

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCELO LUIS KOCH

**VOTO NULO E RENOVAÇÃO DAS ELEIÇÕES:
CRÍTICAS AO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 20.159.**

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2016**

MARCELO LUIS KOCH

**VOTO NULO E RENOVAÇÃO DAS ELEIÇÕES:
CRÍTICAS AO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 20.159.**

Trabalho de Dissertação apresentado ao
Curso de Graduação em Direito como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão
Pimentel dos Reis

**BRASÍLIA,
NOVEMBRO 2016**

Marcelo Luis Koch

**Voto nulo e renovação das eleições: críticas ao entendimento firmado pelo
Tribunal Superior Eleitoral no Processo Administrativo nº 20.159**

Trabalho de Dissertação apresentado ao
Curso de Graduação em Direito como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Brasília-DF, 28 de novembro de 2016.

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Professor Orientador

Prof. Me. Janete Ricken Lopes de Barros
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Fábio Lima Quintas
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha família, que me mostrou que valores independem de e precedem a títulos acadêmicos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Daniel Falcão por ter aceitado ser meu orientador da elaboração deste trabalho e ter me indicado os caminhos a seguir;

ao amigo Felipe Sampaio, por ter me dado algumas dicas sobre a elaboração do presente trabalho;

às professoras Janete Ricken Lopes de Barros e Júlia Maurmann Ximenes, pelo auxílio na parte metodológica do trabalho e por clarear as dúvidas que tive na confecção deste;

ao professor Fábio Lima Quintas, pela satisfação de ter aceitado integrar a banca de arguição oral deste trabalho.

RESUMO

No presente trabalho será analisada a conformidade da decisão tomada pelo TSE no Processo Administrativo nº 20.159 com a Constituição Federal. Para tanto, abordaremos a teoria das invalidades do direito privado e sua aplicação ao direito eleitoral. Ato contínuo, serão expostas algumas concepções de democracia e o modelo adotado em nosso País. Por fim, após analisarmos os debates feitos no Processo Administrativo, procuraremos demonstrar que a decisão tomada fragiliza o modelo de aquisição de poder político previsto em nossa Constituição Federal, especialmente por permitir que candidatos sem representatividade e legitimidade assumam cargos eletivos.

Palavras-chave: Direito eleitoral. Democracia representativa. Voto Nulo. Legitimidade. Renovação das eleições.

ABSTRACT

In this paper we will analyze the conformity of the decision by the TSE in the Administrative Process nº 20.159 with the Federal Constitution. Therefore, we'll use the invalidity theory of private law on election law. Then, we'll expose some conceptions of democracy and the model adopted in our Constitution. Lastly, after analyzing the debates made in the Administrative Process, we'll try to demonstrate that the decision taken by the Court weakens the model of acquisition of political power provided by our Constitution, especially considering the fact that candidates without representativity and legitimacy could take political office.

Keywords: Election law. Representative democracy. Null vote. Legitimacy. Elections renovation.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

Art./art. – Artigo

CE – Código Eleitoral

CC – Código Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Inc - inciso

LE – Lei das Eleições

nº – número

PA – Processo Administrativo

Res. – Resolução

TRE – Tribunal Regional Eleitoral

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

§ – parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 TEORIA DAS INVALIDADES E O DIREITO ELEITORAL.....	15
1.1 Aspectos gerais da teoria das invalidades.....	15
1.2 Teoria das invalidades e o direito eleitoral.....	23
1.3 Diálogo entre os arts. 175, §3º, e 224 do Código Eleitoral.....	31
2 MODELOS DE DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO NA TOMADA DE DECISÃO ESTATAL.....	40
2.1 Modelos clássicos de democracia.....	42
2.2 Modelos contemporâneos de democracia.....	50
3 DEMOCRACIA, REPRESENTATIVIDADE E LEGITIMIDADE.....	63
3.1 A democracia como categoria dogmática.....	63
3.2 O modelo de democracia adotado na CRFB/88.....	67
3.3 A legitimidade como fonte de validade do mandato eletivo.....	75
4 VOTO NULO, RENOVAÇÃO DAS ELEIÇÕES E O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.....	84
4.1 Lacuna normativa e o Processo Administrativo nº 20.159.....	84
4.2 Considerações preliminares sobre a decisão.....	98
4.3 Consequência prática da decisão do Tribunal Superior Eleitoral.....	101
CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

A complexidade da vida moderna, as "necessidades" de primeira ordem criadas pela sociedade de consumo e, por conseguinte, as crescentes responsabilidades para fazer frente àquelas necessidades parecem não ser efetivamente compatíveis com a democracia tida como ideal por muitos, na qual o indivíduo atua direta e ordinariamente nos negócios estatais.

Sabido é que a palavra democracia é formada pelos radicais gregos *demos* e *kratos*, cuja tradução literal significa, respectivamente, povo e poder. A se analisar a etimologia da palavra, soa estranho que o povo tenha se afastado do governo do povo. Esse aparente contrassenso torna-se compreensível quando se observa alguns valores caros para nossa sociedade contemporânea, em especial pelo individualismo que a marca.

A errônea, embora difundida, compreensão do Estado não como algo que é de todos, mas como algo que é dos outros ou não é de ninguém é uma das possíveis causas pelas quais pessoas afastam-se dos assuntos públicos: no escasso tempo que possuo, devo optar por resolver os meus problemas ou resolver os problemas "alheios". Uma batalha quase injusta. Esse conflito entre o "eu" e o "os outros" não passou despercebido pelos estudiosos.

Abraham Lincoln, no conhecido discurso de Gettysburg, proferiu uma célebre frase que para muitos sintetiza a democracia: governo do povo, pelo povo e para o povo¹. Simples na sua construção, enigmática na essência: o que é povo? Impossível que se estabeleça uma resposta fechada para uma pergunta aberta tal como esta. Da extensão que será dada ao conceito povo surgirão inúmeros modelos de democracia.

Muitas palavras têm entre si uma característica comum, que é a de alterar seu significado no curso da história. Como exemplo, cita-se os termos "mediano" e "medíocre". São termos sinônimos, cuja consulta a qualquer dicionário nos indicará que representam algo que está no meio; que não é bom nem ruim; em suma, a representação da média: entre o oito e o oitenta, seria o quarenta e quatro.

O uso corrente de tais termos, contudo, afasta-se desse significado original e

¹WHITE JR., Ronald C. **As palavras que comoveram uma nação**. Fev. 2009.

traz ínsito um juízo de valor, que sequer é de igual grau em ambos. A afirmação de que determinada pessoa é “mediana” ou “medíocre”, em princípio, não deveria causar mal algum, na medida em que apenas indicaria que a pessoa não é nem excepcional nem ruim. Todavia, em razão do caráter pejorativo com que tais termos são modernamente empregados, possivelmente a mensagem será recebida de forma negativa e tende a causar atritos entre o seu emissor e o sujeito nela referido.

Essa plurivocidade de significados também está presente no termo “povo”. Atribuir-lhe um significado bem limitado, tal como era feito na democracia clássica de Atenas, possibilitou que este modelo lá se desenvolve-se com as peculiaridades que eram a ele inerentes, em especial a desconhecida figura da representação dos cidadãos. Como esse grupo era demasiadamente limitado e relativamente homogêneo, havia um ambiente ideal para o desenvolvimento de um modelo de democracia em que se privilegiava a participação intensa na vida estatal.

As reviravoltas ocorridas na idade média tornaram difícil a defesa de um conceito extremamente limitado de povo. Três acontecimentos foram fundamentais nesse processo. Num primeiro momento, destaca-se a importância do evangelho cristão da baixa idade média, que pregou ser o homem portador de uma série de direitos humanos naturais ou inatos, que se justificavam pela mera condição de ser, independentemente de qualquer qualificação.

Pouco após, surgiram os teóricos contratualistas, os quais buscavam explicar a razão do estado, a forma de concebê-lo e quais os laços que uniam os indivíduos a ele. Por último, no auge desse movimento tem-se as revoluções liberais dos oitocentos, especialmente as revoluções francesa e americana, supressoras dos estamentos e estruturas criados pelo antigo regime, e que puseram o homem, livre e igual sob o prisma formal, como o protagonista do novo modelo de estado criado.

Dado o desenvolvimento conceitual da pessoa, não soaria congruente afirmar que o homem é o fim último do estado e, no frígido dos ovos, limitar a um número reduzido destes a tomada das decisões que influenciarão a vida de toda a coletividade ou a escolha dos responsáveis por tomar tais decisões.

A extensão da participação nas escolhas estatais a novos atores demandou a criação de novas formas de a coletividade participar do processo político,

notadamente pela ampliação do conceito de povo; e pelo aumento considerável da complexidade das decisões a serem tomadas, aliado à dificuldade de se operacionalizar um sistema de participação direta nos Estados modernos, dadas proporções demográficas e físicas que tomaram.

Como solução para esse novo contexto, surgem os modelos de democracia indireta ou representativa, nos quais o povo prossegue como titular do poder, mas elege representantes para que tomem decisões em nome e nos interesses da coletividade. Essa atuação exige uma habilitação especial, que é a escolha pelos cidadãos em processo eleitoral previsto para esse fim.

A relação cidadão e estado não é mais direta, mas intermediada por um terceiro. Cria-se um elo entre os cidadãos e seu representante e um elo entre este e o estado. Na condição de gestor de interesses de terceiros, deveria o representante tomar suas decisões nos termos queridos pelos representados. Diz-se deveria para não induzir o leitor a imaginar que tal mandato seja imperativo, pois não é.

O mandato imperativo prevê uma estrita vinculação do representante aos representados. Não se admite que aquele tomasse qualquer decisão sem a prévia oitiva e que não fosse autorizada por aqueles que representava. Eventual decisão tomada sem a observância destes requisitos seria ineficaz perante os representados, que poderiam anulá-la, bem como revogar o mandato outrora concedido.

Atualmente, não mais se adota este modelo. Nada obsta que determinado mandatário seja eleito e adote medidas colidentes com os interesses das pessoas que o elegeram. Não correrá o risco de ter seu mandato revogado; o momento de o eleitor manifestar sua insatisfação é nas eleições seguintes.

A adoção da democracia representativa como regra e a impossibilidade de revogação do mandato conferido ressalta a necessidade de que o mandatário empossado tenha o aval do corpo de eleitores. A isso, dá-se o nome de legitimidade. O raciocínio é simples: como não é mais possível a revogação sumária do mandato, dá-se ele ao candidato que foi efetivamente escolhido pela população.

A necessidade de que o representante diplomado tenha legitimidade e representatividade popular é a questão central deste trabalho. O problema de

pesquisa consiste em analisar a decisão tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral no PA nº 20159 e verificar se a decisão não afronta a legitimidade exigida de todo mandatário e, por conseguinte, se não colide com o modelo constitucional de aquisição e exercício do poder político.

Com a finalidade de aprofundar a análise da questão e permitir ao leitor que forme sua opinião sobre o tema, o presente trabalho será dividido em quatro capítulos.

No primeiro, far-se-á uma breve incursão na análise dos fatos sociais, diferenciando os fatos materiais dos fatos jurídicos. Após, serão feitas algumas considerações sobre os fatos jurídicos e tecidos alguns comentários sobre a teoria das invalidades do direito privado. Por fim, pela inexistência de uma teoria das invalidades do direito eleitoral, será demonstrado como é feita a aplicação da teoria das invalidades do direito privado na seara eleitoral.

No segundo capítulo serão descritos vários modelos de democracia. Visa-se, com isso, demonstrar que a muitas vezes bela e festejada democracia é, também, o que o senso comum nos apresenta, mas não só isso. Será desconstruída a concepção de que a democracia seria plana no espaço e estanque no tempo, de forma que o leitor perceba que a comum afirmação de que “sou um democrata”, por si só, não quer dizer muita coisa.

No terceiro capítulo, após afastada a univocidade do termo democracia, passa-se a análise do modelo de democracia previsto na Constituição Federal. A ênfase recairá no chamado do Constituinte para que o cidadão participe na vida pública e na necessidade de que todo representante eleito tenha legitimidade popular.

No quarto capítulo, será feita a análise da decisão tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral no Processo Administrativo nº 20.159. Para tanto, pretende-se dividir o capítulo em duas partes: na primeira será feita a uma rápida exposição da situação posta, para, após, analisar-se os argumentos utilizados pelos ministros para criar sua linha de raciocínio e a decisão tomada no julgamento do Processo administrativo mencionado; e, na segunda parte, será feita uma análise da decisão para ver se ela encontra amparo ou afronta o modelo democrático positivado em nossa Constituição.

Por fim, no derradeiro e conclusivo capítulo, serão expostas breves considerações feitas pelo pesquisador sobre a decisão tomada pela Corte Eleitoral.

1 TEORIA DAS INVALIDADES E O DIREITO ELEITORAL

Neste primeiro capítulo far-se-á uma breve explanação da teoria dos fatos jurídicos e, após analisar seus requisitos e processo de formação, será exposto o sistema de nulidades previsto na normativa civil. Face à inexistência de um regime próprio de nulidades no direito eleitoral, objetiva-se demonstrar como o sistema de nulidades do direito privado aplica-se àquele especial ramo do direito público. Por fim, após a exposição das nulidades eleitorais em espécie, expõe-se o problema objeto do presente trabalho, fruto da aplicação conjunta dos arts. 175, §3º, e 224 do Código Eleitoral (CE).

1.1 Aspectos gerais da teoria das invalidades

O questionamento coloquial acerca de quem teria surgido primeiro, o ovo ou a galinha, apresenta sua versão jurídica nas parênticas latinas *ubi societas ibi jus* e *ibi jus ubi societas*. Seria o direito antecedente ou consequência da criação de sociedades pelo homem? A defesa de uma tese neste ou naquele sentido, além de não ser o escopo do presente trabalho, não parece produzir efeitos práticos significativos. Isso, contudo, não impede se conclua ser o direito imperativo: onde há sociedade, hão de haver regras que prevejam direitos e imponham deveres aos membros que a integram. Direito e sociedade, pois, estão intimamente interligados e são mutuamente interdependentes.

