elemento fundamental das famílias contemporâneas, mas para entender como isso ocorreu se faz necessário realizar uma breve

4 MORAES, Maria Celina B. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 6, 1991.

5 *Ibid.* p. 7.

análise sobre a evolução histórica do conceito de família, observando também a evolução da tutela da legislação constitucional a respeito do tema.

No Brasil, do período colonial ao início da República, o papel da mulher no casamento restringia-se a cuidar da família, do lar e procriar. O CC/1916 dedicou-se de modo mais vigoroso sobre os temas relacionados à família, porém manteve o patriarcalismo e a monoparentalidade. Diversas leis, a partir de 1930, foram criadas com o objetivo de resguardar o núcleo familiar e, no mesmo sentido, as constituições também trataram da família⁶.

A Constituição de 1934 dedicou um capítulo para a família que gozaria de uma proteção especial por parte do Estado; a partir da Constituição de 1937, os pais passaram a ter o dever de prover material, moral e intelectualmente os filhos, o que facilitou o reconhecimento dos filhos naturais, que passaram a ser equiparados aos filhos legítimos para fins jurídicos.

Na Constituição de 1946, foi disciplinado que o Estado deveria amparar as famílias que detinham uma prole numerosa, assegurando assistência à maternidade, à infância e à adolescência; a Constituição de 1967 determinou que a família seria indissolúvel; a Emenda Constitucional de 1969 trouxe a previsão de que o casamento poderia ser dissolvido, após prévia separação judicial.

Somente com a Constituição de 1988, no artigo 226, §§ 3º e 4º⁷, houve a previsão da igualdade de direitos entre os cônjuges e os filhos, mesmo para aqueles concebidos fora do casamento, trazendo também a ampliação do conceito de família, reconhecendo-se a união estável.

A Constituição de 1988 trouxe, ainda, a previsão do direito ao planejamento familiar atrelado ao princípio da paternidade responsável no artigo 226 §7º⁸, e positivou o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, no artigo 1º, III⁹. Assim, a partir da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, a família passou a ser considerada como um meio de promoção pessoal dos seus integrantes e, dessa forma, o requisito para a sua constituição não é mais jurídico, mas sim fático, que é o afeto¹⁰.

O afeto é reputado como um fato jurídico, pois permite a constituição, modificação e extinção de relações jurídicas, além de estabelecer relações também entre as pessoas. O conceito de afeto, dessa forma, pode ser entendido atualmente como o:

6 CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI; Vitor Eduardo. *Op. cit.*

7 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

8 Art. 226. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. *Ibid.*

9 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL, *op. cit.*, 1988.

10 ALVES, Leonardo B. M. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha. *De Jure*, Belo Horizonte, v. 8, p. 329-347, 2007.

Envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – e o conduz para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde as almas e confunde patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos.¹¹

Desse modo, a família saiu de uma previsão legal que abrangia apenas institutos jurídicos, para abarcar o agrupamento de pessoas que estão fora do texto legal, mas permeados em torno do elemento afetivo, devendo o ordenamento jurídico reconhecer qualquer pessoa que seja vista e tratada como familiar pelos seus pares. Nesse contexto:

[...] entende-se que a família não é apenas uma instituição de origem biológica, mas, sobretudo, um organismo com nítidos caracteres culturais e sociais. Nas palavras da Professora Hironaka (1999, p. 7), ela '[...] é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos [...]; a história da família se confunde com a história da própria humanidade'. Trata-se, em verdade, da célula mater da sociedade, do seu núcleo inicial, básico e regular. É um microsistema social, onde os valores de uma época são reproduzidos de modo a garantir a adequada formação do indivíduo.¹²

Esse conceito moderno de família causa certa insegurança jurídica, principalmente no plano infraconstitucional, pois o afeto não está tutelado de forma expressa na legislação, contudo, ele se faz presente de forma implícita¹³. Além disso, é considerado um valor jurídico e, em razão desse reconhecimento, seus efeitos refletem diretamente sobre a legislação civil como, por exemplo, ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (art. 1511, CC), quando admite a origem da filiação, além do parentesco natural e civil (art. 1593, CC), ou quando consagra a igualdade na filiação (art. 1596, CC).

A parentalidade socioafetiva também tem ganhado força no campo dos Tribunais, tendo sido objeto de enunciados da I e da III Jornadas de Direito Civil¹⁴ promovidas pelo Conselho da Justiça Federal com a chancela do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reconheceu e demonstrou o valor do afeto no ordenamento jurídico brasileiro.

O afeto, desse modo, vai transcender a própria família, uma vez que não se resume apenas aos laços consanguíneos que unem um núcleo familiar, constituindo, na realidade, um sentimento que nutre relações¹⁵. Assim, contemporaneamente

11 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 10.

12 ALVES, Leonardo B. M. *Op. cit.* p. 331.

13 VIANNA, Roberta Carvalho. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da ESMESC*, v. 18, n. 24, 2011.

14 Enunciado nº 103 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil, além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. Enunciado nº 108, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva. Enunciado nº 256, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. (CJF).

15 VIANNA, Roberta Carvalho. *Op. cit.*

o afeto não é apenas estabelecido como um valor considerado fundamental nas relações familiares, mas um princípio que rege o Direito de Família. O Projeto de Lei do Senado nº 470/2013 – Estatuto das Famílias – no artigo 5º, traz expressamente a afetividade como um princípio a ser observado:

Art. 5º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a responsabilidade, a afetividade, a convivência familiar, a igualdade das entidades familiares, a igualdade parental e o melhor interesse da criança e do adolescente, o direito à busca da felicidade e ao bem-estar.¹⁶

No que tange à esfera da filiação, o paradigma do biologismo passou a ser questionado a partir do momento em que a doutrina voltou os olhos para um aspecto de ordem cultural que estava presente na maioria das adoções brasileiras, que é a socioafetividade¹⁷. Passa a ser perceptível no Direito, a partir da doutrina, que a capacidade para ser pai e mãe não acontece apenas por meio da geração, mas também por meio da afetividade. Assim, então, a filiação não se define apenas pela verdade biológica, pela verdade legal ou jurídica, mas também pela verdade do coração¹⁸.

2.3 O ESTADO DE FILIAÇÃO

O estado de filiação é uma ficção jurídica criada, de acordo com Simões¹⁹, com o objetivo de proteger o núcleo familiar, na medida que presume ser filho aquele que assim se mostra para a sociedade. Segundo Carvalho²⁰, o estado de filiação permite a concretização de alguns direitos da personalidade, sendo um dos mais importantes o direito à posse e uso do nome de família, que ocorre com o devido registro civil pelos pais.

Ademais, o direito ao estado de filiação é um dos direitos mais básicos que assiste ao homem, de modo que a sua sonegação é crime previsto no artigo 243 do Código Penal, além de constituir uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana obstar o reconhecimento de situações fáticas que ocorrem na própria sociedade.

2.3.1 A filiação no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 classificou a filiação de acordo com a origem, quer dizer, se o filho advinha ou não do matrimônio. Aqueles que não eram concebidos dentro do casamento, ou seja, de relações extramatrimoniais eram chamados de

16 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

17 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição*. 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9709-9708-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

18 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

19 SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A família afetiva: o afeto como formador de família*. 2007. Disponível em: <<http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a19.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

20 CARVALHO, Volgane Oliveira. O filho de criação e a inelegibilidade reflexa por parentesco: estudo do Recurso Especial Eleitoral 54101-3.2008. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO; UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Relações privadas e democracia*. Florianópolis, 2014. p. 349-368.

ilegítimos. Os filhos ilegítimos eram classificados como: naturais, aqueles filhos nascidos de pais, que não estavam impedidos de casar; e espúrios, que eram aqueles nascidos de pais que estavam impedidos de casar²¹.

Os espúrios ainda eram classificados em adúlterinos, quando o impedimento decorria de casamento dos pais, e incestuosos, quando o impedimento para o casamento decorria da relação de parentesco dos pais. O instituto da adoção era reconhecido, porém não era muito utilizado e nem visto com bons olhos pela sociedade mais conservadora da época, pois havia o risco de possibilitar o acolhimento, na comunidade familiar, de filhos adúlterinos ou incestuosos.

O Código previa a presunção de paternidade, que dependia da fidelidade conjugal por parte da mulher. Quando presumida a fidelidade da mulher, a paternidade tornava-se certa. Assim, eram considerados concebidos na constância do matrimônio os filhos nascidos em até 180 dias após o casamento e os nascidos 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal. Aqueles que nasciam antes ou depois do prazo eram considerados ilegítimos e, portanto, concebidos fora do matrimônio.

Existia, também, a possibilidade de impugnação da paternidade, direito que cabia unicamente ao marido. Se ele estivesse presente, o prazo de preclusão para ajuizamento da ação era de dois meses e, de três meses, se ele estivesse ausente, começando a contar da data do seu retorno. Caso o nascimento da criança fosse ocultado, o decurso do prazo iniciava-se a partir da ciência do nascimento.

Era permitido pelo Código o reconhecimento apenas dos filhos ilegítimos naturais e, após o reconhecimento, estes eram equiparados aos filhos legítimos. Entretanto, não poderiam habitar o mesmo lar conjugal do genitor que realizou o reconhecimento sem o consentimento do seu cônjuge²².