A adoção de uma visão restritiva do conceito de regra muitas vezes leva-nos a concluir que elas apenas passaram a influenciar a vida das pessoas a partir das sociedades ditas contemporâneas. Contudo, o conceito de regra não deve ser confundido com a moderna noção de lei, porquanto mais amplo que este, naquele se compreendendo todo e qualquer instrumento que ordene o modo de vida em algum determinado grupo, ou seja, qualquer instrumento de controle social.

Assim, para os fins aqui tratados, tanto são regras o capítulo do atual Código Civil brasileiro que regulamenta as relações familiares quanto os costumes das comunidades indígenas pré-colombianas que estabeleciam uma hierarquia comunitária, repousando nas figuras do pajé e do sacerdote da tribo a definição dos rumos que a comunidade tomaria.

Veja-se que, neste último caso, esta opinião qualificada conferida a determinadas pessoas deixa clara a primazia da opinião de algumas pessoas no processo decisório realizado nestas comunidades ditas primitivas. Resultado dessa prevalência às opiniões de determinados membros da comunidade é que os demais integrantes deveriam obedecê-las. Aproxima-se intimamente do atributo da coercibilidade/coercitividade, inerente ao direito, que impõe a observância da regra posta. O que os diferencia não é a obrigatoriedade, mas a causa de sua obrigatoriedade (ou a sua legitimidade): na norma jurídica é o fato de estar previsto em lei; na comunidade indígena, sua natureza consuetudinária.

Longas as incursões dos estudiosos na natureza social do homem. Lembra-se, a título meramente exemplificativo, que Aristóteles já mencionava ser o homem um “animal político”²; que Rousseau enfocou a importância dos homens reunirem-se em sociedade³; e Marx, ainda mais recentemente, destacou que o homem apenas se concebe como tal a partir de suas relações sociais⁴. Três autores distintos, de épocas e escolas de pensamento diversas, demonstram-nos a importância que o relacionamento interpessoal possui para os homens.

Da convivência entre seus iguais aflora o elemento diferenciador de todo ser humano: suas diferenças. Notórias as diferenças, potenciais os conflitos. O direito, em tal contexto, tem como finalidade possibilitar o harmônico convívio na sociedade e a observância de determinados preceitos e institutos eleitos pelos membros que a integram.

A outorga desta nobre, porém árdua, tarefa para o direito não o autoriza a se imiscuir em todo os âmbitos da vida ordinária da coletividade. Desta premissa, decorre a classificação dos fatos ocorridos na vida ordinária da comunidade em fatos jurídicos e fatos materiais.

O que difere ambas as categorias é a existência ou não de normatização jurídica e, por consequência, a produção de efeitos jurídicos quando da sua

²ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Escala, 2008. p. 11.

³ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2002. p. 24-24.

⁴Veja-se que a sociabilidade seria um imperativo para a classe trabalhadora, na medida em que apenas com a união dos operários seria possível a emancipação social dos operários, entendida como a superação das estruturas criadas pelas revoluções burguesas. MARX, Karl. **Manifesto Comunista**. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003. p. 43.

ocorrência no mundo da vida real. Os fatos materiais não possuem tratamento normativo, o que os torna irrelevantes juridicamente. Os fatos jurídicos, por sua vez, dotados que são de especial relevância social, foram objeto de atenção do legislador, que previu efeitos em razão da sua ocorrência.

De pronto, verifica-se que para a classificação de um fato cotidiano numa ou noutra categoria é indiferente a origem dele. Fundamental será apenas a produção ou a potencialidade para produzir efeitos jurídicos⁵. Deste modo, é possível que um mesmo fato possa ser um fato material ou um fato jurídico, a depender do contexto em que ocorre. Apresenta-se como exemplo a queda de um raio sobre uma casa: o fato será jurídico se a casa estiver coberta por uma apólice de seguro. Será, porém, mero fato material se inexistente qualquer espécie de seguro que proteja o imóvel contra eventos desta natureza. Neste caso, nada obstante os transtornos que decorrem do evento natural, sob o aspecto jurídico será ele irrelevante⁶.

Estabelecida que a característica fundamental dos fatos jurídicos é a sua produção (efetiva ou potencial) de efeitos jurídicos, necessária a observação de que a definição de um fato como jurídico ou não resulta de um juízo de escolha a ser feito pelo órgão de representação de cada sociedade: tido como relevante algum fato social, a ele será atribuída a regulamentação jurídica correspondente.

Destaca-se que a locução fato jurídico reclama a presença de dois elementos: o fato e a normatividade jurídica. Ausente o fato, a norma permanece em estado de potência, não dando azo ao surgimento de qualquer relação jurídica. Realizado algum fato, quando destituído de normatividade legal, resta um “nada jurídico”. Por tal razão, diz-se que a eventualidade e o preceito legal seriam os componentes do fato jurídico⁷.

⁵Ordinariamente, a doutrina civilista entende que o fato jurídico seria apenas aquele que efetivamente produz efeitos jurídicos. Todavia, parece-nos correta a ponderação no sentido de que não necessariamente todo fato jurídico produzirá efeitos jurídicos. A mera aptidão ou potencialidade da produção de tais efeitos seria bastante para que um fato receba a qualificação de jurídico. Cita-se como exemplo a produção de um testamento, revogado antes da morte do testador. Nesta situação, nenhum efeito jurídico foi produzido, o que só ocorreria com a morte do testador. Todavia, parece-nos que não seria possível alegar que nenhum fato jurídico foi praticado. Esse fato apenas não produziu efeitos pois não ocorreu outro fato que o tornaria eficaz, no caso, a morte do testador. Bastante, portanto, seria a capacidade/potencialidade de o fato produzir efeitos. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 488. 1 v.

⁶Ibidem. p. 486.

⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

A doutrina classifica os fatos jurídicos quanto à sua conformidade com o ordenamento jurídico e quanto à presença do elemento volitivo. De acordo com o primeiro critério poderão ser lícitos ou ilícitos, a depender de respeitarem ou não o ordenamento jurídico⁸.

Já em relação ao segundo critério, presença do elemento volitivo, subdividem-se em fato jurídico em sentido estrito, que congrega os fatos naturais juridicamente relevantes (a morte natural de uma pessoa e o decurso do tempo, por exemplo); e fato jurídico em sentido amplo (ou atos jurídicos), que congloba todos os fatos cuja exteriorização exige a manifestação da vontade de quem os pratica.

Estes últimos subdividem-se, ainda, em atos jurídicos em sentido estrito e negócio jurídico. No negócio jurídico, a declaração de vontade fundamenta a sua prática e nela está prevista a produção de algum efeito jurídico específico (criar, modificar, conservar ou extinguir algum direito ou alguma relação jurídica). Já nos atos jurídicos em sentido estrito, a manifestação da vontade é relevante para a realização do ato, mas não determina os efeitos jurídicos que dele decorrem. Neste caso, tais efeitos possuem previsão legal e resultam da mera prática do ato que os determina. Neste sentido

observa-se, então, que se distinguem o “negócio jurídico” e o “ato jurídico”. Aquele é a declaração de vontade, em que persegue o efeito jurídico (*Rechtsgeschäft*); no ato jurídico stricto sensu ocorre manifestação volitiva também, mas os efeitos jurídicos são gerados independentemente de serem perseguidos diretamente pelo agente. [...] Os “negócios jurídicos” são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os “atos jurídicos stricto sensu” são manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradores de efeitos que nascem da própria lei⁹.

Dada a importância do elemento volitivo na prática do fato jurídico, poder-se-ia cogitar que no exato momento em que praticado algum fato jurídico, imediatamente iniciaria a produção dos efeitos dele decorrentes. Afinal, se o sujeito quis praticar determinado ato, parece lógico querer, também, a imediata produção dos efeitos. Tal premissa, todavia, não necessariamente é sempre verdadeira.

p. 389.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 488-489. 1 v.

⁹ibidem. p. 402.

Também não o é, de igual modo, a suposição de que a produção de efeitos por determinado fato jurídico indique ser este conforme o ordenamento jurídico: dá eficácia de algum fato jurídico não se infere a sua validade. Visível, pois, a relativa autonomia entre a existência de um fato jurídico, a sua conformidade com o direito vigente e a produção de efeitos.

Pelo exposto, afirma-se que a perfeição (leia-se completude, conclusão do processo de formação) de um fato jurídico demanda a superação de três planos diversos impostos pelo ordenamento jurídico: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia, como difundido pela comunidade jurídica¹⁰.

No plano da existência, afere-se o preenchimento de todos os pressupostos fáticos sem os quais o fato jurídico não existiria enquanto tal. A análise limita-se ao controle da presença de todos os requisitos básicos de constituição de determinado fato para que ele receba valoração jurídica. Os elementos cuja presença é reclamada são (a) agente, (b) objeto, (c) forma e a (d) manifestação da vontade¹¹.

No segundo degrau situa-se o plano da validade. Agora, a análise não incide sobre a presença dos substantivos imprescindíveis para que o fato jurídico exista, mas sobre os adjetivos que qualificam aqueles e que atestam a sua compatibilidade com as normas postas. Não mais se fala em agente, mas em (a) agente capaz. O mesmo se diga em relação aos demais elementos, que agora se revestem em (b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (c) forma prescrita ou não defesa em lei; e (d) manifestação de vontade livre e consciente, além de, obviamente, não visar a fim proibido pelo direito¹².

Por fim, no terceiro e último plano, estuda-se a eficácia do fato jurídico, entendida como a aptidão para que ele produza seus regulares efeitos. Esta, como já dito, é a principal característica que diferencia os fatos jurídicos dos fatos materiais, estes inábeis para produzir quaisquer efeitos jurídicos.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 490-492. 1 v.

¹¹ Os requisitos agente, objeto e forma estão expressamente previstos no art. 104 do CC. Já o elemento manifestação da vontade não está expressamente previsto neste Código, porém é dedutível da própria concepção de fato jurídico em sentido amplo acima descrita. Relembra-se que nesta categoria o elemento volitivo ocupa posição central, bem como a diferencia da categoria dos fatos jurídicos em sentido estrito, conjunto que engloba todos os fatos que produzem efeitos jurídicos, mas que independem de qualquer ato de vontade humana.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 513. 1 v.

A lógica levar-nos-ia a pensar que tais planos sejam necessariamente sucessivos e que entre eles existe uma rígida interdependência. Este raciocínio, aliás, descreve aquilo que ordinariamente espera-se que ocorra: o fato exista, seja válido e produza seus regulares efeitos.

Todavia, não necessariamente esse ciclo será respeitado. Caso fosse, apenas o fato jurídico destituído de qualquer vício intrínseco ou extrínseco (válido, como dito acima) poderia produzir efeitos (ter eficácia). Determinadas situações, entretanto, fogem a essa regra e não é possível ao direito ignorar sua existência e impedir que produzam efeitos jurídicos.

O próprio legislador, sabedor de que os fatos da vida são mais dinâmicos que os dogmas jurídicos, prevê situações na legislação em que o fato jurídico é eficaz, em que pese inválido. Exemplifica-se a figura do “casamento putativo”, previsto no art. 1.561 do CC¹³. Embora nulo ou anulável, o casamento produz efeitos civis em relação ao(s) cônjuge(s) de boa-fé e ao(s) filho(s).

Condicionar a eficácia do fato jurídico à sua validade produziria a indesejada situação de impedir a produção de efeitos em relação àqueles que de boa-fé estavam. Na prática, equiparar-se-ia o tratamento dado àquele que agiu de má-fé e àqueles que agiram de boa-fé, em nítida colisão com o princípio da eticidade, que rege toda a aplicação da legislação civil nacional.

Esse é apenas um exemplo da impossibilidade de se estabelecer subordinação e preferência entre os planos da validade e da eficácia, corroborando a já mencionada relativa autonomia existente entre eles¹⁴¹⁵.

A inexistência de uma teoria das invalidades própria do direito eleitoral exige uma prévia e rápida incursão na teoria das invalidades do direito civil (que a bem da

¹³Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

¹⁴Há, inclusive, situações produtoras de efeitos jurídicos em que sequer é viável a análise da validade do fato jurídico. Exemplifica-se o nascimento com vida e a morte natural, situações relevantíssimas sob o ponto de vista jurídico, mas que não se submetem a juízo de validade algum, pela absoluta impossibilidade de se fazê-lo.

¹⁵Naturalmente, a análise da validade de determinado fato jurídico ou a sua aptidão para produzir efeitos pressupõe que ele exista. Não existindo, não há sequer o que analisar. A superação da etapa do plano da existência é pressuposto para o avanço aos demais planos. A obviedade de tal raciocínio é tamanha que o plano da existência sequer recebeu tratamento pelo legislador civil. Limitou este a regular os planos da validade e eficácia, pressupondo que só pode ser válido ou eficaz aquilo que antes é.

verdade representa a teoria das invalidades da teoria geral do direito). As considerações gerais que serão sobre ela feitas aplicam-se em parcela considerável ao direito eleitoral. Eventuais aspectos em que essa aplicação uniforme não ocorre serão pontuadas no momento oportuno.

Inicialmente, destaca-se que a definição de vícios negociais e os efeitos que deles decorrem objetiva conciliar “a justiça interindividual e os imperativos de segurança jurídica, além de preservar o natural fluxo das relações econômicas”¹⁶. Inválido, pois, será o fato jurídico que viola dispositivo legal idôneo para romper o equilíbrio entre os valores acima estabelecidos.

Facilmente perceptível que válido e inválido são conceitos relacionais: decorrem da comparação, no caso concreto, de algum fato jurídico com o modelo idealmente previsto em abstrato pelo legislador. Por representar uma violação ao ordenamento jurídico, também lógica a conclusão de que todas as hipóteses que a ensejam devem estar previstas em lei, não se admitindo a sua extensão pela adoção de práticas consuetudinárias¹⁷.

Destaca-se de pronto que invalidade é gênero, do qual são espécies a nulidade e anulabilidade¹⁸. Aquelas estão previstas nos arts. 166 e 167 do CC; estas, no art. 171 do mesmo diploma legal. A primeira percepção que se deve ter é que a cominação da nulidade ou da anulabilidade não resulta da gravidade do vício existente, mas sim da natureza do vício¹⁹.