Os filhos ilegítimos eram reconhecidos mediante ato voluntário dos pais, de forma conjunta ou separadamente na certidão de nascimento, por escritura pública ou testamento; ou por meio do judiciário. O reconhecimento era possível para aqueles filhos que detinham presunção de legitimidade, isto é, quando nasciam em constância de casamento válido, putativo ou anulável.

O reconhecimento do filho voluntária ou judicialmente produzia os mesmos efeitos. Quando o filho ainda fosse menor, ficava sob o poder do genitor que o reconheceu. Caso o genitor fosse casado e o cônjuge não permitisse que ele morasse no mesmo lar conjugal, o genitor que fez o reconhecimento deveria prestar toda a assistência necessária²³.

Quanto aos direitos sucessórios, os filhos reconhecidos eram equiparados aos filhos legítimos. Contudo, se o reconhecimento tivesse ocorrido depois do nascimento do outro filho do genitor, ele só teria direito a receber metade que este receberia e, se o reconhecimento fosse feito antes do nascimento do outro filho, os bens eram divididos em partes iguais.

21 ZENI, Bruna Schlindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. *Direito em Debate*, ano 17, n. 31, p. 59-80, jan./jun. 2009.

22 Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente. Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlterinos não podem ser reconhecidos Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos. Art. 359. O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro. BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, [Rio de Janeiro], 5 jan. 1916.

23 ZENI, Bruna Schlindwein. *Op. cit.* p. 59-80.

2.3.2 A filiação após a Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da CF/88, a classificação discriminatória dos filhos ilegítimos teve seu fim, uma vez que o artigo 227, §6²⁴, proibiu qualquer diferenciação entre os filhos nascidos e não nascidos na constância do casamento. Este tratamento igualitário foi reforçado também com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, trazido como fundamento constitucional no artigo 1º inciso III da CF/88.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) traz o reconhecimento da filiação nos seus artigos 26 e 27²⁵, colocando-o como direito personalíssimo, imprescritível e indisponível, independentemente de origem. A legislação do ECA sobre filiação estabeleceu inovações nesse sentido e foi muito importante, pois posteriormente serviu de embasamento para o disposto no Código Civil de 2002 (CC/02).

O Código Civil de 2002 reconheceu dois tipos de filiação: a natural, que é decorrente da concepção, e a adoção, que é oriunda de um procedimento formal com regramento previsto em legislação específica. O Código estabelece também a presunção de paternidade e maternidade no artigo 1597²⁶, com o escopo de garantir a proteção da criança²⁷.

O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, em conjunto ou separadamente e de forma voluntária ou judicial, independentemente da dissolução da sociedade conjugal. O reconhecimento poderá ser feito na certidão de nascimento, por via de escritura pública ou particular, por testamento, e por manifestação direta e expressa, perante o juiz.

O reconhecimento poderá também preceder ao nascimento do menor ou ser posterior ao seu falecimento. É considerado vedado o reconhecimento de filho maior sem o seu consentimento, sendo concedido ao menor o direito de impugnar o reconhecimento em até quatro anos após a sua maioridade ou emancipação. O reconhecimento é irrevogável, salvo nos casos em que houver vício material ou de manifestação de vontade. De acordo com Zeni²⁸, os efeitos

24 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à cria e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: 24 mar. 2018.

25 Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes. Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

26 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

27 ZENI, Bruna Schindwein. . *Op. cit.*

28 *Ibid.*

do reconhecimento são *ex tunc*, retroagindo desde a sua origem, com eficácia *erga omnes*, aplicando-se a todos.

2.4 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva é aquela que surge de um vínculo afetivo e não biológico²⁹. O CC/02 ampliou o conceito de parentesco civil, entendendo-se que é possível o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como forma de parentesco, ao colocar que o parentesco será natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem.

O direito à convivência familiar é consagrado como fundamental pelo sistema jurídico brasileiro, mas, para que haja a parentalidade socioafetiva, devem existir três requisitos quais sejam eles: o laço de afetividade, o tempo de convivência e a existência do sólido vínculo afetivo³⁰. A relação será pautada no afeto, que provém da convivência entre os seus membros, fazendo nascer os sentimentos dos indivíduos uns pelos outros.

Após a formação de um sólido vínculo afetivo, a parentalidade será considerada irretroatável em razão do melhor interesse do filho, conforme dispõem o Enunciado 339 do Conselho da Justiça Federal: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”³¹.

A filiação socioafetiva pode ser constituída tipicamente pela posse de estado, que se faz como um conjunto de circunstâncias capaz de exteriorizar diante de terceiros a condição de filho³². Para a sua caracterização, são necessários três elementos: possuir o nome dos presumidos pais, ter recebido o tratamento de filho legítimo e ter sido constantemente reconhecido pelos presumidos pais e pela sociedade como filho legítimo, ou, conhecidos como *nomen, tractatus e fama*³³ (GOMES, 1999).

O reconhecimento da parentalidade afetiva é realizado por meio de ação judicial, que pode ser ajuizada tanto pelos pais quanto pelos filhos e realizada *post mortem*, desde que em vida tenha havido uma relação de afetividade e a posse de estado de filho entre as partes. A parentalidade socioafetiva também pode ser reconhecida em ação de alimentos, quando o juiz realiza o arbitramento do pagamento da pensão alimentícia³⁴.

Quando reconhecido o vínculo e constituída a parentalidade socioafetiva, ela produzirá os seus efeitos, havendo, assim, a extensão da parentalidade entre as pessoas que estão envolvidas pelos laços do afeto. O filho ganhará pais, avós, primos, tios socioafetivos e vice-versa; surge a obrigação de alimentar, que é um

29 TEXEIRA, Renata Marini; PARENTE, Amanda Pessoa. Filiação socioafetiva e seus efeitos jurídicos. *Revista do Curso de Direito da UNIABEU*, v. 9, n. 2, jul./dez. 2017.

30 *Ibid.*

31 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília, DF, 2012.

32 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *Op. cit.*

33 GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 324.

34 TEXEIRA, Renata Marini; PARENTE, Amanda Pessoa. Filiação socioafetiva e seus efeitos jurídicos. *Revista do Curso de Direito da UNIABEU*, v. 9, n. 2, jul./dez. 2017.

dos direitos decorrentes da filiação; e os impedimentos decorrentes da relação de parentesco também irão atingir a parentalidade socioafetiva.

2.5 O FILHO DE CRIAÇÃO NO BRASIL

É importante fixar o conceito de filho de criação no Brasil, uma vez que há larga controvérsia acerca da sua definição. Segundo Volgane Carvalho³⁵, nas pequenas cidades do interior do Brasil, especialmente no Nordeste, é comum que famílias mais abastadas criem, como seus, filhos de grupamentos familiares menos favorecidos. Este é o chamado filho de criação. Nessas relações, na maioria das vezes, não há diferenciação quanto ao cuidado, educação e afeto que são oferecidos pelos pais de criação. Porém, essa prática conhecida no ambiente das famílias brasileiras é tida como informal, haja vista que não há qualquer procedimento legal de adoção. Podem ser apontados:

Inúmeros fatores podem ser apontados como justificativa para a informalidade desse ato: desconhecimento ou conhecimento insuficiente das normas, desprezo pela burocracia jurídica, negativa de entrega do filho à adoção pela família biológica, desejo de cumulação de famílias, crença de que o valor maior é o amor, simbologia dos termos “criação” e “adoção”, etc.³⁶

Há uma máxima popular que diz “Pai é aquele que cria”. A partir dessa máxima, alguns doutrinadores passaram a considerar que o vínculo de parentalidade é mais do que um dado biológico, é um dado cultural, de modo que reflete a realidade social no âmbito dos núcleos familiares. Assim, não reconhecer essa realidade que afeta a sociedade brasileira implicaria em uma afronta aos princípios constitucionais, que protegem essas relações pautadas na afetividade e que faz parte do cotidiano da família brasileira.

Creemos que quando um homem e uma mulher, de livre e espontânea vontade resolvem acolher em seu lar uma criança e tratá-la como um filho de sangue, configura-se uma relação de maturidade e evolução do ser humano em seu meio social. O filho que porventura fora renegado/abandonado/desprezado por seus genitores não pode ser privado de ter no amor o reconhecimento de um núcleo familiar, de uma situação que lhe traga dignidade e respeito perante a sociedade.³⁷

É importante ressaltar que o filho de criação é aquele criado por outra família, que não possui nenhum vínculo biológico, mas que estabeleceu uma ligação afetiva consistente. Difere-se, portanto, da chamada adoção à brasileira, que ocorre quando uma criança é adotada por uma família, que efetua o seu registro civil

35 CARVALHO, Volgane Oliveira. *Op. cit.*

36 *Ibid.*, p. 359.