¹⁶NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 601.

¹⁷A princípio, toda violação à lei proibitiva cominaria de nulidade o ato violador. Todavia, a estrutura das normas proibitivas, no que tange à sanção, pode apresentar as seguintes fórmulas: a) *leges perfectae* (apenas prevê a nulidade do ato que a contraria); b) *leges plus quam perfectae* (prevê a nulidade do ato que a contraria e aplica sanção adicional); c) *leges minus quam perfectae* (apenas prevê a sanção, sem prever a nulidade do ato); d) *leges imperfectae*. (não prevê a nulidade nem comina sanção ao ato que a contraria). Logo, não é propriamente correto afirmar que todo ato contrário a lei imperativa é nulo. *Ibidem*. p. 603.

¹⁸No presente trabalho, os termos nulo e nulidade serão utilizados como sinônimos de nulidade absoluta, enquanto os termos anulável e anulabilidade, como sinônimos de nulidade relativa.

¹⁹Com isso, não se quer dizer que a gravidade do vício que macula o ato jurídico seja irrelevante para o seu enquadramento como nulo ou anulável. Apenas se afirma que a análise dessa gravidade não é feita pelo aplicador da lei na análise do caso concreto. Esta análise já foi feita pelo legislador na edição da norma, que possivelmente cominou a nulidade àqueles vícios que julga mais nocivos à coletividade. A título de exemplo, compare-se os institutos da simulação e do erro, hipóteses de nulidade e de anulabilidade, respectivamente. Percebe-se que na simulação há indícios de má-fé do declarante, que com a falsa declaração de vontade busca produzir efeito jurídico diverso daquele ostensivamente declarado. Já no erro, não existe má-fé de nenhum dos declarantes, mas a errônea compreensão da realidade por uma das partes, produto da ignorância ou inexperiência. A maior gravidade da simulação justifica a maior severidade na punição do ato simulado.

Considerando-se que a invalidade é sanção imposta por lei, a nulidade é a pena mais severa para a hipótese de não observância dos parâmetros estabelecidos para a formação dos fatos jurídicos, notadamente dos atos negociais. A previsão legal de que determinado vício é hipótese de nulidade absoluta sinaliza que a sua prática extravasa os interesses das partes envolvidas na relação jurídica e atinge, também, princípios e valores tidos como caros para a sociedade²⁰.

Parece-nos acertada a compreensão da anulabilidade de Ludwig Enneccerus, que a conceituava como a “*nulidade pendente da vontade do titular do direito de anulação, unida à admissão de uma validez provisória*”²¹. Trata-se de um vício menos grave que aqueles ensejadores da nulidade absoluta e incide sobre interesses tipicamente privados, em relação aos quais a autonomia individual prevalece, razão pela qual se diz que o ato seria provisoriamente válido até que o prejudicado reclame sua anulação. Forte na autonomia individual, não se admite que o ordenamento jurídico invalide uma relação jurídica cuja manutenção é querida pelas partes quando os efeitos apenas as atingirem.

A parêmia latina *Quod nullum est, nullum producit effectum* (o que é nulo nenhum efeito produz), de forma sintética, estabelece a semelhança entre as espécies de invalidade no que tange à produção de efeitos: nulo ou anulável o ato, será inábil para produzir efeitos. Além deste, outras semelhanças verificam-se entre os institutos.

O art. 184 do CC, na sua primeira parte, prevê o denominado princípio da conservação dos negócios jurídicos, em virtude do qual a invalidade parcial do ato não prejudicará a parte que não for por ela contaminada. A segunda parte do referido artigo prevê, ainda, a contaminação das obrigações acessórias por eventual invalidade da obrigação principal (como, por exemplo, a invalidade do contrato de locação que expande-se para tornar inválida eventual fiança nele prestada)²².

Além disso, o art. 183 do CC prevê que “*a invalidade do instrumento não*

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 524. 1 v.

²¹ ENNECCERUS, Ludwig et alii. **Derecho Civil – Parte General**, trad. da 39ª ed. alemã. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1944. p.370 apud NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 614.

²² A recíproca, porém, não é verdadeira. Eventual invalidade na obrigação acessória não induz à da obrigação principal. A concessão de fiança por um dos cônjuges sem autorização do outro, quando necessária, é inválida, mantendo-se plenamente hígido o negócio jurídico em que realizada.

induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio.”. O Código impossibilita que se confunda negócio jurídico com o instrumento por meio do qual aquele se forma. Nas hipóteses em que o negócio não seja formal ou solene, ou seja, não demande a produção por instrumento específico, eventual invalidade do instrumento não compromete o negócio jurídico nele firmado.

Estabelecidas as semelhanças entre o regime jurídica da nulidade e da anulabilidade, passa-se à análise de suas diferenças. Destacam-se como diferenças: a insanabilidade do vício; a legitimidade para arguí-lo; o conhecimento de ofício pelo magistrado; e a natureza da sentença em que ele é reconhecido.

A nulidade não pode ser suprida ou sanada nem convalesce com o decurso do tempo, admitindo-se a propositura da demanda judicial a qualquer momento para que seja declarada. Poderá ser arguida pelas partes, pelo Ministério Público, por terceiros e, inclusive, conhecida de ofício pelo juiz, em sentença de natureza declaratória com eficácia *erga omnes* (contra todos) e *ex tunc* (efeitos retroativos).

Já a anulabilidade pode ser suprida ou sanada pelas partes, bem como convalesce pelo decurso do tempo se não proposta a ação anulatória no prazo decadencial. Seu reconhecimento exige o requerimento expresso da parte prejudicada, não podendo o magistrado conhecê-la de ofício. A sentença proferida em eventual ação anulatória possui natureza constitutivo-negativa, produz efeitos *inter partes* (entre as partes) e, segundo maioria da doutrina, *ex nunc* (apenas para o futuro).

Desenvolvida especialmente pelos pandectistas alemães, a teoria civilista das invalidades não é de aplicação exclusiva deste ramo do direito. Feitas as devidas alterações, os demais ramos do ordenamento jurídico dela se valem na concepção de seu sistema de invalidade. No direito eleitoral não seria diferente²³. A inexistência de um regime próprio autoriza, para não dizer impõe, a aplicação dos ensinamentos da teoria geral do direito civil sobre o assunto.

Vencida a análise inicial da teoria das invalidades do direito civil (ou do direito privado), bem como a análise dos pressupostos fundamentais para seu estudo, dado o objeto do presente trabalho, passa-se especificamente ao estudo da aplicação dessa teoria ao direito eleitoral.

²³GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 611.

1.2 Teoria das invalidades e o direito eleitoral

O Código Eleitoral (CE) reserva o CAPÍTULO VI do TÍTULO V da PARTE QUARTA para tratar do seu sistema de invalidades²⁴. Nos artigos 219 a 224 o legislador previu as hipóteses de nulidade e anulabilidade e um micro regime jurídico a elas aplicável.

Assim como no direito civil, não cuidou o legislador eleitoral de prever um elenco de hipóteses de inexistência da votação. Todavia, a atenta leitura das causas de nulidade indica-nos que ali foram previstas duas situações em que o voto não será nulo, mas inexistente. Tais previsões encontram-se no inc. I, primeira parte, e inc. III, também primeira parte, ambos do art. 220 do Código Eleitoral, cuja redação se transcreve:

Art. 220. É nula a votação:
I - quando feita perante mesa não nomeada pelo juiz eleitoral [...];
III – quando realizada em dia, hora, ou local diferentes do designado [...];

Na primeira situação descrita, em que a votação ocorre perante mesa não nomeada pela justiça eleitoral, indiscutível a inexistência dos votos perante ela realizados, pois, sob ótica da organização das eleições, a Justiça Eleitoral sequer tem conhecimento da existência desta mesa: realizada perante mesa eleitoral inidônea, não há como se considerar a votação idônea. Votação não há; quando muito, poder-se-ia dizer que houve um “arremedo” de votação²⁵.

Na segunda situação, de votação realizada em dia, hora ou local diferentes do designado, também imperativa a conclusão de que a votação realizada nessas condições é inexistente. A leitura conjunta dos arts. 28; 29, inc. II; e 77 da CRFB/88 e do art. 143 do CE indica que a eleição realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, no horário compreendido das 8 h às 17 h. Em relação ao local de votação, o art. 135 do CE estabelece que devem ser designadas pelo Juiz eleitoral 60 dias antes da eleição. Desrespeitados a data, o horário ou o local estabelecidos, a

²⁴Em que pese o Capítulo ter recebido o título “NULIDADES DE VOTAÇÃO”, de nulidade não se trata. Falhou o legislador ao tomar a espécie (nulidade) como se gênero fosse (invalidade). A nomenclatura correta seria “INVALIDADES DE VOTAÇÃO”, pois nele são previstas tanto hipóteses de nulidade quanto de invalidade. No mesmo erro incorreu o legislador no art. 219, cujo conteúdo não se limita às hipóteses de nulidade, pois veicula teoria geral que se aplica a ambas as espécies.

²⁵Ibidem. p. 617.

votação realiza-se em contexto não conhecido pela justiça eleitoral, o que invariavelmente torna-a à inexistente²⁶.

Vencido este ponto, segue-se na análise da validade ou invalidade dos atos de votação. O estudo da matéria justifica-se pela necessidade de se resguardar a higidez do mais importante ato do processo eleitoral: o voto. Nas atuais democracias representativas, costuma-se afirmar que a legitimidade do representante eleito é tanto maior quanto mais livre for o ato de votar.²⁷

A posição central que o voto ocupa em nosso ordenamento jurídico é facilmente constatada já em sumária leitura da Constituição Federal. Produto de uma ruptura político-constitucional, na qual se devolveu ao cidadão o direito de escolher seus representantes, vários dispositivos constitucionais afirmam a importância singular do voto em nosso ordenamento jurídico e o elevam a alicerce de todo o sistema político nele descrito.

Já no primeiro artigo da Constituição Federal está expresso que a cidadania e pluralismo político são fundamentos que orientam a República Federativa do Brasil. Não bastasse isso, enfatiza o constituinte que a vontade popular é a única fonte apta a legitimar e validar o exercício de todo e qualquer poder político.

No art. 14 destaca-se que uma das formas de se exercer a soberania popular é por meio do sufrágio universal e pelo voto direito e secreto, com igual valor para todos. Seja direito ou dever, quis o Constituinte que o ato de votar fosse um instrumento de isonomia entre os eleitores. A adoção da clássica alegoria britânica “*one man one vote*” (um homem um voto, em tradução literal) demonstra que o sistema eleitoral brasileiro é infenso à criação de óbices ou à previsão de requisitos para que o eleitor exerça o seu direito constitucional de sufrágio: a mera qualidade de eleitor basta.

Reafirma-se a importância do voto, ao elevar o sistema representativo e o

²⁶Os dois dispositivos legais descritos acima complementam-se. No primeiro (inciso I, primeira parte), o dia, o horário ou o local de votação estão corretos, mas a mesa receptora não foi constituída em observância à norma de regência. Já no segundo (inciso III, primeira parte), a mesa eleitoral foi validamente constituída, mas a eleição ocorreu em dia, horário ou local diverso daquele em que deveria ordinariamente ocorrer.

²⁷Essa, aliás, parece ser a justificativa daqueles que advogam a tese do “estelionato eleitoral” para desqualificar a eleição de algum representante. Alega-se que o uso de técnicas arrojadas de marketing político-eleitoral, destinadas a “colorir” ou “mascarar” a realidade, poria e manteria o eleitor em erro, fazendo-o crer num estado de coisas não correspondente à realidade.

regime democrático a princípios constitucionais sensíveis, cuja inobservância, inclusive, autoriza a intervenção federal nos Estados-membros ou no Distrito Federal (art. 37, inc. VII, 'a' c/c art. 36, III, da CRFB/88); bem como ao prever que o voto direito, secreto, universal e periódico ostenta a condição de cláusula pétrea, razão pela qual sequer se admite a deliberação de propostas que tenham a finalidade de retirar do voto aquelas qualificações (art. 60, §4º, II, da CRFB/88).

Estes são apenas alguns dos dispositivos constitucionais que notabilizam a importância dada ao voto, bem como a estreita relação entre liberdade de sufrágio e legitimidade dos mandatários eletivos, o que, ao fim e ao cabo, denota a representatividade do sistema representativo, com o perdão da redundância.

Não por outra razão, todo o processo eleitoral tem como finalidade criar meios para que o eleitor exerça seu direito de sufrágio apenas de acordo com aquilo que a sua consciência manda, de forma plenamente livre e desimpedida. Quanto maior a fidelidade entre o resultado das urnas e a consciência/vontade coletiva do eleitorado tanto mais o processo eleitoral terá cumprido sua função.

Claro está que o voto fundamenta a existência do processo eleitoral. Tomado na unidade, representa a manifestação de um único eleitor; no conjunto, consubstancia a vontade coletiva que legitima e autoriza o exercício do poder político. Em vista disso, afirma-se que “o regular desenvolvimento desse procedimento legitima as eleições e o exercício do poder político por parte do mandatário eleito”²⁸.

Da centralidade do voto no processo eleitoral decorre a importância de se analisar a aplicação da teoria das invalidades ao direito eleitoral, nomeadamente no que difere da teoria das invalidades aplicável ao direito privado.

Neste sentido, o art. 219 do CE regulamenta aspecto relativo ao regime jurídico das invalidades²⁹:

Art. 219. Na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo.

O dispositivo veicula dois importantes aspectos a serem observados pelo aplicador do direito. Ao se determinar que a aplicação da lei eleitoral esteja acorde

²⁸Ibidem. p. 614.

²⁹Observação sobre a imprecisão do termo “nulidades” no artigo citado, vide nota de rodapé nº 24.

aos fins e resultados a que ela se dirige, confere-se primazia à “interpretação teleológica” dentre os métodos desenvolvidos por Savigny na escola da hermenêutica jurídica clássica. Admite-se que o intérprete se afaste das amarras gramaticais da lei quando o contexto e a finalidade que motivou a sua edição indicarem que as expressões utilizadas pelo legislador não foram as mais adequadas para atingir os fins por ele queridos.