37 SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A família afetiva: o afeto como formador de família*. 2007. p. 14. Disponível em: <<http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a19.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

como se filho biológico fosse. Essa conduta está tipificada no artigo 242 do CP e distingue-se do filho de criação pelo fato da existência do registro civil pela família adotante. Este tipo penal consiste, portanto, na:

[...] declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade de criança nascida de outra mulher, casada ou não, sem observância das exigências legais para adoção. O declarante ou declarantes são movidos por intuito generoso e elevado de integrar a criança à sua família, como se a tivessem gerado.³⁸

Após as mudanças ocorridas com o advento da CF/88, principalmente em relação à questão da parentalidade afetiva, a socioafetividade rompeu as barreiras da seara familiar, atingindo outros ramos do Direito. No que tange à seara do Direito Eleitoral, é essencial o debate acerca dos reflexos do reconhecimento dessa parentalidade socioafetiva.

3 AS INELEGIBILIDADES NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

Após o período de redemocratização no Brasil, ocorreu uma mudança nos hábitos políticos, tornando-se cada vez mais crescente a politização da população, o que acabou gerando a exigência de uma maior fiscalização da gestão pública frente às atividades políticas³⁹. Os critérios para a admissão de candidatura tornaram-se mais rigorosos com o intuito de proteger o processo eleitoral e os mandatos da corrupção e de fraudes eleitorais.

É impossível falar em registro de candidatura sem examinar os requisitos normativos expressamente previstos. No plano das inelegibilidades, é possível estabelecer o padrão esperado dos candidatos, pois aqueles que incidem objetivamente sobre os requisitos normativos se enquadram em um perfil negativo, ficando, portanto, impedido de exercer o cargo político. As inelegibilidades constitucionais, dessa maneira, possuem um caráter preventivo e não punitivo. A CF/88 presume o risco da existência de desvios e, então, limita a participação de determinadas pessoas no certame, para que se alcance a legitimidade do pleito eleitoral, evitando o ingresso no mandato eleitoral daqueles que possam fazer mau-uso da administração pública e das instituições eleitorais.

3.1 A RELAÇÃO ENTRE FAMÍLIA E POLÍTICA NO BRASIL

O sistema político brasileiro foi construído em um ambiente doméstico e familiar. Em virtude disso, os grupos políticos, principalmente no período do Império e da Primeira República, eram formados pelas grandes famílias dos proprietários de terras que detinham o domínio do poder local – oligarquias que controlavam as

38 LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>>. Acesso: 31 ago. 2018.

39 SOARES, José da Costa. As causas de inelegibilidade constitucional. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 7, set. 2014.

relações políticas e econômicas com o objetivo de buscar a aquisição e a manutenção de *status* e o prestígio na sociedade. César Barreira recorda que:

As disputas oligárquicas não ocorriam necessariamente para que o coronel assumisse cargo político, mas para manter sua hegemonia sobre uma determinada área. Essa prática política dos grandes proprietários de terra visava manter o 'prestígio político', medido pela influência no sistema clientelista.⁴⁰

Os coronéis proprietários de terras eram considerados elementos da estrutura de poder, e, por meio das alianças firmadas com os outros setores da sociedade, tornava-se possível a manutenção do poder, favorecendo a constituição de um sistema clientelista, que, mediante um azeitado mecanismo de troca de favores, acabou propiciando a consolidação do mandonismo local. "Os moradores, trabalhadores rurais residentes no interior das grandes propriedades eram considerados e conhecidos como gente do coronel 'fulano de tal'. Nas eleições, tomavam partido e passavam a encarar como 'inimigos' os adversários de seus patrões".⁴¹

O que levava esses grandes proprietários a ocuparem postos políticos ou estarem ao lado do governo era o proveito econômico retirado do sistema administrativo, que lhes proporcionava privilégios e suporte para a promoção de seus interesses particulares, o que acabou se tornando uma fonte de estímulo para as fraudes eleitorais.

Diante disso, a CF/88 trouxe a previsão de mecanismos que restringem a elegibilidade de determinados candidatos aos cargos políticos, para garantir a lisura dos pleitos eleitorais, a moralidade e a probidade administrativa, com o intuito de satisfazer o interesse público.

Nesse cenário, serão analisadas as causas de inelegibilidades constitucionais, que constituem um dos principais mecanismos de combate às fraudes eleitorais e à corrupção na proteção do processo eleitoral e da Administração Pública.

3.2 AS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAL

A inelegibilidade é considerada uma inaptidão para ser eleito, quando não há a reunião das condições exigidas juridicamente, quais sejam, as condições de elegibilidade⁴². Desse modo, o candidato fica impedido de ser votado, isto é, de exercer os direitos políticos de forma passiva, embora possa exercer a cidadania de forma ativa. Carlos Mário Velloso e Walber Agra resumem a questão nos seguintes termos:

Inelegibilidade é a impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público, em razão de não poder ser votado, ceifando-o de exercer seus direitos políticos na forma passiva. Em decorrência, fica vedado

40 BARREIRA, César. Velhas e novas práticas do mandonismo local: um diálogo com Maria Isaura Pereira de Queiroz. *Revista de Ciências Sociais*, v. 30, n. 1/2, p. 42, 1999.

41 *Ibid.*

42 SOARES, José da Costa. *Op. cit.*

até mesmo o registro de sua candidatura; não obstante, sua cidadania ativa, o direito de votar nas eleições, permanece intacto.⁴³

A limitação refere-se apenas ao exercício dos cargos públicos, uma vez que o cidadão não desfruta dos requisitos necessários para representar os seus pares nas esferas de poder. A inelegibilidade não elide a cidadania de maneira integral⁴⁴.

A inelegibilidade possui fundamentos éticos na preservação do sistema democrático, por assegurar o seu funcionamento no combate ao abuso do poder político e na defesa ao princípio da isonomia, garantindo as mesmas oportunidades de disputas e ocupação de cargos políticos e evitando a perpetuação do poder nas mãos de poucos.

As inelegibilidades são definidas conforme o caráter da preventividade, pois elas atuam de forma preventiva frente aos riscos sobre a legitimidade do pleito eleitoral; e o caráter da objetividade, pois são objetivamente definidas sob a forma de hipóteses abstratas, não abrindo espaço para juízos de valor em relação às condutas que são atribuídas a alguém⁴⁵. Possuem, ainda, a finalidade de obstar o acesso ao mandato daqueles que se enquadrem em qualquer dessas categorias generalizantes:

a) podem ser eleitoralmente beneficiados por sua posição na estrutura do Poder Público; b) podem tirar proveito eleitoral de relações de parentesco com os titulares do poder; c) lançaram mão de meios ilícitos e indignos para a conquista de mandato, capazes de influir no resultado do pleito; d) praticaram atos outros capazes de indicar objetivamente sua inaptidão para a prática de atos de gestão da coisa pública.⁴⁶

As inelegibilidades só podem ser normatizadas por meio de normas constitucionais ou leis complementares, em virtude de representarem uma limitação clara à soberania popular, um dos suportes do Estado Democrático de Direito, devendo ser interpretadas de maneira a não impedir o desenvolvimento do regime democrático, isto é, sem ferir os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos.

As inelegibilidades podem ser classificadas em inelegibilidades inatas ou cominadas. A primeira, também chamada de primária, implícita ou imprópria, é aquela que resulta da falta de uma ou mais condições de elegibilidade, ao passo que a segunda, também chamada de secundária ou própria, é uma restrição de caráter sancionatório aplicada em virtude da prática de atos eleitorais ilícitos⁴⁷.

Enquanto a inelegibilidade absoluta é aquela em que as restrições são extensíveis a todo o território nacional ou a qualquer cargo eletivo, inelegibilidade relativa é aquela que está sujeita a determinadas limitações geográficas, eleição ou cargo eletivo.

43 VELLOSO, Carlos Mario da Silva; AGRA, Walter de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

44 AGRA, Walber de Moura. A taxonomia das inelegibilidades. *Estudos Eleitorais*, Brasília, DF, v. 6, n. 2, maio/ago. 2011.

45 REIS, Márlon Jacinto. *Inelegibilidade e vida progressa*: questões constitucionais. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12481/inelegibilidade-e-vida-progressa/>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

46 *Ibid.*

47 SOARES, José da Costa. *Op. cit.*

Há, ainda, a inelegibilidade constitucional, que compreende aquela prevista diretamente no texto da Constituição, e a inelegibilidade infraconstitucional, disciplinada em leis complementares; e, por fim, a inelegibilidade reflexa, relacionada ao princípio da contaminação do cônjuge, parentes, consanguíneos ou afins até o segundo grau.

Nesse sentido, é possível observar que o sistema eleitoral brasileiro possui uma série de inelegibilidades com o intuito de garantir a lisura do processo eleitoral, evitando que eventuais desequilíbrios afetem a legitimidade dos pleitos.

3.2.1 Cônjuge e parentes do chefe do Poder Executivo

A inelegibilidade reflexa, reflexiva ou por projeção está prevista no artigo 14 §7º, da CF/88 e decorre dos laços de parentesco. Possui a finalidade de evitar a utilização da máquina pública para beneficiar aqueles que possuem laços de parentesco com os gestores públicos.

Impede a consolidação do poder nas mãos de famílias e a formação de oligarquias, principalmente nas cidades do interior do país, além de obstar privilégios a determinados candidatos. Determina o texto constitucional:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. [...] § 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.⁴⁸

A grande dúvida acerca deste tema diz respeito à delimitação de quais parentes seriam atingidos pela restrição. Os cônjuges são as pessoas ligadas entre si pelo vínculo do casamento. Os parentes por consanguinidade na linha reta são aqueles que descendem de um tronco comum. Em linha colateral, haverá o parentesco quando existir entre duas pessoas um ascendente em comum, mas uma não descende da outra. Já os parentes por afinidade são limitados conforme os ascendentes, descendentes e os irmãos do cônjuge ou do companheiro.