A título de exemplo, cita-se a interessante decisão tomada pelo TSE no REspe nº 17210. Na questão discutia-se a aplicação dos institutos da “reeleição” (art. 14, §5º, da CRFB/88) e da “inelegibilidade reflexa” (art. 14, §7º, da CRFB/88). A situação discutida no caso era a seguinte:

Fulano era candidato à reeleição ao cargo de prefeito. Seu filho, Fulaninho, era suplente de vereador no momento em que este requereu o registro de candidatura. O pedido de registro de Fulaninho foi indeferido por violação ao instituto da “inelegibilidade reflexa”. Três dias após a negativa pelo TRE competente, Fulaninho assumiu a titularidade no cargo de vereador e interpôs REspe da decisão de indeferimento e alegou ocorrência de alteração fática e jurídica capaz de afastar a inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da CRFB/88.

O especial foi rejeitado pela Corte, sob a fundamentação de que a assunção da titularidade do mandato de vereador após o pedido de registro de candidatura não se qualificaria como alteração relevante para afastar a inelegibilidade constitucional. Destacou-se que a ressalva à inelegibilidade em comento não poderia ser objeto de interpretação extensiva, pois se destina a garantir a igualdade de chances e a observância do princípio republicano, ameaçado pelo possível apoderamento do poder local por grupos familiares. Postas as premissas, a Corte Eleitoral afirmou que a titularidade hábil a afastar a inelegibilidade reflexa, por se amoldar à ressalva prevista na parte final do art. 14, §7º, da CRFB/88 deve ser demonstrada no momento do pedido do registro de candidatura, não se admitindo como idônea a assunção posterior, nomeadamente quando objetiva a viabilizar a candidatura até então inviável.

Outro aspecto importante previsto no citado art. 219 do Código Eleitoral é a adoção do princípio do prejuízo, também denominado de *pas de nullité sans grief*, em razão do qual se afirma que não há nulidade sem prejuízo³⁰. Cita-se como

³⁰Nada obstante a disposição legal, em situações específicas a Corte Eleitoral afasta pontualmente a

exemplo de aplicação concreta desse princípio a possibilidade da aplicação do procedimento comum previsto no Código de Processo Penal para a apuração de crime eleitoral e a realização da *emendatio libelli*³¹ sem a oitiva da defesa³².

Registrada as poucas disposições da legislação eleitoral que veiculam aspectos de uma micro teoria das invalidades, o passo seguinte é precisar quem pode alegá-la. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 219 estabelece que “a declaração de nulidade não poderá ser requerida pela parte que lhe deu causa nem a ela aproveitar”. Positivou-se o princípio da vedação ao comportamento contraditório, também conhecido como teoria dos atos próprios ou *venire contra factum proprium*, que impede a parte de adotar algum comportamento colidente com comportamento por ela antes adotado. Em suma, aquele que dá causa à nulidade (momento anterior) não pode arguir a declaração dela (momento posterior).

A discussão sobre a necessidade de declaração da nulidade ou a sua operação de pleno direito (“*ipso jure*”), objeto de grandes controvérsias na teoria das invalidades do direito privado, parece não apresentar a mesma complexidade na seara eleitoralista. A condução do processo eleitoral é feita por agentes investidos em função pública, cujos atos são revestidos de natureza administrativa. Dentre as características desses atos, cita-se a presunção de sua conformidade com o ordenamento jurídico, que apenas será elidida mediante prova em contrário.

A denominada presunção de legitimidade tem como efeito prático a necessidade de declaração de invalidade do ato questionado por autoridade competente, sob pena de o ato supostamente inválido produzir todos os seus

necessidade de que seja demonstrado efetivo prejuízo. A título de exemplo, cita-se o Habeas Corpus nº 36878, no qual se determinou o trancamento de ação penal pela suposta prática do delito previsto no art. 299 do CE. Decidiu-se que, por ser detentor de prerrogativa de foro perante TRE, a apuração de suposto crime eleitoral praticado por prefeito deveria ser supervisionada pelo mencionado tribunal, sob pena de nulidade. Como na hipótese toda a condução das investigações até a conclusão do relatório final foi acompanhada por promotor e por juiz eleitoral, declarou-se a nulidade do processo, sem demonstração efetiva de prejuízo ao mandatário eletivo investigado.

³¹A *emendatio libelli* é um instituto previsto no art. 383 do Código de Processo Penal que autoriza o magistrado a alterar a capitulação jurídica do delito, ainda que tenha de aplicar pena mais grave, contanto que não modifique a descrição fática contida na inicial acusatória.

³²Arguiu-se a subsidiariedade do procedimento previsto no Código de Processo Penal para a apuração de crimes eleitorais, visto que o art. 357 e seguintes disciplina o procedimento de apuração dessas infrações. Todavia, como à defesa foi oportunizado efetivo contraditório e, em nenhum momento, foi arguida a alteração de procedimento, nenhuma nulidade haveria no processo. O mesmo se diga quanto à realizada *emendatio libelli*, inidônea para configurar o alegado cerceamento de defesa, visto que a defesa incide sobre fatos e a *emendatio libelli* apenas altera a definição jurídica a eles dada.

regulares efeitos.

Em vista disso, a dinâmica desenhada pelo legislador no art. 223 do Código Eleitoral, quanto ao reconhecimento da invalidade, indica a necessidade de que seja ela declarada pela autoridade competente³³. A conclusão é fruto da previsão de hipóteses e dos respectivos momentos em que a invalidade deverá ser arguida. Caso ela se operasse de pleno direito, seria absolutamente desnecessário falar em oportunidade e momento de arguição.

Antes de se iniciar a análise das nulidades e das anulabilidades previstas na lei eleitoral, é necessário destacar que o critério do interesse público, utilizado para diferenciar nulidade de anulabilidade no direito privado, não parece ser idôneo para tal finalidade no direito eleitoral³⁴.

Como o reconhecimento da invalidade no direito eleitoral decorre da ocorrência de vícios potencialmente deletérios à higidez e à lisura do processo eleitoral, todas as hipóteses delineadas representam normas de interesse público. Por tal razão, sugere-se que os critérios diferenciadores sejam as causas e o regime de cada uma das espécies³⁵.

Ressalvadas as já mencionadas hipóteses de inexistência de votação, as causas de nulidade da votação estão previstas no art. 220 do Código Eleitoral³⁶:

Art. 220. É nula a votação:

I - quando feita perante mesa não nomeada pelo juiz eleitoral, ou constituída com ofensa à letra da lei;

³³Art. 223. A nulidade de qualquer ato, não decretada de ofício pela Junta, só poderá ser argüida quando de sua prática, não mais podendo ser alegada, salvo se a argüição se basear em motivo superveniente ou de ordem constitucional. § 1º Se a nulidade ocorrer em fase na qual não possa ser alegada no ato, poderá ser argüida na primeira oportunidade que para tanto se apresente. § 2º Se se basear em motivo superveniente deverá ser alegada imediatamente, assim que se tornar conhecida, podendo as razões do recurso ser aditadas no prazo de 2 (dois) dias. § 3º A nulidade de qualquer ato, baseada em motivo de ordem constitucional, não poderá ser conhecida em recurso interposto fora do prazo. Perdido o prazo numa fase própria, só em outra que se apresentar poderá ser argüida. (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966).

³⁴Discutem os publicistas acerca da possibilidade de se convalidar atos públicos anuláveis. Há aqueles que entendem que no direito público todo e qualquer interesse seria indisponível, razão pela qual sequer seria possível a existência de hipóteses de anulabilidade, admitindo apenas as de nulidades. Outros, porém, entendem que nem toda norma de direito público objetiva a atender diretamente interesses públicos, admitindo-se que os atos que violem estas normas sejam anuláveis e/ou possam ser convalidados. *Ibidem*. p. 626.

³⁵*Ibidem*. p. 626.

³⁶Pondera-se que mencionado rol é exemplificativo, pois existem outras hipóteses de nulidade esparsas pelo ordenamento jurídico, tal como o art. 175, §3º, do Código Eleitoral e o art. 16-A da Lei das Eleições, os quais não serão objetos de comentário neste momento: neste caso, pois foge ao escopo do presente trabalho; naquele, pois será objeto de análise no próximo título deste capítulo.

II - quando efetuada em folhas de votação falsas;
 III - quando realizada em dia, hora, ou local diferentes do designado ou encerrada antes das 17 horas;
 IV - quando preterida formalidade essencial do sigilo dos sufrágios.
 V - quando a seção eleitoral tiver sido localizada com infração do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 135. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

Parágrafo único. A nulidade será pronunciada quando o órgão apurador conhecer do ato ou dos seus efeitos e o encontrar provada, não lhe sendo lícito supri-la, ainda que haja consenso das partes.

As hipóteses de anulabilidade, por sua vez, estão previstas no art. 221 do Código Eleitoral:

Art. 221. É anulável a votação:

- I - quando houver extravio de documento reputado essencial; (Renumerado do inciso II pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)
- II - quando fôr negado ou sofrer restrição o direito de fiscalizar, e o fato constar da ata ou de protesto interposto, por escrito, no momento; (Renumerado do inciso III pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)
- III - quando votar, sem as cautelas do Art. 147, § 2º. (Renumerado do inciso IV pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)
 - a) eleitor excluído por sentença não cumprida por ocasião da remessa das folhas individuais de votação à mesa, desde que haja oportuna reclamação de partido;
 - b) eleitor de outra seção, salvo a hipótese do Art. 145;
 - c) alguém com falsa identidade em lugar do eleitor chamado.

Será, também, anulável a votação se maculada pela falsidade, fraude, coação, pelo abuso do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade em detrimento a liberdade do voto, ou pelo emprego de processo de propaganda irregular ou captação ilícita de sufrágio vedados por lei, a teor da interpretação conjunta dos arts. 222 c/c art. 237 do CE.

No que pertine à gravidade, conquanto ambas as espécies de invalidade violem norma de interesse público, inquestionável que as causas de nulidade tratam de violações mais gravosas que as previstas nas causas de anulabilidade.

A nulidade caracteriza-se por ser um vício congênito, intrínseco ao ato, motivo pelo qual não convalesce com o decurso do tempo e não poderá ser suprida pelas partes, ainda que consintam. Não reconhecida de ofício pelo magistrado, poderá ser arguida pelos partidos políticos, coligações, candidatos, Ministério Público e cidadão. A decisão judicial em que reconhecida terá natureza declaratória e produzirá efeitos retroativos.

Há, aqui, porém uma peculiaridade do sistema eleitoral: a afirmativa de que o ato não convalesce não autoriza seja ele rediscutido a qualquer tempo. Esse tratamento diferenciado decorre de uma das características inerentes ao regime republicano de governo, que é a periodicidade/temporiedade dos mandatos eletivos.

Temporários os mandatos, parece desnecessária e ilógica a discussão de questões relativas à validade de processo eleitoral cujo mandato já tenha se encerrado. Rememorar ou remoer esse passado, a depender do polo que se ocupe na causa, apenas sobrecarregaria a justiça eleitoral e tornaria ainda mais problemático o já conturbado processo eleitoral.

Não se quer dizer que o decurso do tempo seja apto a convalescer o ato inquinado de nulidade. Embora viciado o ato, fecha-se a via judicial para discuti-lo. Face a inexistência de qualquer efeito prático na decisão tomada, opta sabiamente o legislador por privilegiar outros interesses relevantes, como, por exemplo, a segurança jurídica e a estabilidade do sistema político.

Nas anulabilidades, a agressão ao interesse público não possui a mesma gravidade que no caso das nulidades. Por tal razão, deve-se arguí-la a tempo e modo, sob pena de preclusão. Não se dá ao magistrado a oportunidade de reconhecê-la de ofício, apenas podendo fazê-lo a requerimento das partes do processo eleitoral (candidato, partido político e coligação) e o Ministério Público Eleitoral³⁷. A decisão que a reconhecer terá natureza constitutiva, produtora de efeitos prospectivos e expansivos, atingindo os atos tenham algum vínculo com o ato anulado³⁸.

Tecidas estas breves considerações sobre a aplicação da teoria das invalidades ao direito eleitoral, no próximo tópico serão analisados com maior profundidade os dispositivos de maior relevância para o presente trabalho, quais sejam, o arts. 175, §3º e 224, ambos do Código Eleitoral.

1.3 Diálogo entre os arts. 175, §3º, e 224 do Código Eleitoral

Preliminarmente, faz-se necessário um esclarecimento. A minirreforma

³⁷A legitimidade do Ministério Público decorre do art. 127 da CRFB/88, que incumbe ao órgão ministerial a defesa do regime democrático.

³⁸Ibidem. p. 626-627.

eleitoral de 2015 alterou o art. 224 do Código eleitoral, para nele incluir dois novos parágrafos, de seguinte redação:

Art. 224

[...]

§ 3^o A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015).

4^o A eleição a que se refere o § 3^o correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será: (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015):

I - indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato; (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

II - direta, nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

Mesmo dispositivo foi previsto no inciso II do art. 167 da Res. 23.456/2015, do TSE, que regulamenta os atos preparatórios para as eleições de 2016:

Art. 167. Nas eleições majoritárias, respeitado o disposto no § 1^o do art. 165, serão observadas ainda as seguintes regras para a proclamação dos resultados:

[...]

II - não deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, se houver candidato com registro indeferido mas com recurso ainda pendente e cuja votação nominal tenha sido maior, o que poderá, após o trânsito em julgado, ensejar nova eleição, nos termos do § 3^o do art. 224 do Código Eleitoral;

Essa alteração na legislação não retira a importância da discussão feita no presente trabalho. Ao menos três são os motivos que advogam neste sentido.

Inicialmente, em razão do princípio da anualidade eleitoral (art. 16 da CRFB/88), lembra-se que ela não retroage para atingir situações pretéritas, bem como apenas se aplica aos fatos ocorridos um ano após a sua alteração, o que, ao fim e ao cabo, apenas autoriza sua aplicação para fatos afetos a eleição de 2016. Assim sendo, a existência de candidatos e mandatários eletivos beneficiados e prejudicados pela normativa legal até então vigente revela a importância da discussão que aqui se faz³⁹.

Além disso, o citado dispositivo é claro ao condicionar a realização de novas eleições ao trânsito em julgado da decisão de indeferimento do registro, de

³⁹A discussão feita neste trabalho é pertinente para todos os candidatos eleitos para cargos majoritários de chefia no executivo nas eleições gerais de 2014, por exemplo.

cassação do diploma ou de perda do mandato (“[...]após o trânsito em julgado [...]”). A pergunta que se põe é qual será o paliativo adotado durante o interstício entre a decisão provisória e a decisão definitiva nas situações citadas, especialmente quando o candidato eleito teve seu pedido de registro indeferido. O dispositivo citado é claro ao afirmar que “*não deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato*”. Quem sê-lo-á em seu lugar?

Por fim, pondera-se que as premissas, argumentos, raciocínios e, eventualmente, as conclusões aqui desenvolvidos não têm seu âmbito de aplicação limitado apenas a situação que os motivou e sobre a qual topicamente recaem. Tem em vista não o entendimento questionado em si, mas as premissas que autorizaram o intérprete a adotar tal ou qual entendimento.

Sob essa perspectiva, a argumentação feita no cotejo de uma situação pontual pode, sem maiores dificuldades, ser utilizada em outra que lhe seja diversa, contanto que ambas compartilhem ao menos alguma premissa.

Exemplifica-se a possibilidade de se utilizar os comentários eventualmente tecidos sobre legitimidade como fundamento de validade e condicionante do exercício do mandato eletivo para auxiliar na interpretação a ser dada ao inciso III do art. 167 da Resolução do TSE acima mencionada:

Art. 167

[...]

III - não deverá a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver o maior número de votos válidos, se houver candidatos com registros indeferidos mas com recursos ainda pendentes e cuja soma das votações nominais tenha sido superior a cinquenta por cento da votação válida, o que poderá, após o trânsito em julgado, ensejar nova eleição, nos termos do art. 224 do Código Eleitoral;

Veja-se a situação que tal dispositivo desenha: determinado candidato tem deferido o seu pedido de registro de candidatura, conquista a maioria relativa dos votos válidos na eleição, mas não será diplomado pelo simples fato de que outros candidatos, cujos votos somados representam a maioria absoluta dos votos válidos, concorreram com o registro de candidatura indeferido *sub judice*. Em suma, o candidato regularmente registrado, por vezes o único, vence as eleições, mas não exercerá o mandato por irregularidades unicamente imputáveis a terceiros.

Criou-se uma presunção de que a[s] decisão[ões] provisória[s] de

indeferimento do pedido de registro de candidatura será[ão] confirmada[s] pelas instâncias superiores, o que conduziria inevitavelmente à anulação da eleição e à realização de novo pleito, vide o inciso acima transcrito. Todavia, indaga-se quem governará a municipalidade durante o interstício entre o início da legislatura[s] e as decisões que confirmarão os indeferimentos provisórios de registro.

Não bastasse isso, há ainda a agravante de que o[s] candidato[s] cujo[s] registro[s] esteja[m] indeferido[s] tende[m] a valer-se de instrumentos os mais diversos para procrastinar a decisão final sobre o seu pedido de registro de candidatura, de forma a impedir que o candidato mais votado seja diplomado e assuma o mandato: o ônus do tempo do processo é todo transferido àquele que não deveria suportá-lo.

Parece-nos que a estreita relação entre democracia representativa (notadamente em razão do princípio da maioria) e legitimidade (leia-se observância do voto popular) conduz à conclusão de que o candidato vencedor da eleição com registro deferido deva assumir o mandato durante o período necessário ao julgamento definitivo do registro dos demais candidatos e não o Presidente da Câmara de Vereadores, o que ordinariamente acontece em situações nas quais nenhum dos candidatos é proclamado eleito e diplomado.

Afinal, se o processo eleitoral tivesse ocorrido da forma esperada, o candidato vencedor da eleição seria proclamado eleito e diplomado. Não parece haver lógica que isso não ocorra quando este candidato cumpriu a sua parte, ou seja, respeitou todos as normas atinentes ao processo eleitoral, mas os demais não o fizeram. Portanto, ao menos enquanto não forem anuladas as eleições, em razão da aplicação do inciso III do art. 167 da Resolução citada e o art. 224 do CE, parece razoável que o candidato regularmente eleito ocupe o posto de comandante da municipalidade, ainda que isto não esteja previsto na resolução.

Vencida essa consideração preliminar acerca da importância da discussão do presente trabalho, passa-se ao tema propriamente dito. Antes de mais nada, transcreve-se os dispositivos a serem discutidos

Art. 175. Serão nulas as cédulas:

[...]

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos

inelegíveis ou não registrados⁴⁰: [\(Renumerado do § 4º pela Lei nº 4.961, de 4 5.66\)](#)

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

O processo eleitoral contempla uma série de atos encadeados, ordenados e de ocorrência sucessiva. Inicia-se com a escolha do candidato em convenção partidária; ato contínuo, este candidato requer o pedido de registro de candidatura; e, realizadas as eleições, proclama-se e se diploma o candidato eleito.

A ordem natural do processo eleitoral não deixa maiores dúvidas de que só pode ser diplomado o candidato proclamado eleito; só será [ou ao menos deveria ser] proclamado eleito aquele que atingir a maioria absoluta ou relativa dos votos válidos na eleição majoritária; só poderá participar das eleições aquele que ostentar a condição de candidato, qualidade que só é atribuída àquele que for eleito em convenção partidária.

A ressalva feita no parágrafo anterior, entre as fases da apuração da votação, da proclamação do eleito e da diplomação, é exatamente a discussão que permeia a interpretação conjunta dos art. 175, §3º, e 224 do CE eleitoral.

O art. 175, §3º, do CE estabelece a nulidade, para todos os fins, dos votos conferidos aos candidatos inelegíveis ou não registrados. O art. 224 do mesmo dispositivo legal prevê que se a nulidade atingir mais da metade dos votos válidos nas eleições majoritárias, julgar-se-ão estas prejudicadas, devendo-se realizar novo pleito no prazo de 20 a 40 dias.

Várias são as situações hipotéticas provenientes da aplicação conjunta destes dispositivos. Dois extremos são facilmente evidenciados: a) uma primeira situação é a do candidato eleito que participou das eleições com o registro de candidatura

⁴⁰A discussão envolvendo a interpretação conjunta deste dispositivo com o art. 16-A da LE não será objeto de aprofundamento no presente trabalho. Aquela discussão, ainda que próxima do objeto deste trabalho, com ele não se confunde. Lá se discute a possibilidade de partido político ou coligação aproveitar os votos obtidos por candidato que teve seu registro indeferido após as eleições por instância superior. Esta discussão tem mais relevância nas eleições proporcionais, nomeadamente em razão da natureza “binária” do voto neste pleito. Será objeto de rápidos comentários no último capítulo do texto, sob o enfoque de o candidato com registro sub judice participar da campanha “por sua conta e risco”.

deferido em decisão final e obteve a maioria absoluta dos votos válidos⁴¹; b) a outra situação seria a do candidato que disputou as eleições com o registro de candidatura indeferido em decisão final e também conquistou a maioria absoluta de votos válidos. Na primeira situação o candidato será proclamado eleito, diplomado e assumirá regularmente o mandato, como desdobramento do regular andamento do processo eleitoral.

Já na segunda situação, como o candidato teve seu registro indeferido em decisão transitada em julgado, sequer deveria ter participado das eleições. Assim, não será proclamado eleito, muito menos diplomado. Em razão da votação auferida pelo candidato representar mais da metade dos votos válidos, a declaração/constituição da nulidade de tais votos reclamará a realização de novas eleições. Durante o período de preparação e realização do novo pleito, o cargo da chefia do executivo será temporariamente exercido pelo chefe da Câmara de Vereadores do Município, conforme entendimento iterativo do Tribunal Superior Eleitoral⁴².

Expostos os dois extremos, as situações que os entremeiam não se revestem da mesma simplicidade. A constante presente em todas estas situações é a inexistência de julgamento definitivo do pedido de registro de candidatura na data da diplomação, ou seja, os pedidos estão ainda *sub judice*. Os seguintes cenários são desenhados: a) candidato eleito com maioria absoluta dos votos válidos que concorreu com o registro de candidatura deferido; b) candidato eleito com maioria absoluta dos votos válidos que concorreu com o registro de candidatura indeferido; c) candidato eleito com maioria relativa dos votos válidos que concorreu com o registro de candidatura deferido; e d) candidato eleito com maioria relativa dos votos válidos que concorreu com o registro de candidatura indeferido.

Em relação à hipótese prevista na letra 'a' não há maiores desafios. Deferido

⁴¹O uso da expressão "votos", sem qualquer adjetivação, indica que se trata da totalidade de votos. O uso da expressão "votos válidos", por sua vez, indica que se descontou da totalidade de votos as abstenções, os votos nulos e os votos em branco (nulidades por manifestação apolítica do eleitor). Ademais, em todas as situações que a expressão "maioria absoluta" for utilizada entenda-se que o candidato conquistou mais da metade dos votos do conjunto a ser especificado. A utilização da expressão "maioria relativa", por sua vez, denota que o candidato conquistou a maior votação, mas não alcançou mais da metade dos votos do conjunto.

⁴²Vide parágrafo único do art. 168 da Res. 23.372 /2012, do TSE.

o registro de candidatura, ainda que sobre ele pairasse recurso, milita presunção legal de que o candidato preencheu as condições de elegibilidade e não incide em nenhuma das causas de inelegibilidade. A conquista da maioria absoluta dos votos válidos determina seja o candidato proclamado eleito e diplomado. A existência de recurso sobre o registro de candidatura não deve ser visto como óbice, dado que eventual provimento deste importará no cancelamento do diploma e na realização de nova eleição, por força do art. 224 do Código Eleitoral.

A situação hipotética descrita na letra 'b' também não apresenta grandes debates. Embora tenha feito a maioria absoluta dos votos válidos, o candidato concorreu com o pedido de registro de candidatura indeferido, ou seja, participou do processo eleitoral “por sua conta e risco” (art. 16-A da LE). Dentre os riscos assumidos, está o de vencer a eleição, mas não ser proclamado eleito e diplomado, pela ausência do antecedente que o autoriza, no caso o deferimento do registro de candidatura⁴³. A chefia do Executivo Municipal será ocupada provisoriamente pelo Presidente do Legislativo durante o período necessário para a realização de novas eleições⁴⁴.

A hipótese prevista na letra 'c', do candidato eleito com a maioria relativa dos votos válidos e com pedido de registro de candidatura deferido, a princípio sequer demandaria uma análise dissociada daquela prevista na letra 'a'. Isso porque em ambos os casos o candidato concorreu com o registro de candidatura deferido e obteve a maioria dos votos, com a ressalva de que agora esta maioria é relativa. A consequência lógica seria a proclamação do candidato eleito e a diplomação deste. Eventual reforma na decisão relativa ao registro de candidatura deferido resultaria no cancelamento do diploma dado e na provável realização de novas eleições.

A observação feita no parágrafo antecedente deve-se ao teor do inciso III do art. 167 da Resolução 23456/2015 do TSE. A obtenção da maioria relativa dos votos pelo candidato com registro deferido não necessariamente autorizará a sua

⁴³Neste sentido, o art. 171 da Res. 23456/2015 do TSE estabelece que “não poderá ser diplomado nas eleições majoritárias ou proporcionais o candidato que estiver com o registro indeferido, ainda que sub judice”.

⁴⁴Conforme art. 171, parágrafo único, da Res. 23456/2015 do TSE: “art. 171. [...] Parágrafo único. Nas eleições majoritárias, na data da respectiva posse, se não houver candidato diplomado, observar-se-á o seguinte: I - caberá ao presidente do Poder Legislativo assumir e exercer o cargo até que sobrevenha decisão favorável no processo de registro;”.

diplomação, que poderá ser obstada se outros candidatos com registros indeferidos sub judice tiverem obtido mais de 50% dos votos válidos, como acima já comentado. Em tese, a chefia do executivo municipal seria temporariamente ocupada pelo chefe do legislativo, até o julgamento definitivo dos pedidos de registro, o que, como já dito, não parece que seja a melhor solução.

Por fim, tem-se ainda a situação descrita nas hipóteses da letra “d”, em que o candidato eleito conquistou a maioria relativa dos votos, porém concorreu com o pedido de registro de candidatura indeferido. De todas as situações hipotéticas do modelo, esta possivelmente é a que causa maiores debates e permite a adoção de conclusões diversas.

De início, é fácil constatar que a situação deste candidato é mais sensível que a situação do candidato previsto na letra 'c'. Na situação em análise, o candidato concorreu com registro de candidatura indeferido. Como a normativa legal pode não admitir a diplomação do candidato da hipótese 'c', que obteve a maioria dos votos e estava com registro de candidatura deferido, com maior razão na admitiria ainda admitirá a diplomação do candidato previsto na hipótese 'd', cujo registro de candidatura estava indeferido.

A hipótese descrita apresenta apenas duas certezas: a primeira é que o candidato hipotético não poderá ser diplomado, pois não possui registro da candidatura deferido; a segunda é que há um cargo vago e a máquina pública não pode parar.

Das certezas, decorrem os questionamentos: quem ocupará o cargo eletivo até que sobrevenha o trânsito em julgado do pedido de registro de candidatura? b) com o trânsito em julgado da decisão de registro de candidatura, se confirmado o indeferimento, qual a medida a ser adotada?

Deixar o cargo vago e aguardar o julgamento definitivo não é uma opção possível. Admiti-la importará a paralisia estatal, o que não interessa a ninguém. Em análise preambular, alguns diriam que o cargo deve ser exercido temporariamente pelo chefe do Poder Legislativo, em obediência ao disposto no art. 80 da CRFB/88, ainda que diversas as situações. Outros diriam que nesse caso a solução é diplomar o candidato mais votado com o registro deferido, sob condição resolutive.