Acerca do tema anota Catarina Lavra Dias:

A letra da lei constitucional disciplina que o vínculo parental que gera a inelegibilidade é aquele consanguíneo ou afim, até segundo grau, ou por adoção. Logo, são inelegíveis reflexamente os avós, pais, filhos, irmãos, sogro, nora, genro, cunhados. Os tios, sobrinhos e primos não são atingidos pela regra, os dois primeiros por serem parentes de terceiro grau, enquanto o último pertence ao quarto.⁴⁹

48 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

49 DIAS, Catarina Valéria Lavra. *Os impactos das novas organizações familiares sobre as hipóteses de inelegibilidade reflexa*. 2014. 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014. p. 71.

Quanto à abrangência, em razão da inelegibilidade ser relativa, ela não alcança a todos os cargos a que o parente do chefe do Poder Executivo pode aspirar, mas apenas aqueles adstritos à circunscrição no qual o administrador exerce as suas funções, isto é, o território no qual o chefe do Poder Executivo exerce a sua autoridade⁵⁰.

No que tange à duração, a inelegibilidade perdura enquanto o detentor do cargo eletivo estiver em seu exercício, pois o estado de parentesco não poderá ser afastado. Nesse sentido, aponta Iuri Gurgel Fernandes:

Um elemento essencial e *sui generis* da inelegibilidade analisada é sua decorrência a partir de um estado, de uma situação jurídica, haja vista que não é efeito de uma sanção por ato ilícito praticado por aquele sobre quem ela recai, como geralmente ocorre nas demais inelegibilidades.⁵¹

É possível notar que o dispositivo constitucional trata das modalidades de parentesco capazes de gerar a inelegibilidade do indivíduo por consanguinidade, por afinidade e por adoção. Contudo, o vínculo afetivo foi a mola propulsora que consagrou a inelegibilidade por parentesco, pois o afeto cria, de forma nítida, entidades familiares.

3.2 INELEGIBILIDADE REFLEXA POR PARENTESCO SOCIOAFETIVO

No ato de aplicar a lei, o intérprete deve buscar o contexto da norma em consonância com as peculiaridades do caso concreto para encontrar a conclusão mais justa a que corresponda a efetiva aplicação da lei e atenda aos anseios de justiça⁵². A afetividade tornou-se o paradigma que orienta as questões de Direito de Família, essa ideia deriva do próprio CC/02, pois, como aponta Lourival Serejo:

A expressão 'ou outra origem' tem a mesma natureza de tantas outras que caracterizam o novo Código Civil, onde se encontram inúmeras expressões de conteúdo jurídico indeterminado que desafiam o intérprete para definir o seu alcance. Nem se pode objetar, alegando que a expressão 'outra origem' significa somente adoção, como constava da redação original do artigo. No momento em que foi substituída pelo legislador, pretendeu-se que a nova redação tivesse uma abrangência maior que a adoção, para alcançar também os filhos da reprodução heteróloga, os *filhos de criação* etc.⁵³

Com a repercussão sobre o Direito Eleitoral, a jurisprudência do TSE passou a reconhecer a inelegibilidade por contaminação derivada das relações de parentalidade socioafetivas. Assim, diante do vínculo afetivo, a restrição deverá ser imposta da mesma maneira. Volgane Carvalho recorda que:

50 FERNANDES, Iuri Jivago Gurgel. *Da inelegibilidade reflexa na Constituição Federal de 1988 à luz do princípio republicano*. 2012. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012.

51 *Ibid.*, p. 37.

52 SEREJO, Lourival. *O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade*. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11089/o-parentesco-socioafetivo-como-causa-de-inelegibilidade>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

53 SEREJO, Lourival. *Op. cit.*, p. 6.

Nesta nova realidade, o combate vigoroso à fraude eleitoral e o fortalecimento da função fiscalizatória e reguladora da Justiça Eleitoral caracterizada por uma forte atuação ativista são destaques na cena jurídica. Por tudo isto, foi criado ambiente adequado para, possivelmente pela primeira vez, ocorrer o efetivo cumprimento da diretriz constitucional relativa à inelegibilidade por parentesco em sua inteireza.⁵⁴

Diante disso, há julgados que merecem destaque, o primeiro é o Recurso Especial Eleitoral nº 24.564, que reconheceu a inelegibilidade reflexa por parentesco na união estável homoafetiva. O segundo caso emblemático é o Recurso Especial Eleitoral nº 54101-03/2008, que reconheceu a inelegibilidade reflexa por parentesco entre o prefeito reeleito de Pau D'arco do Piauí e o candidato eleito para a chefia do Executivo no ano de 2008.

4 APLICAÇÃO DA INELEGIBILIDADE REFLEXA POR PARENTESCO NA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

4.1 O Recurso Especial Eleitoral 54101-03/2008

O TSE julgou em 2011 o Recurso Especial Eleitoral nº 54101-03.2008.6.18.0032, interposto por Fábio Soares Cesário, Prefeito eleito de Pau D'arco do Piauí em 2008. O recurso buscava reformar a decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí, que reconheceu a sua inelegibilidade em decorrência do vínculo de filiação socioafetiva com o ex-prefeito reeleito do município. Na oportunidade, ele foi reconhecido como “filho de criação”, configurando, assim, o terceiro mandato sucessivo para o mesmo grupo familiar.

O julgamento do processo foi celebrado como um *leading case*, no que tange às questões de relações de parentesco socioafetivas, tendo em vista que houve, neste caso, uma inversão da regra habitual, de forma que o interesse do Recorrente era pelo não reconhecimento do vínculo entre pai e filho.

Conforme o relatório, os segundos colocados no pleito de 2008 interpuseram Recurso contra Expedição de Diploma contra o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), e os candidatos eleitos Fábio Soares Cesário e Carlos Augusto Leal Pinheiro. O TRE/PI, por unanimidade, deu provimento à ação, desconstituindo os mandatos do prefeito e vice-prefeito, aplicando a inelegibilidade prevista no artigo 14º, §7º da CF.

A Corte de origem considerou inelegível o candidato ao cargo de prefeito, pelo fato de ser considerado filho de criação do ex-prefeito do Município. Em sua defesa, os advogados do Recorrente argumentaram que não existe a figura da adoção de fato e que o artigo 1.628 do CC/2002 apenas reconhece a adoção após o trânsito em julgado da sentença que deferiu o pedido.

Segundo o entendimento do TSE, a interpretação das inelegibilidades deve ser feita restritivamente, não podendo abarcar situações jurídicas que não estão

⁵⁴ CARVALHO, Volgane Oliveira. *Op. cit.*, p. 362.

expressamente previstas. Além disso, não havia similitude entre o presente caso e a inelegibilidade decorrente do parentesco por afinidade.

Do processo, constaram fartas provas que expunham a existência de relação de parentesco entre os prefeitos, tais como: calendários que foram distribuídos pela cidade em que o candidato eleito é apontado como filho do ex-prefeito, depoimentos que confirmaram o vínculo, a publicidade eleitoral em que o candidato utiliza o nome fantasia de Júnior Sindô, inclusive registrado para constar na urna eletrônica no dia da eleição.

O resultado do julgamento foi apertado. Os ministros decidiram confirmar a cassação do diploma por 4 votos a 3. A nítida divisão da Corte demonstra que o tema descortinou a divergência de entendimento entre os ministros, especialmente no que se refere ao conceito da expressão “filho de criação” e a mensuração das suas consequências no âmbito eleitoral.

4.1.1 Votos contrários ao reconhecimento da filiação socioafetiva

Os Ministros Marco Aurélio, Aldir Passarinho Junior e Marcelo Ribeiro votaram a favor do provimento do recurso, manifestando-se contrariamente ao reconhecimento da relação de parentesco resultante da filiação socioafetiva e, consequentemente, à declaração da inelegibilidade do Recorrente, mas foram vencidos.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio afirma a impossibilidade de fazer uma interpretação analógica do rol das inelegibilidades que está previsto expressamente na Constituição Federal, pois o que está em jogo é o afastamento da cidadania, que é um direito muito importante e demanda uma reclamação com previsão constitucional específica.

O filho denominado de criação, segundo Marco Aurélio, não pode se enquadrar na inelegibilidade prevista no artigo 14º, §7º/CF, que trata da inelegibilidade ante a filiação adotiva. Não se poderia incluir agregados, tendo em vista que se deve compreender o instituto da adoção sob o ângulo técnico do legislador constituinte, fazendo uma alusão ao que é disciplinado pelo Código Civil. Relembrou, ainda, julgado do TSE de 1997, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, em que ficou decidido que a adoção meramente de fato não ensejaria a inelegibilidade prevista constitucionalmente.

Além disso, o Ministro ainda considera que a utilização de um nome fantasia que ligue alguém a um político já conhecido na região não geraria inelegibilidade, pois esta hipótese não está devidamente expressa na Constituição Federal. E, sobre o ponto de vista técnico, não considera o Júnior Sindô como filho adotivo do ex-prefeito.

O Ministro Aldir Passarinho Júnior acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio e entendeu que a norma constitucional é expressa e objetiva naquilo que quis limitar. Expôs que a Constituição Federal se refere ao instituto da adoção, não tratando a respeito de nada que se assemelhe a este instituto.

Afirma, ainda, que o elastecimento da norma constitucional os levaria, no futuro, a estender a limitação de parentesco para o terceiro grau, podendo ser alegado que a pessoa que foi criada pelo prefeito não era um parente tão distante assim, fazendo surgir um subjetivismo no tocante à norma constitucional.

Por fim, o Ministro Marcelo Ribeiro alegou que a inelegibilidade é matéria de direito estrito e que não se deve ampliar as suas hipóteses mediante construções jurisprudenciais, quanto mais diante de um caso, segundo o ministro, tão subjetivo. Questionou, também, qual seria o critério para caracterizar um filho de criação. Como diferenciar o filho de criação do agregado de família? Diante da impossibilidade de formação de um conceito claro, não é possível restringir o exercício do direito de sufrágio passivo.

4.1.2 Votos favoráveis ao reconhecimento da filiação socioafetiva

O Relator, Ministro Arnaldo Versiani, e os Ministros Cármen Lúcia, Hamilton Carvalhido e Ricardo Lewandowski negaram o provimento ao recurso, e votaram a favor do reconhecimento da relação de parentesco decorrente da filiação socioafetiva e, conseqüentemente, à declaração de cassação do diploma do Recorrente.

O Relator, Ministro Arnaldo Versiani, lembrou que, apesar de não haver registro formal de adoção, o robusto acervo probatório revela que o recorrente fora tratado como filho pelo ex-prefeito. Assim, o Ministro concluiu pela existência de uma paternidade socioafetiva, sendo aplicável ao caso a causa de inelegibilidade prevista no artigo 14, §7º /CF.

A relação socioafetiva independe de fatores biológicos ou de exigências legais, devendo-se levar em consideração a convivência daqueles que assim se mostram para a sociedade, fatos que não podem deixar de ser conhecidos pelo direito. Em razão da influência das relações afetivas sobre a realidade social, a jurisprudência vem reconhecendo o vínculo de afetividade com o fim de reconhecer direitos, admitindo-se também todos os deveres que são inerentes ao parentesco, inclusive no que se refere às hipóteses de inelegibilidades.

O Ministro recordou, ainda, que a jurisprudência do STJ vem reconhecendo a existência de vínculo socioafetivo entre pais e filhos, pois o afeto persiste de forma que a existência da paternidade se faz válida, não podendo ser, dessa maneira, desconhecida pelo Direito. Por fim, não merece prosperar também a alegação da ocorrência de indevida interpretação extensiva, pois o TSE já havia decidido em caso semelhante que envolvia relação socioafetiva, no sentido de que os sujeitos da relação estável homossexual também se submeteriam à regra da inelegibilidade do artigo 14, §7º/CF, visando, assim, evitar a perpetuação de uma mesma família na chefia do Poder Executivo. Dessa forma, o Ministro votou negando provimento ao recurso.

No seu voto, a Ministra Cármen Lúcia destacou o que tem entendido a jurisprudência sobre o tema, apontando que, de fato, a adoção é um instituto perfeitamente delimitado na Constituição, mas o que ela determina quanto à inelegibilidade do artigo 14, §7º é dar concretude ao princípio da impessoalidade para que não se tenha a garantia da influência específica e personalizada, voltada para a manutenção de um grupo familiar no exercício do poder.

Para a Ministra, buscou-se demonstrar a configuração de um núcleo familiar no sentido mais específico de uma adoção, que é muito comum no Brasil, do

chamado filho de criação, que, como neste e em vários casos, muitas vezes não é formalizada.

Mas ocorre perfeitamente a configuração de um núcleo familiar, que mantém influências na realidade social, desigualando o processo eleitoral em razão da continuidade que se estabelece. Não deve ser afastada, portanto, a conclusão do TRE/PI com base no que foi exposto e sem fazer uma análise específica de provas.

O Ministro Hamilton Carvalhido considera que, neste caso, a disciplina constitucional deve ter assento fundamentalmente na ideia do grupo familiar. A legislação brasileira está caminhando para a superação das contradições existentes entre as situações de fato, que são perfeitamente idênticas, e as situações jurídicas, que não merecem o mesmo tratamento. Em particular, com relação ao filho de criação, basta lembrar que a lei que permite a adoção do nome do padrasto pelo enteado, o que aponta para uma mudança do sistema, adequando-o à verdadeira realidade social.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que o Tribunal Regional não realizou uma interpretação extensiva para a cláusula de inelegibilidade, interpretando segundo a sua vocação teleológica. A Constituição e os constituintes quiseram evitar a formação de oligarquias, o continuísmo e a perpetuação de famílias num determinado cargo.

No caso discutido nos autos, a interpretação feita do material probatório não foi subjetiva. O recorrente aparece, segundo o Ministro, como filho, em vários cartazes em que o ex-prefeito Expedito Sindô felicita a comunidade de Pau D'arco do Piauí, por ocasião das festas de final de ano. Embora não seja filho biológico, é apresentado e conhecido pela comunidade como Júnior Sindô.

Trata-se, portanto, de paternidade socioafetiva, de modo que esse vínculo já foi reconhecido e equiparado ao vínculo sanguíneo pelos especialistas de Direito Civil e pelo próprio Conselho da Justiça Federal, por meio de enunciados elaborados com base nas conclusões retiradas das Jornadas de Direito Civil.

O entendimento do Ministro, dessa forma, foi o de que o TRE/PI apenas aplicou o precedente já consagrado pelo TSE, mencionado pelo Relator, da cidade de Viseu, no Estado do Pará, em que houve o reconhecimento da inelegibilidade decorrente das relações estáveis. Fica claro que o relacionamento socioafetivo se firmou entre o recorrente e o ex-prefeito reeleito da cidade de Pau D'arco do Piauí e, por essas razões, o voto do Ministro foi para negar o provimento do recurso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do Direito Privado consagrou, portanto, profundas mudanças no arcabouço do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, destaca-se a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana que resultou no reconhecimento de novas espécies de relações familiares, passando, assim, a tutelar as situações para além do que está expressamente previsto no texto legal.

Diante desse novo contexto pós-Constituição de 1988, o reconhecimento do afeto como o protagonista das relações familiares contemporâneas produziu diversos efeitos que refletiram diretamente sobre a legislação vigente, adequando-a,

dessa maneira, à realidade social e rompendo as limitações estabelecidas pelo parentesco natural e por adoção.

Assim, a parentalidade socioafetiva ganhou força, ampliando o conceito de parentesco estabelecido no Código Civil e modificando a jurisprudência dos tribunais, de modo que, no que tange à filiação socioafetiva, a relação pautada com base no vínculo afetivo é reconhecida como indissolúvel, gerando os mesmos direitos e obrigações oriundos da paternidade.

No Brasil, a figura do filho de criação é muito comum, principalmente nas cidades do interior da região Nordeste, onde há o predomínio de uma máxima popular de que “Pai é quem cria”, o que é possível notar que a parentalidade não é composta apenas por elementos biológicos, mas até mesmo por elementos culturais que representam a realidade social dos núcleos familiares.

Dessa forma, a interpretação das normas de Direito Privado conforme a Constituição estabelece um mecanismo de proteção aos novos arranjos familiares da sociedade contemporânea, implicando em uma afronta aos princípios constitucionais o seu não reconhecimento.

Além disso, é importante observar que as mudanças trazidas pela parentalidade socioafetiva não atingiram apenas a seara do Direito de Família, irradiando-se também para outras áreas jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro. No que se refere ao âmbito do Direito Eleitoral, especificamente na questão da inelegibilidade reflexa por parentesco, prevista no artigo 14, §7º, da CF/88.

As inelegibilidades, no sistema eleitoral brasileiro, provocam a impossibilidade de o candidato ser eleito para o cargo público, uma vez que fica impedido de ser votado, pois não reúne as condições jurídicas exigidas para representar os seus pares nas esferas de poder.

As causas de inelegibilidades visam, nesse sentido, à preservação da democracia, buscando combater o abuso do poder político, bem como a formação de oligarquias e evitando a perpetuação do poder nas mãos de poucas famílias e o combate à corrupção e às fraudes eleitorais, garantindo a legitimidade dos pleitos.

A Constituição Federal, no artigo 14, §7º, prevê a inelegibilidade para os cônjuges e parentes do chefe do Poder Executivo, vedando o ganho de qualquer benefício em decorrência do mandato para aqueles que possuem laços de parentesco até o segundo grau com o gestor público. Porém, o dispositivo legal fala que a restrição ocorre para os parentes consanguíneos, afins e por adoção. Hoje, tendo em vista que o afeto é considerado o cerne do Direito de Família, é impossível deixar de incluir o vínculo afetivo nesse rol de restrições.

A jurisprudência passou a reconhecer do mesmo modo a inelegibilidade derivada das relações de parentalidade socioafetivas, realizando uma interpretação que corresponde à evolução dos fatos. No que se refere à figura dos “filhos de criação”, a inelegibilidade reflexa por parentesco de filiação socioafetiva, segundo a jurisprudência do TSE, aplica-se de igual maneira, haja vista que os efeitos são os mesmos do parentesco de consanguinidade ou por adoção.