Neste caso, há que se indagar ainda se a diplomação de candidato que não obteve a maior votação também não representaria um avanço no processo eleitoral sem o cumprimento da fase antecedente, que seria vencer as eleições, justamente o que se quer evitar com diplomação de candidato não registrado.

Já em relação à segunda indagação (procedimento a ser adotado com o trânsito em julgado da decisão que confirma o indeferimento do pedido de registro de candidatura) a sua solução é ainda mais sensível, especialmente quando o indeferimento não inquirar de nulidade mais de 50% dos votos válidos, hipótese em que não seria admitida a renovação das eleições, a teor do art. 224 do Código Eleitoral.

Neste caso, não será possível a renovação das eleições e nem será possível a diplomação do vencedor das eleições, pela confirmação do indeferimento do pedido de registro. Com o julgamento do recurso, a decisão de quem exercerá o mandato produzirá efeitos durante todo o período restante da legislatura. A questão torna-se ainda mais tormentosa a depender da fórmula que se adota para realização do cálculo a fim de ver se foi alcançado o percentual acima citado.

A relevância das questões não autoriza que a resposta a elas dada seja simples. Os impactos produzidos pela adoção deste ou daquele ponto de vista são relevantes na vida comunitária. Reside no voto uma das mais importantes manifestações da soberania popular: instrumento, por excelência, por meio do qual o povo manifesta sua aquiescência ou reprovação daquilo que está posto.

Não nos parece que seja possível, quiça aconselhável, partir para a análise da situação exposta e para a solução a ela dada pelo Tribunal Superior Eleitoral sem antes tecer alguns comentários prévios fundamentais. Por tal razão, nos dois capítulos seguintes busca-se desvendar alguns mitos sobre democracia, em especial a de que a democracia seria algo universal e necessariamente inclusiva. Ato contínuo, a partir do texto constitucional e de estudos feitos pela doutrina abalizada, expor-se-á o modelo de democracia adotado no País e, por fim, será analisada qual a importância da legitimidade na representação política, o que tende a fornecer subsídios para responder as respostas acima.

2 MODELOS DE DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO NA TOMADA DE DECISÃO ESTATAL

Nada obstante a democracia ser um tema sempre em voga e estar na ordem do dia há longa data, não há uniformidade nos pensamentos teóricos que tentaram delimitar seu significado. Giovanni Sartori entende que isso decorre da falta de continuidade no estudo da democracia: alterna-se uma “década de negação” (em que impera um vazio teórico) e uma década de apego à técnica. Cita como exemplo o desenvolvimento feito pelos estudiosos da década de 70 do século passado, brilhantes em comparação aos da década de 60. Pecaram aqueles, porém, em não tratar a democracia como um todo orgânico. Viam-na apenas a partir de questões pontuais e específicas (o voto, por exemplo), ou seja, de forma atomizada, apartada do restante⁴⁵.

Outro obstáculo para o desenvolvimento de uma teoria consistente sobre democracia seria a inexistência de um autor que possa ser considerado o fundador/pai da democracia, papel que Marx tem em relação ao socialismo e ao comunismo, por exemplo. A falta de um marco teórico que sirva de partida ao estudioso, demanda deste uma pesquisa mais profunda sobre a ontologia do objeto de estudo. Não há como apenas revisitar conceitos clássicos e dar a elas uma nova roupagem; deve-se, antes disso, verificar quais seriam esses conceitos clássicos do objeto de estudo.⁴⁶

Com algum esforço, é possível falar na existência de uma corrente de democracia preponderante, desenvolvida a partir do modelo criado na Grécia e desenvolvido até a modernidade. A inexistência de uma teoria dogmática sobre democracia, porém, não seria mero produto do acaso, mas antes uma questão de conveniência. Atribuir conceito ao seu objeto é não apenas dar-lhe sentido, mas também restringir as situações que estão inseridas naquele sentido. Do ato de conceituar decorre o efeito de limitar a abrangência do objeto. Delimitando-se a aplicação do termo democracia, possivelmente muitas teorias e instituições que hoje

⁴⁵SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: Volume I – O debate contemporâneo**. São Paulo: Editora Ática, 1994. p. 11.

⁴⁶Ibidem. p. 17.

se julgam merecedoras deste adjetivo certamente não o seriam⁴⁷⁴⁸.

Giovanni Sartori entende que é necessária a definição do conceito de democracia, ainda que seja com a única finalidade de se concluir aquilo que definitivamente não pode ser assim denominado. Registra que o atual estado da arte gerou a situação de que todo mundo afirma gostar da democracia, mas ninguém sabe o que ela efetivamente significa. Ressalta que é admissível que democracia tenha vários sentidos, “*mas se 'democracia' pode significar absolutamente qualquer coisa, aí já é demais.*”⁴⁹

Por fim, completa o autor que compreender democracia como “poder do povo” não é efetivamente estudá-la, mas se ater a tradução literal da palavra de origem grega. Necessário é, pois, buscar o que a democracia efetivamente representa.⁵⁰

David Held, por sua vez, entende que democracia necessariamente implica a existência de mecanismos estatais que confirmam alguma forma de igualdade política entre as pessoas⁵¹. A existência de tais mecanismos, contudo, não implica a necessidade de os cidadãos participarem de forma direta da vida pública, característica do modelo de democracia direta e, em parte, da participativa. Esses mecanismos, por si só, sequer garantem que o cidadão efetivamente participe da vida política do estado, na medida em que podem ser concebidos apenas como uma forma de legitimar uma decisão já tomada pelo governante⁵².

A oportuna colocação de Giovanni Sartori acima citada desmente a concepção ordinária que nos leva a pensar que todo mundo sabe o que seria democracia e que democracia seria a mesma coisa para todo mundo. A indeterminação e fluidez do conceito autoriza que sob seu manto tenham sido/sejam postos regimes de governo muito distintos. Com a finalidade de fazer um

⁴⁷Ibidem. p. 18-19.

⁴⁸No mesmo sentido, destaca-se que os mais diversos regimes políticos, da ideologia política que o for, intitulam-se como democracias. Ainda que no cotidiano alguns destes regimes não necessariamente adotem práticas democráticas, o uso do termo democracia seria justificado pois constituiria uma “aura de legitimidade” ao regime que dele se vale. HELD, David. **Modelos de Democracia**. Madri: Alianza Editorial, 1991. p. 15.

⁴⁹SARTORI, op. cit., p. 22.

⁵⁰Ibidem. p. 22-23

⁵¹“Democracia implica un estado en el que existe alguna forma de *igualdad política* entre las personas.” HELD, op. cit., p. 16.

⁵²A título meramente exemplificativo, cita-se a figura da “Constituição Cesarista”, caracterizada por aquela constituição elaborada de forma unilateral por algum governante e submetida a posterior votação nominal com a única finalidade de dar a ela ares de legitimidade.

levantamento histórico de como a democracia vem sendo concebida no correr dos séculos, far-se-á agora um estudo detalhado da sistematização feita por David Held⁵³.

O autor divide os modelos ou concepções⁵⁴ de democracia em dois grupos diversos: o grupo dos modelos clássicos e o grupo dos modelos contemporâneos. Nos modelos clássicos de democracia estão (a) a democracia clássica de Atenas, (b) a democracia protetora, (c) a democracia desenvolvimentista e (d) a democracia direta de concepção marxista. Já nos modelos contemporâneos de democracia tem-se (e) a democracia do elitismo competitivo, (f) a democracia pluralista, (g) a democracia legal e (h) a democracia participativa⁵⁵.

Antes de iniciar a análise dos modelos propriamente dita, David Held faz uma advertência: o modelo ideal de democracia deveria prever a ampla participação do cidadão na condução estatal, por meio da criação de um variado conjunto de esferas em que lhe seria admitido opinar, exemplificativamente as esferas política, econômica e social. Ressalva, porém, que nenhum dos modelos até hoje existentes cumpre, por si só, este objetivo.⁵⁶

2.1 Modelos clássicos de democracia

Inicia-se com a análise da democracia estabelecida em Atenas, denominada somente de (a) democracia clássica. A sociedade ateniense era formada por dois grupos bem distintos de pessoas: os que estavam “dentro” da sociedade (os cidadãos) e aqueles que estavam “fora” da sociedade (todas pessoas que não eram cidadãos). O desenvolvimento da economia escravagista impulsionou o surgimento de centros urbanos e, com ele, o maior engajamento dos cidadãos na administração pública. Esse engajamento logo foi reconhecido pelas constituições das cidades-

⁵³A obra utilizada como fonte de consulta para a sistematização a ser feita é “Modelos de Democracia” de David Held, publicada pela Alianza Editorial, de Madri, em 1991.

⁵⁴A utilização do termo “concepção” em detrimento do termo “conceito” neste trabalho é proposital e parte da distinção feita por Herbert Hart. Conceito seria todo aspecto constante ou uniforme que caracteriza uma ideia, elemento presente em todas as concepções pelas quais esta ideia manifesta-se. Concepção, por sua vez, seria o critério mutável ou variável que diferencia cada uma das especializações do conceito. Entre conceito e concepção tem-se uma relação semelhante aquela existente entre gênero e espécie. No caso, prefere-se “concepção” a “conceito”, pois as ideias de democracia transcritas apenas compartilham a característica comum de se exigir a participação popular (elemento de qualquer “modelo” de democracia), em menor ou maior grau.

⁵⁵Ibidem. p. 19.

⁵⁶Ibidem. p. 23.

estado, que previram novos direitos a estes cidadãos livres, especialmente para assegurar a igualdade entre eles, a liberdade de cada um, o respeito à lei e a busca pela justiça.⁵⁷

Três as razões que autorizaram o surgimento de um modelo grego de democracia muito diverso dos demais: a) a diminuta parcela da população que era considerada cidadã⁵⁸ e o fato de todos conviverem no mesmo centro urbano ou próximos de si; b) o rápido fluxo com que as informações transitavam entre os cidadãos e a imediata produção de efeitos das decisões tomadas pela Assembleia Geral; e c) a coincidência ou relativa homogeneidade de interesses dos cidadãos, devido a partilharem causas comuns, produto, inclusive, da própria semelhança que caracterizava os membros do conjunto dos cidadãos⁵⁹.

As deliberações eram tomadas de forma racional: todos tinham igual direito à palavra e vencia o detentor do melhor argumento. Resultado da deliberação comum dos cidadãos, a decisão era legítima e, portanto, reclamava obediência.

A estrutura da democracia ateniense era formada pela Assembleia Geral, pelo comitê dos quinhentos e pelos comitês dos cinquenta. Na Assembleia Geral eram discutidas e deliberadas todas as questões de interesse da comunidade⁶⁰. Ela era composta por cerca de 6000 cidadãos e se reunia ao menos 40 vezes por ano. As deliberações ocorriam, preferencialmente, por unanimidade. Admitindo-se o princípio da maioria quando aquela não era obtida. Neste caso, a realização de procedimento formal de votação não apenas legitimava a decisão da maioria, como também era uma forma de o cidadão contrário à decisão tomada manifestar seu posicionamento

⁵⁷Ibidem. p. 30.

⁵⁸Somente atenienses maiores de 20 anos poderiam ser considerados cidadãos. Antes de ser um direito, a cidadania impunha deveres jurídicos, em especial o de participar ativamente da vida política do estado. Essa exigência de participação na vida política do estado restringia ainda mais este já seleto grupo, na medida em que apenas cidadãos que detinham algum mínimo de posses dispunham de tempo para se dedicar ao estado. Não por outra razão, Held afirma que a assembleia e o conselho tendiam a estar dominados por cidadãos de berço, uma elite de famílias ricas e bem estabelecidas, que dispunham de tempo suficiente para cultivar seus contatos e perseguir seus interesses (*Además, la asemblea y el consejo tendieron a estar dominados por ciudadanos de <<alta>> cuna o rango, una élite de familias ricas y bien establecidas, que disponían de tiempo suficiente para cultivar sus contactos y perseguir sus intereses*). Ibidem. p. 43.

⁵⁹Ibidem. p. 29-30.

⁶⁰Dado o tamanho da assembleia geral, a secretaria dos trabalhos era desempenhada pelo conselho dos quinhentos, a quem competia, por exemplo, estabelecer a pauta de deliberações, compilar as deliberações realizadas e receber novas propostas deliberativas. Ao comitê dos cinquenta incumbia auxiliar o comitê dos 500 no planejamento e na realização das reuniões da assembleia geral. Ibidem. p. 36.

(algo como o voto em separado da democracia moderna)⁶¹.

A principal crítica à democracia ateniense não reside na forma como ela era exercida, mas a quem estava habilitado para exercê-la. O limitadíssimo conceito de cidadão resultou na criação de um modelo de democracia em que a igualdade estava restrita a um pequeno e seletivo grupo. Em termos modernos, dir-se-ia que alguns eram mais iguais que os outros em Atenas.

Aos demais integrantes de Atenas, outrora classificados como aqueles que estavam “fora” da sociedade, sequer se franqueava o acesso às deliberações da assembleia geral, quanto menos o direito de influir no que eventualmente fosse deliberado.⁶²

Como visto, a concepção de cidadão na democracia grega clássica estava intimamente ligada ao papel exercido pelo indivíduo perante a sociedade ou, em outras palavras, a participação dele nos negócios estatais. Não havia diferença significativa entre Estado e sociedade civil. Esta corporificada e dava vida àquele.

Com o passar do tempo, a própria ideia de estado alterou-se. A concepção do Estado como uma ordem política impessoal e soberana, impenetrável a tudo e a todos em algum espaço geograficamente delimitado, não poderia mais ser sustentada.

A queda dos regimes autocráticos da Europa medieval e os questionamentos feitos em relação a instituições tradicionais, como, por exemplo, a igreja, retiraram o homem da função de mero parafuso de uma engrenagem complexa para a mola propulsora desta mesma engrenagem: de coadjuvante, o homem vira protagonista do processo.

Emergem as teorias liberais e a afirmação do homem torna-se item prioritário na ordem do dia. Proclama-se a existência de direitos naturais e inerentes a todos os indivíduos. Ao estado, agora constitucional, resta a função de proteger a propriedade privada e a economia de livre mercado, imprescindíveis para que os

⁶¹Ibidem. p. 36.

⁶²O limitado grupo de pessoas que ostentavam a condição de cidadãos não era visto como um problema por todos. Há quem entendesse que este grupo era, ao contrário, extenso demais. De amplo conhecimento, por exemplo, a tese defendida por Platão, que não acreditava que o cidadão comum possuía as habilidades e capacidades necessárias para assumir a gestão dos negócios estatais. Justificativa disso na afirmação de que a população em geral agia de forma impulsiva, sentimental e carregada de preconceitos. A condução dos negócios públicos deveria ser de competência exclusiva do “rei filósofo”.

interesses dos indivíduos fossem atendidos⁶³. A função dada ao Estado neste novo modelo político justifica a sua denominação de (b) democracia protetora⁶⁴.

A questão que se punha não é mais como o estado atenderia aos interesses da coletividade, mas como compatibilizar a existência de um estado soberano (necessário para a salvaguarda das liberdades fundamentais) e de um povo soberano (produto da soberania da lei). Enfraquecer o Estado não era uma solução, pois da sua força dependia a tutela das liberdades individuais. Um estado fraco, por reflexo, enfraqueceria o indivíduo que as titulariza.

Várias as linhas de pensamento que tentavam estabelecer como se daria a relação entre estado e sociedade. Thomas Hobbes, por exemplo, entendia que apenas um estado poderoso e protetivo poderia evitar os perigos que representaria deixar os seres humanos ao seu livre arbítrio. Jean-Jacques Rousseau, a ser turno, defendia a existência de restrições legais ao exercício desse poder político por parte do Estado.

Foi por meio dos ensinamentos dos liberais ingleses Jeremy Bentham e James Mill que a democracia protetora teve sua mais importante característica acentuada: era necessária a criação de mecanismos políticos de responsabilidade dos representantes eleitos por seus atos perante os governados⁶⁵.

Dessa forma, ainda que não exercida diretamente pelo cidadão, a política continuava em suas mãos: a escolha política era seguida pela delimitação, autorização e controle rígidos da atuação do representante eleito.⁶⁶ A fíducia do eleito para com os eleitores, segundo entendiam, seria a forma de compatibilizar um estado forte e o respeito aos direitos individuais⁶⁷.

⁶³Ibidem. p. 57.

⁶⁴Também admissível a utilização da denominação democracia liberal. O termo democracia protetora centra-se na finalidade do estado, que é proteger as liberdades fundamentais dos indivíduos. Já a utilização do termo democracia liberal é aceita pois as finalidades exigidas do Estado estavam alinhadas com postulados defendidos por teóricos liberais, especialmente os ingleses.

⁶⁵Ibidem. p. 80.

⁶⁶Ibidem. p. 80.

⁶⁷Nesse sentido, a noção de responsividade está presente no próprio conceito de democracia de Jeremy Bentham. Segundo este autor, uma democracia teria por característica, objeto e efeito preservar os cidadãos da opressão e da agressão das mãos daqueles funcionários públicos empregados para a sua defesa ("Una democracia ... tiene por característica, objeto y efecto... preservar a sus miembros de la opresión y la depredación de manos de aquellos funcionarios que emplea para su defensa"). BENTHAM, Jeremy. *Constitutional Code*. Edimburgo: William Tait, 1838-1843. p. 47 apud HELD, David. **Modelos de Democracia**. Madri: Alianza Editorial, 1991. p. 87.

O que se esperava do estado é que ele apenas atuasse como “mediador” ou “árbitro” da vida em sociedade; aos indivíduos, ampla margem de liberdade para lutar por seus próprios interesses. O voto livre e uma economia de livre mercado seriam condições *sine quibus non* para o desenvolvimento deste modelo, pois o desenvolvimento do indivíduo na sua plenitude somente seria possível com a mínima interferência do Estado, apenas admitida quando (a) estritamente necessária, (b) normativamente prevista e (c) para salvaguardar as liberdades negativas⁶⁸.

A grande inovação da democracia protetora/liberal foi a defesa de intervenções estatais seletivas, admitidas tão somente quando visassem à felicidade de um maior número de pessoas⁶⁹. O âmbito de atuação da política estaria restrito a questões que lhe dissessem respeito (atividade governamental e instituições públicas, em resumo) e ao atendimento de grupos organizados que pleiteassem algo do estado. No restante, vigia a ampla liberdade de contratar dos indivíduos⁷⁰.

As indagações que se faziam ao modelo voltavam-se a extensão do sufrágio e à adoção de um conceito formal de igualdade. O sufrágio ainda permanecia limitado a pessoas do sexo masculino, o que soava um tanto contraditório na medida em que se alegava que todos os indivíduos seriam iguais. Além do mais, o conceito de igualdade era meramente formal, ou seja, igualdade perante a lei, desconsiderando as consideráveis desigualdades produzidas pelas relações sociais marcadamente privadas.⁷¹

A (c) democracia desenvolvimentista parte de uma nova relação entre o cidadão e o estado, aparentemente sonhada pela democracia protetora. Via como objetivo da democracia facilitar o desenvolvimento moral e social do indivíduo: de instrumento de salvaguarda dos direitos individuais, converte-se em mecanismo de

⁶⁸Cita-se como exemplo de intervenção admitida a criação da moeda na Inglaterra. O fluxo das trocas internacionais na idade média era dificultado pelo fato de que em cada estado o pagamento dava-se de forma diferente e era necessário carregar todo o montante a ser pago pelas mercadorias na viagem. Com a finalidade de facilitar o comércio exterior, a Coroa Inglesa passou a emitir notas promissórias, por ela garantidas, que garantiam que o portador da cédula teria o valor nela previsto em depósito na Inglaterra. Essa criação impulsionou as transações, pois, além de não ser mais necessário transportar a moeda, a Coroa Inglesa responsabilizava-se pelo pagamento no caso de inadimplência do portador do título.

⁶⁹Ibidem. p. 89.

⁷⁰Ibidem. p. 90.

⁷¹Ibidem. p. 93.

desenvolvimento dos cidadãos⁷².

Vê-se que há aqui uma aproximação com o modelo de democracia clássica de Atenas. Afasta-se, porém, ao pontuar que as funções legislativa e executiva sejam bem definidas e delimitadas, segundo entende seu principal teórico Jean-Jacques Rousseau⁷³.

Esse autor, diferentemente de seus contemporâneos Locke e Hobbes, não admitia que a soberania popular fosse delegada ou transferida a qualquer representante intermediário entre o cidadão e o estado. O povo titularizava-a e deveria exercê-la. Com ressalvas, admitia a eleição de delegados para a representação do povo, nos estritos termos da delegação e sem poder decisório algum (na essência, um mandato imperativo). Chega-se a afirmar que qualquer lei que não fosse pessoalmente ratificada pelo povo, lei não seria⁷⁴.

Adota-se, neste modelo de democracia, uma concepção radical de autogoverno, que exige de todos os cidadãos a participação ativa e constante na administração pública. Para tanto, convocavam-se reuniões periódicas com a finalidade de que os cidadãos decidissem os rumos da comunidade e promulgassem as leis aprovadas⁷⁵. Essa exigência, na prática, impede a escalabilidade do modelo, que fica limitado a pequenas comunidades não industrializadas⁷⁶. Além disso, questiona-se qual a razão de um modelo de democracia pautado na igualdade política vedar o sufrágio às mulheres⁷⁷ e aos pobres⁷⁸.

⁷²Todavía, estas tradiciones de pensamiento, em especial o modelo da democracia protetora, rechaçam uma postura alternativa: uma postura que combina uma nova concepção entre cidadão e estado, especialmente preocupada com as condições de desenvolvimento moral e social do indivíduo. (“Sin embargo, estas tradiciones de pensamiento, y el modelo de la democracia protectora en particular, se contraponen a una postura alternativa: una postura que trató de combinar una nueva concepción de la relación entre el ciudadano y el estado, con una preocupación más amplia por las condiciones del desarrollo moral y social del individuo.”) Ibidem. p. 94.

⁷³Ibidem. p. 96.

⁷⁴Ibidem. p. 97.

⁷⁵Ibidem. p. 98.

⁷⁶Ibidem. p. 101.

⁷⁷Chega-se a afirmar que “as mulheres estão excluídas porque, ao contrário dos homens, sua capacidade para estabelecer juízos sãos estaria alterada por paixões desmedidas”. (“las mujeres están excluidas porque, al contrario que los hombres, su capacidad para establecer juicios sanos se ve enturbiada por <<las pasiones inmoderadas>>...”). Ibidem. p. 101.

⁷⁸Rousseau, assim como muitos o fizeram, estabelece uma íntima relação entre a condição de proprietário e de cidadão. Difere, contudo, na abordagem. Entendia que ter propriedades não seria uma condição para que a pessoa fosse considerada cidadã, ou seja, a aptidão para ser cidadão independia de qualquer demonstração de riqueza. A propriedade, antes, era vista como um pressuposto para o exercício da cidadania. Nesse sentido, cada cidadão deveria possuir o mínimo para “garantir as necessidades de seguridade material e independência de juízo do indivíduo” (*que*

Os defensores da (d) democracia direta criticaram a concepção de estado adotada pelos liberais e a existência de uma economia de livre mercado. A promessa de justiça equitativa do estado liberal jamais seria concretizada, em razão de a sociedade estar segmentada em classes: o filho trabalhador fabril nunca teria as mesmas oportunidades que o filho do dono da fábrica⁷⁹.

Karl Marx afirma que as classes e a luta de classes é um produto da criação da propriedade privada e do excedente de produção (“mais valia”). A luta de classes seria o motor do desenvolvimento histórico e, dado o passar do tempo e a prevalência da classe trabalhadora, surgiria uma nova ordem política e econômica, centrada nos ideais da liberdade e da igualdade, realizados pelo comunismo⁸⁰.

O autor não acreditava que fosse possível um governo democrático em uma sociedade capitalista. Por conceder tratamento igual a todos os cidadãos (sob o aspecto formal), desconsiderando a luta de classes; e ao defender a propriedade privada como direito individual, o Estado não seria neutro, mas teria tomado partido. Tornou-se verdadeiro reproduzidor, a nível público, das explorações existentes na relação empregador trabalhador⁸¹.

Sustenta que a onipresença da força do capital direcionaria e limitaria as escolhas políticas do governante. O temor de que alguma crise econômica ocorra, desestabilizadora da sustentação do governante, impulsiona-o a adotar políticas que atendam aos interesses dos capitalistas. Por essa razão, diz que os capitalistas “governam sem governar diretamente”: exercem influência política ainda que não tenham representantes no governo. A desigualdade gerada e reproduzida por esse modelo jamais produziria alguma liberdade material relevante⁸².

Enquanto vigente este sistema de exploração, seria impossível alcançar a plena liberdade humana. O centro da política não deveria ser ocupada pelas pautas capitalistas, mas por uma concepção de liberdade que tivesse em seu centro a

garantizase las necesidades de seguridad material e independencia de juicio del individuo) e “nenhum cidadão seja opulento o bastante para poder comprar o outro” (*ningún ciudadano sea lo bastante opulento como para poder comprar a outro*) Ibidem. p. 99.

⁷⁹Ibidem. p. 132.

⁸⁰Ibidem. p. 133-134; 138.

⁸¹Resultado da afirmação de que “o estado é uma “superestrutura” que se levanta[apoiar] sobre as bases das relações econômicas e sociais.” (“El estado es una <<superestructura>> que se levanta sobre los <<cimientos>> de las relaciones económicas y sociales”). Ibidem. p. 148.

⁸²Ibidem. p. 150.

igualdade e que se preocupasse com uma liberdade igual para todos⁸³.

Com a superação da luta de classes pelos trabalhadores e o empoderamento político destes, seria rompido esse ciclo vicioso da política destinado a manutenção da classe dirigente. Não haveria mais diferença sensível entre sociedade e estado: aquela assume o comando deste⁸⁴.

Tal modelo defendia um estado com autoridade ilimitada, voltado a superar as limitações impostas ao desenvolvimento humano pela propriedade privada dos meios de produção. Exaurida essa função, seria desejável o mais rápido possível a redução do estado, ao qual incumbiria apenas coordenar e dirigir a vida social, sem qualquer espécie de coerção⁸⁵. Dadas as transformações idealizadas por Marx, é fácil concluir que a ditadura do proletariado seria um antecedente necessário à instalação de um estado comunista.

O “governo” de Marx tinha como alicerce a Comuna, formada por vereadores (“*concejales*”) municipais, responsáveis por seus atos e eleitos por sufrágio universal nos distintos distritos eleitorais da cidade para mandatos curtos e revogáveis a qualquer momento⁸⁶. A Comuna substituíra o modelo parlamentar, com as alegadas vantagens de que não havia barreira alguma entre governante e governados e de que aqueles seriam diretamente responsáveis por seus atos perante estes. O ideário de Marx previa

um futuro pós-capitalista, em termos de uma associação de todos os trabalhadores por meio de: a) a regulação democrática da sociedade; b) o “fim da política”; c) o uso planejado dos recursos; d) a produção eficiente; e e) mais lazer.⁸⁷

⁸³“A liberdade supõe, na concepção de Marx, a democratização completa de toda a sociedade, assim como do estado; somente será possível chegar a se estabelecer com a destruição de todas as classes sociais e, em última medida, a abolição do poder de classe em todas as suas formas” (“la libertad supone, en la concepción de Marx, la democratización completa de la sociedad, así como del estado; sólo puede llegar a establecerse con la destrucción de las clases sociales y, en último término, la abolición del poder de clase en todas sus formas.”).Ibidem. p.152.

⁸⁴A luta para “abolir” o estado e por “fim a política” é, portanto, a luta pela “reabsorção do estado pela sociedade”. (“La lucha para <<abolir>> el estado y para poner <<fin a la política>> es, por lo tanto, la lucha por la <<reabsorción del estado por la sociedad>>”) Ibidem. p. 154

⁸⁵Ibidem. p. 156.