O TSE debruçou-se sobre o tema no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 54101-03/2008, oportunidade em que reconheceu a inelegibilidade reflexa por parentesco decorrente da filiação socioafetiva.

A decisão foi de extrema importância para haver o reconhecimento dos efeitos da parentalidade socioafetiva e a abertura de precedente, adequando efetivamente a aplicação da lei à realidade social que se configura em constante mudança, tendo em vista que o homem é um ser dinâmico em sociedade. Observa-se, assim, uma clara mudança no entendimento do Tribunal, consequência do fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, que proporcionou a consagração do afeto como elemento principal dos núcleos familiares.

Um ponto acentuado por alguns ministros, em seus votos, foi o de que não se pode fazer uma interpretação ampliativa quanto às inelegibilidades, porquanto ela provoca a restrição de direitos políticos do cidadão, direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e que, portanto, a interpretação deve ser realizada de forma restritiva.

Mas, apesar da afetividade não estar prevista expressamente no texto constitucional, encontra-se implícita nos princípios constitucionais e como valor jurídico. O objetivo dos constituintes, ao prever o instituto da inelegibilidade reflexa por parentesco, era o de evitar a perpetuação de famílias no poder. Assim, a interpretação realizada pelos ministros não se configura ampliativa, mas adequada à finalidade da Constituição, contribuindo para a efetividade do princípio democrático.

Outro ponto é a questão da dificuldade dos ministros em conceituar o que vem a ser o “filho de criação”. Muitas outras expressões foram utilizadas, não produzindo, de certo modo, um consenso entre os membros da Corte Superior, o que demonstra que ainda se faz necessária uma maior discussão sobre o tema com o intuito de melhorar a definição do conceito.

A confusão de conceitos acabou influenciando na desenvoltura do julgamento, tendo em vista que diversas definições empregadas não condizem com a realidade social da família brasileira como, por exemplo, “afilhado” e “agregado da família”.

E, por fim, destaca-se o posicionamento ativista da Justiça Eleitoral especialmente no que se refere a busca pela isonomia e pela lisura dos pleitos eleitorais, garantindo que haja uma ampliação e um aperfeiçoamento das regras do sistema de inelegibilidades para o desenvolvimento saudável do processo democrático.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A taxonomia das inelegibilidades. *Estudos Eleitorais*, Brasília, DF, v. 6, n. 2, maio/ago. 2011.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição*. 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9709-9708-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

ALVES, Leonardo B. M. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha. *De Jure*, Belo Horizonte, v. 8, p. 329-347, 2007.

BARREIRA, César. Velhas e novas práticas do mandonismo local: um diálogo com Maria Isaura Pereira de Queiroz. *Revista de Ciências Sociais*, v. 30, n. 1/2, p. 37-43, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, [Rio de Janeiro], 5 jan. 1916.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 54101-03.2008.6.18.0032*. Carlos Augusto Leal Pinheiro e Fábio Soares Cesário x Antonio Milton de Abreu Passos e outra. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Arnaldo Versiani, julgado em 15.02.2011.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI; Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 19., 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 6.857-6.869.

CARVALHO, Volgane Oliveira. O filho de criação e a inelegibilidade reflexa por parentesco: estudo do Recurso Especial Eleitoral 54101-3.2008. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO; UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Relações privadas e democracia*. Florianópolis, 2014. p. 349-368.

_____. Voto dado, candidato eleito? *Estudos Eleitorais*, Brasília, DF, v. 2, n. 8, p. 93-110, maio/ago. 2013.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. Brasília, DF, 2012.

DIAS, Catarina Valéria Lavra. *Os impactos das novas organizações familiares sobre as hipóteses de inelegibilidade reflexa*. 2014. 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Iuri Jivago Gurgel. *Da inelegibilidade reflexa na Constituição Federal de 1988 à luz do princípio republicano*. 2012. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012.

FIGUEIREDO, Marcela R. S. F.; MASCARENHAS, Fabiana A. A abertura do conceito de família no direito brasileiro: para além do rol do art. 226 da Constituição Federal de 1988. In:

- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 324.
- LOBO, Paulo. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>>. Acesso: 31 ago. 2018.
- MARIN, Bruna Helouise; ANDRADE, Luiz Gustavo de. Análise das inelegibilidades no texto constitucional. In: SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coelho de; OLIVEIRA, Eloete Camilli (Coord.). *Concretização constitucional: reflexões, desafios e conquistas*. Curitiba: Clásica, 2013.
- MORAES, Maria Celina B. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, 1991.
- REIS, Márlon Jacinto. *Inelegibilidade e vida pregressa: questões constitucionais*. 2009. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/artigos/inelegibilidade-e-vida-pregressa-questoes-constitucionais/>>. Acesso em: 5 abr. 2018.
- SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A família afetiva: o afeto como formador de família*. 2007. Disponível em: <<http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a19.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.
- SOARES, José da Costa. As causas de inelegibilidade constitucional. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 7. set. 2014.
- SEREJO, Lourival. *Filhos e irmãos de criação: parentesco por afetividade e sua repercussão no Direito Eleitoral*. 2005. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/67/Filhos+e+irm%C3%A3os+de+cria%C3%A7%C3%A3o+parentesco+por+afetividade+e+sua+repercuss%C3%A3o+no+Direito+Eleitoral>>. Acesso em: 5 abr. 2018.
- SEREJO, Lourival. *O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade*. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11089/o-parentesco-socioafetivo-como-causa-de-inelegibilidade>>. Acesso em: 5 abr. 2018.
- TEXEIRA, Renata Marini; PARENTE, Amanda Pessoa. Filiação socioafetiva e seus efeitos jurídicos. *Revista do Curso de Direito da UNIABEU*, v. 9, n. 2, jul./dez. 2017.
- VELLOSO, Carlos Mario da Silva; AGRA, Walter de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VIANNA, Roberta Carvalho. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da ESMESC*, v. 18, n. 24, 2011.
- ZENI, Bruna Schindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. *Direito em Debate*, ano 17, n. 31, p. 59-80, jan./jun. 2009.2016 : J - Nota de rodapé

Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Memória

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



DA NATURESA DO VOTO*

José de Alencar**

O voto não é, como pretendem muitos, um direito político, é mais do que isso, é uma fracção da soberania nacional; é o cidadão.

Na infancia da sociedade a vida politica absorvia o homem de modo que elle figurava exclusivamente como membro da associação. Quando a liberdade civil despontou, sob a tyrannia primitiva, surgiu para a creatura racional uma nova existencia, muito diversa da primitiva; tão diversa que o cidadão livre se tornava, como individuo, propriedade de outrem.

Para designar essa phase nova da vida, inteiramente distincta do cidadão, usarão da palavra, pessoa-persona.

O voto desempenha actualmente em relação á vida política a mesma funcção. A sociedade moderna ao contrario da antiga dedica-se especialmente á liberdade civil; nações onde não penetrou ainda a democracia já gosão da inviolabilidade dos direitos privados. Absorvido pela existencia domestica, e pelo interesse individual, o homem não se pôde entregar á vida publica senão periodicamente e por breve espaço.

Empregando pois o termo juridico em sua primitiva accepção, o voto exprime a pessoa politica, como outr'ora a propriedade, foi a pessoa civil; isto é, uma face da individualidade, a face collectiva.

Restituído o voto ao seu verdadeiro character de representação politica do homem, desaparece uma pretendida anomalia, notada no geral das constituições, e especialmente em relação á nossa tão liberal e democratica.

Nenhuma das leis fundamentaes dos paizes representativos garante expressamente o direito de suffragio, como um direito absoluto do cidadão. Ao passo que imprimirão esse cunho e garantia á outras faculdades de minima importancia, prescindirão em relação á fonte e base de toda a existencia politica.

Mas se o voto é o cidadão, a pessoa collectiva que melhor e especial menção pôde fazer a lei fundamental, do que estatuinto logo em principio quaes são os membros legitimos da associação politica? Este é o theor porque incederão todas as constituições de que temos conhecimento; depois de algumas breves disposições relativas á nação em geral, á sua religião e territorio, passão a definir os cidadãos,

* Texto correspondente ao Capitulo I do Livro II da obra "O Systema Representativo", publicada em 1868, no Rio de Janeiro, pela B. L. Guarnier Edictor. Para preservar a originalidade do texto, a grafia das palavras foi mantida conforme as regras da lingua portuguesa vigentes no Brasil em 1868, ano da publicação original da obra "O Systema Representativo".

** Escritor e político brasileiro, nascido no Ceará em 1829 e falecido no Rio de Janeiro, em 1877. Ministro da Justiça no Império, durante o Reinado de D. Pedro II. Autor de vários clássicos da literatura brasileira, como "O Guarani", "Iracema" e "Senhora". Publicou, em 1868, a obra "O Systema Representativo", da qual este texto é parte integrante. É o patrono da cadeira n.º 23 da Academia Brasileira de Letras.

como partes integrantes da communhão. Adiante tratando do poder legislativo decretão as condições indispensaveis para o exercicio do voto.

Levantar sombra de duvida sobre o character fundamental destas disposições organicas do systema representativo é desconhecer não só o mechanismo do governo, como tambem os mais triviaes preceitos da logica. Os poderes e direitos politicos derivão sempre e infallivelmente do voto e dependem d'elle. Pelo voto pódem ser restringidos; pelo voto ampliados. Não se toca em alguns destes pontos, que não se toque necessariamente no voto, pois os abrange á todos, como a fibra dessa membrana, que se chama soberania.

Assim como nenhum legislador se lembrou de garantir ao homem sua qualidade de pessoa; não se deve estranhar que procedesse da mesma fórma em relação ao voto. A pessoa é o homem civil á quem competem os direitos individuaes; o voto é o homem politico, á quem competem os direitos collectivos.

Já no Brasil, falseando a natureza do voto, se levantarão duvidas sobre o character constitucional dos preceitos de nossa carta politica em relação áquella materia. O grande argumento foi tirado da falta de menção do voto entre os direitos garantidos ao cidadão brasileiro pelo art. 179.

A proceder o sophisma chegaríamos á monstruosa consequencia de poder a assembléa geral destruir o governo representativo por lei ordinaria e sem mandato especial. Supprimida a eleição, se decretaria que os legisladores da nação fossem tirados á sorte de algumas classes da sociedade. Não é possivel imaginar maior absurdo; por isso mesmo melhor desenha a monstruosidade do sophisma.

Contra semelhante reforma só havia um obstaculo, o voto, a condição imprescreptivel da concurrencia do cidadão na formação de soberania. Mas despida essa função cardeal do character de permanencia e estabilidade; entrega-se a constituição e todas as liberdades que ella encerra ao capricho de uma legislatura.

Até onde váe a allucinação do espirito avassallado ao erro; considerar permanente e duradouro o arcabouço do edificio, e assenta-lo em base vacillante.

Na mesma censura incorrem outros, menos contaminados pelo erro, que respeitão em abstracto o voto e o reputão garantido pela constituição implicitamente com o principio da nacionalidade; mas entendem ser de competencia regulamentar, quanto concerne ao exercicio desse direito politico.

Assim, uma lei ordinaria podéra annexar o exercicio do voto á propriedade immovel, estabelecendo por tal fórma uma aristocracia territorial e entregando o governo do paiz á uma centezima parte da população. E essa lei, na opinião dos mencionados reformistas, fôra constitucional? O povo brasileiro esbulhado de sua soberania pela

deslealdade dos representantes não teria um impedimento legal para oppôr a semelhante subversão?

Nenhum por certo; desde que se arredem as unicas, mas essenciaes garantias da representação democratica; o voto, qualidade inherente do cidadão, e as condições do exercicio dessa facultade.

Cumpra restabelecer o verdadeiro espirito de nossa lei fundamental sobre este ponto capital.

O art. 178 dispõe: "E' só constitucional o que diz respeito aos limites e attribuições dos poderes politicos e aos direitos politicos e individuaes dos cidadãos.

São dois portanto os critérios da constitucionalidade de uma disposição; o poder e o direito.

Quanto ao poder:

O termo limite não tem de certo o acanhado sentido que lhe emprestão; se alludisse unicamente á competencia, fôra superfluo, pois essa idéa está bem expressa com a palavra attribuição logo em seguida empregada. Outra é a accepção technica do vocabulo, em tudo conforme á significação propria e ethmologica. Limite é a demarcação de uma extensão á respeito de outras.

O poder publico tem duas linhas divisorias; uma substancial, em relação á soberania da qual elle emana por delegação; outra modal a respeito da acção que exerce para o governo do estado. Na linguagem restricta da jurisprudencia, o limite se refere á jurisdicção politica, á essencia do poder; a attribuição, a competencia politica, ao acto do poder.

O voto é o limite natural não sómente de um ramo do poder, mas de todo o poder. Elle cinge como uma membrana toda a circumferencia do governo, de modo que não se penetra neste sem atravessar aquelle.

Quanto ao direito:

Garantindo a segurança, a liberdade, a igualdade e outros direitos, a constituição no art. 179 manteve implicitamente a inviolabilidade de voto, isto é, da personalidade á qual inherem aquellas prerogativas. De feito o que representa o cidadão á quem o legislador se refere attribuindo aquelles direitos? Acaso um nome vão, um titulo inutil?

O cidadão é a particula da soberania, é o voto. Restringir o goso dessa facultade originaria, importa aluir pela baze todos aquelles pretendidos direitos, que nada mais são do que modos do direito primitivo e absoluto, do direito cardeal, do voto. Excluaõ o homem da participação na soberania nacional, e a liberdade ou a igualdade deixarão de ser um direito para elle, e se tornarão em méra concessão e tolerancia de uma tyrannia mais ou menos generosa.

Fique pois firmado que as disposições da constituição brasileira, relativas ao voto e seu exercicio são virtualmente organicas e fundamentaes; não podendo ser alteradas senão pelos tramites esta-

belecidos nos arts. 174, 175, 176 e 177. Convinha estabelecer este ponto para melhor proseguir no estudo da materia.

No dominio da verdadeira democracia o voto, ou em outros termos, a personalidade politica, pertence rigorosamente á qualquer individuo que faz parte de uma nacionalidade. "Todo homem é pessoa"; diz o direito civil moderno; em breve lhe hade responder a sciencia politica. "Todo homem é voto".

O sexo, a idade, a molestia e outros impedimentos inhabilitão certas pessoas para o exercicio proprio ou directo da soberania; mas estas ficão sujeitas como a familia a seu chefe ou representante civil; e por seu orgão devem exercer os direitos que lhe competem. Não há, não póde haver um ente racional, unido por titulo de origem ou de adopção á qualquer estado que não participe de uma fracção correspondente de soberania.

Em quanto se não realizar esta aspiração de futuro não serão os povos governados pela verdadeira democracia ; reinará o despotismo do forte sobre o fraco.

Todo o systema eleitoral repousa sobre esse dogma da universalidade do voto. O membro de uma communhão politica, qualquer que seja seu estado e condição, tem em si uma molecula da soberania, e deve concorrer com ella para o governo de todos por todos.

A escala democratica desde muito proclamou a universalidade do suffragio; mas na applicação desse principio inconcusso, ficou muito áquem de suas brilhantes promessas. Pugna-se pelo direito unicamente em relação ao cidadão activo; mas não se cura da fracção de soberania residente nas creaturas racionaes, por um motivo qualquer privadas de exercer sua faculdade.

Resultado de se não aprofundar a natureza da sociedade politica. Estavão longe de suppôr que ella fosse "outra cousa, senão a face collectiva da mesma communhão de que a sociedade civil é a face individual.

Não ha quem sustente hoje a origem convencional da sociedade. O homem é social porque é homem; porque é uma personalidade revestida de direitos cuja realisação depende das relações mutuas entre as diversas individualidades. Sem a sociedade o direito seria cousa vã.

Se pois a associação deriva essencialmente do direito, como seu complemento e realisação ; é evidente que todo o ente juridico faz parte della.

Não se comprehende um direito civil a que não corresponda um direito politico; em outros termos, o direito é um só, exhibindo-se por duas faces; a individual e a collectiva.

A mulher, o menor, o alienado são proprietarios, consumidores, contractantes, herdeiros; e em todas essas relações contribuintes do estado. As leis do paiz lhes interessão tambem ; tem o principio de

origem, d'onde procede a nacionalidade; não ha rasão que os exclúa dos direitos politicos. A incapacidade determina apenas o modo de acção, o exercicio. Na esphera civil o incapaz não perde o direito, mas unicamente o uzo proprio; assim deve, e hade ser mais tarde, na esphera politica.

O desprezo desta lei produz na pratica aberrações repugantes.

Aqui está um cidadão, simples operario, mas, esposo, pae, chefe de familia. Ali outro cidadão celibatario, unico, representante de si exclusivamente, mas possuidor de alguns palmos de terra que deleixa sua incuria. Se perguntassem qual desses dois cidadãos tinha maior direito ao voto; a eschola democratica que professa a igualdade absoluta, responderia, equiparando ambos; a eschola censitaria fazendo prevalecer o indolente celibatario, na sua qualidade de proprietario. Ante a razão porém o cidadão representante nato de uma porção de direitos passivos, está superior ao millionario que personificasse um só direito, o seu.

A legitima democracia reclama da sciencia e mais tarde da lei, a consagração dessa legitima representação dos direitos politicos inactivos. A civilisação um dia a concederá. Então essa parte da humanidade que na vida civil communga em nossa existencia, não hade ser esbulhada de toda a comunidade politica; aquellas que são esposas, mães, filhas e irmãs de cidadãos, e tem senão maior, tanto interesse na sociedade como elles, não serão uma excrescencia no estado. Participarão da vida politica por seus órgãos legitimos; e quando assumão a direcção da familia na falta do chefe natural, exercerão por si mesmas o direito de cidade, servindo de curadora ao marido ou de tutora aos filhos.

Por longo tempo ainda não passará esta idéa de uma remota aspiração. Presentemente devemos acceitar a sociedade como está organizada, para sobre essa base assentar qualquer reforma eleitoral.

Ainda neste ponto das idéas actuaes, a universalidade do voto sustentada pela eschola mais adiantada, encontra séria opposição da parte de espiritos muito illustrados. Imbuídos da falsa noção de democracia, para esses pensadores o voto é a delegação pura e simples da omnipotencia da maioria; universalisa-lo fôra instituir a demagogia, ou governo de plebe.

A maioria do estado é sempre formada pelas classes pobres; desde que dispuzessem ellas do governo, pela escolha do parlamento sacrificarião aos seus interesses os direitos das classes superiores. Renovar-se-hião as distribuições da propriedade, as leis agrarias, e as tendencias para o socialismo. A parte ignorante da população, a menos apta para a nobre funcção do governo, dirigira a classe illustrada e intelligente. Emfim o estado seria invertido sobre suas bazes, á semelhança de uma pyramide que pretendessem assentar sobre o vertice.

Eis o terror que o principio da universalidade do voto incute nos proprios sectarios da eschola democratica. Para desvanecer-lo, não duvidarão sophismar a idéa. "O voto é um direito universal, dizem elles; compete á todo cidadão; mas para exercê-lo é indispensavel certa aptidão ou capacidade."

Assim cercêo o exercicio do voto, que devêra ser universal como o principio. Sem duvida ha uma incapacidade politica, um impedimento que tolhe a liberdade do cidadão, assim como a liberdade individual. Mas o direito coacto não deixa de existir; passa á ser exercido por um legitimo representante.

E' este o primeiro vicio que se nota no systema restrictivo do exercicio do voto. Elle pretende restringir apenas o uzo de uma faculdade, entretanto que a supprime completamente, pois não dá representantes naturaes aos incapazes politicos.

Qual é porém o criterio da capacidade eleitoral?

E' uma cousa monstruosa que se decorou com o nome de censo, e que serve-se da instrucção, dos cargos, da renda, da propriedade immovel, de todos estes principios tão diversos, para aquilatar da aptidão politica do cidadão; concedendo-lhe ou recusando-lhe o uzo do voto.

Tudo isto é irrisorio, e admira como a sociedade ainda soffre esta subversão dos principios. Se admite-se como baze da capacidade politica a instrucção, parece ridiculo dar a um analphabeto patente de ilustrado porque possui uma renda; se a baze está na propriedade, porque representa o interesse do cidadão no estado, seria disparatado revestir um titulo scientifico de igual character; se finalmente a baze é multipla e assenta em qualquer interesse legitimo, então nenhum membro pôde ser excluido, porque todos o tem, embora em minima proporção.

De resto, submettido um direito á um principio restrictivo, não pôde elle fugir á todos os corollarios e desenvolvimentos naturaes. Se um individuo tem mais que outro o uzo do voto, porque possui algum cabedal, titulo academico, ou bem de raiz, como consequencia forçosa e irrecusavel, deve crescer a faculdade na razão de seu elemento. Portanto o mais rico, o mais sabio, o maior proprietario, tem um voto superior ao que fôr menos. A mesma razão, com que se priva ao proletario do suffragio, não tolera a igualdade juridica entre individuos de capacidade desproporcional.

Uma consideração põe á evidencia o absurdo do censo. A sociedade concede o suffragio a um cidadão porque é senhor de um prédio; e o recusa ao simples artista, que não accumulou ainda certo cabedal. Entretanto o proprietario, crivado de dividas, superiores ao prédio, nada possui na realidade, e nada produz. Ao contrario o outro concorre com seu trabalho para a riqueza publica.

Stuart Mill deriva o censo da contribuição; porque o poder de votar o imposto só pôde ser conferido por quem o paga. Se retorquirem ao illustre publicista inglez com esta analogia: o direito de votar a

lei sobre o commercio, só póde ser conferido pelos commerciantes; o de garantir a propriedade intellectual, pelos escriptores; o de regular os salarios, pelos jornaleiros; que respondera sua razão esclarecida? Sentiria a falsidade do principio. O poder politico é um e indiviso; é a delegação da soberania universal.

Demais as contribuições em grande parte são indirectas; e destas nenhum cidadão está isento; todos pagão na razão do consumo. Um obolo só com que concorra o cidadão para as despezas do estado, lhe dá igual direito ao do maior contribuinte; porque é cotisado e paga na razão dos gosos que aufere. Portanto o proletario taxado em sua subsistencia, está no mesmo caso do capitalista obrigado ao imposto de renda.

Se o illustre publicista inglez restringe a direito de voto unicamente áquelles que pagão o imposto de capitação; sua doutrina se torna perigosa. Os contribuintes directos, unicos soberanos e competentes para a escolha da legislatura, acabarião por sobrecarregar o estado de contribuições indirectas, atenuando quanto possivel o onus proprio.

E' inutil sophismar em defesa do censo. O direito com que se priva o cidadão do voto, porque não cursou aulas, nem a fortuna o favoreceu, é o mesmo direito com que se roubaria ao millionario seus thesouros a pretexto de não saber uza-los, com que se extorquiria a liberdade a qualquer pelo receio do abuso: é o mesmo e antigo direito de todo o despotismo, que se enthronisa na sociedade; chama-se força e arbitrio.

Como podeis repellir o absolutismo do rei por direito divino, e a aristocracia dos conquistadores que tem o solo e os habitantes em conta de propriedade sua?

A unica e valente defesa é a igualdade juridica a democracia, o governo de todos por todos. Desde porém que destruis essa guarda da justiça, e erigís uma parte da sociedade e a menor em arbitro e director da outra, consagraes a idéa da tyrannia; pouco importa a variedade da fórma; a essencia ahi está no dominio do arbitrio.

A genuina democracia não se deve temer das calamidades que apavorão o animo de muitos liberaes, no actual regimen das maiorias. A simples adopção do legitimo principio da representação da minoria, basta para espancar aquelles terrores, patenteando não sómente a essencial universalidade do voto, como sua influencia salutar na marcha do paiz.

Onde a totalidade governa, o despotismo da maioria é apenas intermittente; as massas recebem a irresistivel direcção da classe superior, e são um instrumento poderoso na mão dos espiritos illustrados. Os partidos disputão a ascendência sobre o povo; e assim conseguem identifica-lo com os interesses permanentes da sociedade.

A plebe, a massa indigente do paiz, não é, como alguns erradamente suppõem, inimiga natural das classes abastadas, a quem respeita e serve. São estas ao contrario que a arredão e espesinhão por um ciume cobarde, possuidas de um panico sem fundamento; aproveitão-se

da posição para extorquir ao pobre o direito do voto, e reduzi-lo a uma especie de servidão politica.

Pretendem que os operarios não tem interesse na conservação do governo, quando são elles justamente que mais perdem com a agitação, pois perdem tudo. O menor abalo escassêa o trabalho e afugenta o salario; vem a miseria. Emquanto os ricos abastados tem meios de emigrar salvando alguma parte dos haveres; os operarios estão adstrictos pela indigencia á localidade, e do mal que semêão colhem o primeiro amargo fructo.

A historia revela uma verdade já observada. Nenhuma das grandes revoluções conhecidas foi concebida e realisada pela plebe; mas pela aristocracia e a monarchia, uma contra a outra. O povo serve apenas de instrumento; e mais terrivel, quanto mais bruto o conservão.

Esbulhada de todos os direitos, reduzida á simples materia recrutavel e contribuinte, a plebe deve com effeito se tornar combustivel para as revoluções. O primeiro audaz que tiver ensejo de lançar-lhe uma faisca, levantará o incendio. Nestas condições não admira que haja revoluções; porém que as haja em tão pequeno numero.

Uma vez erigida em dogma politico a universalidade do voto, e chamada a plebe á participar do governo, elle se compenetrará de sua missão. Elevada pelo sentimento de dignidade, conscia de seu direito, ficará mais disposta á ser penetrada pela influencia dos homens superiores; o entusiasmo e o instincto hão de pô-la ao serviço das grandes idéas.

Em vez do antagonismo funesto que a mantinha compacta e unida contra a sociedade, a plebe se dividirá desde que receber o influxo das opiniões politicas, e commungar nellas. Formar-se-hão no proprio seio partidos que se equilibrem: forças vivas empregadas no desenvolvimento do paiz. Será esse o verdadeiro manancial da soberania, o viveiro que nutra e alente todas as classes, e todas as opiniões.

Nesse governo, nem a ignorancia prepondera sobre a instrucção; nem a indigencia sobre a propriedades nem a riqueza sobre a intelligencia; nem qualquer elemento social sobre outro. Todos governão; e a verdadeira realeza pertence á razão e á justiça. Sempre que as almas superiores se põem em contacto com o povo, desse choque resulta necessariamente a verdade. O povo é o coração da nação cheio de paixões; a classe illustrada é o pensamento, a razão.

A genuina democracia, o governo de todos por todos, fará que a plebe, de materia bruta que é para a revolução, torne-se uma garantia de ordem social. Sem duvida não desaparecerá o espirito de agitação que em todos os tempos conturba os estados. São crises fataes inherentes á humanidade. Não ha ente algum susceptivel de crescer e aperfeiçoar-se que não tenha desses convolvimentos do organismo. O legislador que pretendesse supprimir taes phenomenos, devia começar por supprimir o povo, o homem, a liberdade.