⁸⁶Ibidem. p. 157.

⁸⁷“Marx concebía el futuro poscapitalista en términos de una asociación de todos los trabajadores a través de: a) la regulación democrática de la sociedad; b) el <<fin de la política>>; c) el uso planificado de los recursos; d) la producción eficiente; y e) más ocio”. Ibidem. p. 163

2.2 Modelos contemporâneos de democracia

A ruptura entre os modelos clássicos e os modelos modernos ou contemporâneos de democracia dá-se com Joseph Schumpeter. Este autor entendia os modelos clássicos de democracia como “arranjos institucionais para chegar a decisões políticas que realizem o bem comum, fazendo com que o povo mesmo decida sobre os assuntos por meio da eleição de indivíduos que devem reunir-se em uma assembleia para levar a cabo sua vontade⁸⁸.

Sua crítica ao modelo clássico fundamentava-se em três principais argumentos. Inicialmente, entendia que a ideia de “bem comum” era enganosa e perigosa: enganosa pois as pessoas tinham distintas preferências e distintos valores, além de, quando compartilhavam valores ou preferências comuns, muitas vezes defendiam meios diversos de alcançá-los; perigosa, pois ao se afirmar a existência de um “bem comum”, suposto fruto da racionalidade humana, tudo aquilo que dele se afasta seria irracional e sectarizado, o que autorizaria que “os adversários ‘sectários e irracionais’ fossem legitimamente marginalizados ou ignorados; poderiam inclusive ser reprimidos, ‘para seu próprio bem’, se persistissem em seu protesto⁸⁹.

O segundo argumento exposto por Schumpeter refuta a superioridade da decisão democraticamente tomada. Não necessariamente ela será melhor ou mais aceitável que aquela proveniente de órgãos não democráticos. Cita como exemplo a decisão tomada por órgão não democrático que não seria possível em um ambiente democrático pela falta de consenso entre os atores que nele interagem⁹⁰.

Por fim, o autor questiona a existência de uma “vontade geral”. Vale-se das teorias da psicologia das massas e da observação empírica do êxito dos publicitários para modular os interesses dos consumidores e afirma que “a vontade geral [...] é uma construção social que tem pouco, se é que tem algum, fundamento independente ou racional”⁹¹. A vida levada pelas pessoas torná-las-ia débil para

⁸⁸“Arreglo institucional para llegar a decisiones política que realizan el bien común, haciendo que el pueblo mismo decida sobre los asuntos a través de elección de individuos que deben reunirse en una asamblea para llevar a cabo su voluntad”. Ibidem1. p. 207

⁸⁹“los adversários <<sectários e irracionales>> pueden ser legitimamente marginados o ignorados; pueden ser incluso reprimidos, <<por su próprio bien>>, si persisten em su protesta”. Ibidem. p. 207-208.

⁹⁰Ibidem. p. 209.

⁹¹“la voluntad general es una construcción social que tiene poco, si es que tiene alguno,

discutir ideologias e alternativas políticas. Além disso, a sua submissão às pressões dos mais diversos grupos sociais e ao belo cantar dos marketing político produziria uma verdadeira vontade “manufaturada”, “não genuína”. A “vontade geral”, que movia os modelos clássicos da democracia, não mais existia⁹².

Joseph Schumpeter entende que a proteção dos perigos e riscos da política contemporânea determina o abandono da tese da doutrina clássica da democracia, especialmente os credos de que o “povo teria opiniões concludentes e racionais sobre todas as questões políticas; que somente pode fazer efetivas essas opiniões atuando diretamente ou elegendo representantes que levariam a cabo sua vontade; que o poder de tomar decisões é um elemento essencial da democracia”⁹³. Defende que o povo seria nada mais que um mecanismo para selecionar periodicamente “os homens capazes de tomar decisões”⁹⁴.

A (e) democracia elitista, cujos principais teóricos eram Max Weber e Joseph Schumpeter, ignora a premissa dos modelos antecedentes de que os seres humanos construiriam uma vida marcada pela expansão “mais elevada e harmoniosa” de suas capacidades e das formas cooperativas de autorregulação”. A substituição da visão colorida do futuro por uma muito mais sombria levava os teóricos deste modelo a compartilharem a concepção de que na vida política havia pouca margem para participação democrática e desenvolvimento individual ou coletivo e que essa margem ainda estaria sujeita a ameaças constantes de supressão por parte de forças sociais poderosas.⁹⁵

O modelo de democracia elitista, antes de exigir ou facultar a ampla participação do cidadão nas atividades do estado, limita-se a ser um meio de se escolher aqueles sujeitos mais capazes para a tomada das decisões estatais e para limitar o exercício do poder pelos demais agentes do estado⁹⁶.

fundamento independente o racional”.Ibidem. p. 209.

⁹²Ibidem. p. 210.

⁹³“Por encima de todo, deben desterrar la idea de que <<el pueblo>> tiene opiniones concluyentes y racionales sobre todas las cuestiones políticas; que sólo puede hacer efectivas esas opiniones o actuando directamente o eligiendo <<representantes>> que llevaran a cabo su voluntad; que el poder de adoptar decisiones es un elemento esencial de la democracia”. Ibidem. p. 211.

⁹⁴“En opinión de Schumpeter, <<el pueblo>> es, u no puede ser nada más que <<el productor de los gobiernos>>, un mecanismo para seleccionar <<los hombres capaces de tomar las decisiones>>”. Ibidem. p. 211.

⁹⁵Ibidem. p. 175.

⁹⁶Ibidem. p. 176.

Max Weber preocupava-se com o avanço dos múltiplos desenvolvimentos econômicos, sociais e políticos sobre o núcleo duro da política liberal, especialmente por que este avanço limitaria o desenvolvimento de várias linhas de atuação do sujeito⁹⁷.

Essa limitação cada vez mais acentuada da liberdade do indivíduo preocupava-o, embora não acreditasse na possibilidade de uma revolução proletária, pois entendia que a luta de classes era apenas um dos aspectos de distribuição e da luta pelo poder. Os partidos políticos e os estados-nações seriam outros aspectos, por exemplo. Não quer com isso tratar os conflitos de classe como irrelevantes, apenas não acredita que o materialismo histórico seja a mola propulsora de todo o desenvolvimento histórico⁹⁸.

Além disso, não cria que a promessa socialista de limitação do estado fosse algo factível. Em vez de limitar a burocracia, o socialismo produz efeito inverso: as instituições que o socialismo desejava expurgar (representação parlamentar e partidos políticos) teriam como funções a limitação da burocracia. Como a burocracia seria inevitável em qualquer estrutura organizada⁹⁹, ao retirar do sistema os “instrumentos” que deveriam controlá-la, cria-se um ambiente propício para que ela se expanda e governe livremente o estado¹⁰⁰.

Também não via o estado como mero produto do capitalismo, por aquele ser anterior a este, ainda que o estado tenha evoluído de forma consideravelmente rápida com a ascensão do capitalismo.

Para dar conta das novas demandas exigidas do estado, seria necessário burocratizá-lo, o que incluía uma administração com inúmeras características, dentre as quais cita-se: a) hierarquia laboral em pirâmide; b) existência de regras procedimentais; c) limitação do uso da força pelo estado; e d) um processo

⁹⁷Ibidem. p. 176.

⁹⁸Ibidem. 178-179.

⁹⁹Weber rechaça o entendimento marxista de que o estado e a organização burocrática seriam parasitas da sociedade. Julga-os inevitáveis, sob a alegação de que uma democracia direta seria impraticável. Isso se justificaria pelo crescimento qualitativo e quantitativo das tarefas demandadas do governo, a exigir um corpo técnico capaz de realizá-las de forma contínua. Ibidem. p. 181.

¹⁰⁰Não por outra razão, afirma que “se o socialismo ou o comunismo significavam a regulação direta e equitativa dos assuntos econômicos, sociais e políticos de todos os cidadãos, então eram doutrinas excessivamente ingênuas e perigosamente enganosas” (“si el socialismo o el comunismo significaban la regulación directa y equitativa de los asuntos económicos, sociales y políticos de todos los ciudadanos, entonces eran doctrinas excesivamente ingenuas y peligrosamente engañosas”). Ibidem. p. 181.

impessoal de seleção dos funcionários públicos¹⁰¹.

Como a burocracia seria inevitável ao Estado, a solução era controlá-la. Esse controle, no seu entendimento, incumbiria a um governo parlamentar e ao sistema de partidos, os quais seriam os maiores obstáculos a usurpação do poder do estado pelos burocratas¹⁰².

Max Weber era um defensor do parlamento. Entendia que a) garantia um grau de acessibilidade ao governo, oportunizando a expressão de ideais e interesses rivais; b) era um bom teste para aqueles que se viam como líderes, dada a dialética e a forma de condução dos debates e de tomada de decisões na casa; e c) oportunizava um espaço para a negociação de posturas entrincheiradas¹⁰³. Vê com certo ceticismo, contudo, a concepção de alguns que defendem que os parlamentos seriam, ou foram, “centros de razão”. Relata, ainda, que a universalização do sufrágio¹⁰⁴ e o desenvolvimento dos partidos políticos teriam afastado o parlamento de sua principal função, que seria refletir sobre os problemas do País.

O modelo da democracia elitista voltava-se à escolha de lideranças políticas qualificadas, as quais competia buscar o interesse da coletividade. Essa restrição fundamentava-se na visão que tinham os teóricos do eleitorado em geral. Acreditavam que o eleitorado era excessivamente emotivo e não teria capacidade para julgar as questões públicas, limitando-se a eleger pessoas qualificadas para fazê-lo. Metaforicamente, a democracia, tal como o mercado, seria um “mecanismo institucional para eliminar os mais débeis e para estabelecer os mais competentes na luta competitiva por votos e pelo poder”¹⁰⁵.

Segundo alguns críticos, a democracia elitista teria transformado a democracia representativa em uma democracia de “liderança plebiscitária”.

¹⁰¹Ibidem. p. 185.

¹⁰²Ibidem. p. 188.

¹⁰³Ibidem. p. 188-189

¹⁰⁴A extensão do sufrágio, diferentemente do que se pensa, não teria como finalidade garantir a soberania popular. Estaria diretamente associada ao surgimento do político de carreira. A universalização do sufrágio trouxe novos atores ao processo e esses atores precisariam ser de algum modo organizados e representados, por políticos, naturalmente. Esse processo, aparentemente, entraria em um círculo vicioso que se retroalimentaria com a finalidade de conquistar e manter o poder e, por vezes, tende a tornar o parlamento um local de discussões partidárias ou provincianas, não propriamente atreladas ao interesse público. Ibidem. p. 189-190.

¹⁰⁵“La democracia es como el <mercado>, un mecanismo institucional para eliminar a los mas débiles y para establecer a los más competentes em la lucha competitiva por los votos y el poder”. Ibidem. p. 192.

Liderança porque nas eleições discutia-se a popularidade e credibilidade de determinados líderes (elites políticas); plebiscitária, pois nos Países do ocidente o voto tendia a ser cada vez mais de confiança e ocasional ao governo. Há quem dissesse, ainda, que a democracia elitista nada mais seria que a democracia cesarista com vestes modernas¹⁰⁶.

Robert Dahl não compartilhava da preocupação dos clássicos, de que a existência de demandas sociais em defesa da igualdade seriam o maior risco à liberdade individual. Ao contrário, as maiores ameaças eram justamente a desigualdade social e o prestígio excessivo às liberdades, como, por exemplo, o culto à propriedade e à ilimitada acumulação de riquezas¹⁰⁷. Do culto ao sistema da propriedade e da ampla margem de atuação das corporações privadas provinham as desigualdades existentes, limitadoras da extensão da liberdade política a todos.

O capitalismo moderno e as desigualdades socioeconômicas por ele produzidas eram vistas por Robert Dahl como afrontas ao regime democrático e, por consequência, à igualdade política. A presença e a influência das corporações no Estado teriam atingido tamanha relevância que passaram a limitar a margem de atuação do governante, de certa forma impedido de tomar medidas contrárias àqueles interesses¹⁰⁸.

Enquanto fosse mantido esse “acordo de cavalheiros”, as corporações atuavam como base informal de sustentação do governo. O governo, por sua vez, adotava uma linha política afinada aos objetivos daquelas, a fim de que a roda continuasse girando. Muitas vezes, porém, essa linha de atuação em prol do desenvolvimento econômico colidia com o interesses da população em geral.

É sabido que os diversos grupos de pressão não possuem a mesma influência no Governo e que as corporações têm influenciado de forma considerável os movimentos estatais. A garantia da efetiva liberdade política estaria condicionada à redução drástica da influência das corporações no Estado e da possibilidade de os demais grupos de pressão dele se aproximarem.

A este modelo de democracia, denominado por David Held de (f) democracia pluralista, Robert Dahl denomina de “poliarquia”, nos seguintes termos:

¹⁰⁶Ibidem. p. 192.

¹⁰⁷Ibidem. p.243.

¹⁰⁸Ibidem p. 244.

As poliarquias podem ser pensadas então como regimes relativamente (mas incompletamente) democratizados, ou, em outros termos, as poliarquias, são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública¹⁰⁹.

As alterações na economia resultaram na criação de um poder político concentrado nas grandes corporações. A vantagem temporária que estas corporações tiveram em relação aos trabalhadores impôs a estes a criação de suas próprias estruturas de classe. O ambiente antes [pretensamente] pluralizado, marcado pela diversidade de grupos sociais e econômicos atuantes, não mais existe¹¹⁰.

Com o surgimento dos teóricos corporativistas, passou-se a discutir a centralização do poder em grupos de interesses organizados e da interação de tais grupos com o estado. A função de mediador entre governo, mercado e sociedade seria realizada pelas organizações empresariais e sindicatos dos trabalhadores.

David Held destaca três como as principais consequência da criação desses “governos privados”: a) as instituições políticas representativas tradicionais foram sendo progressivamente substituídas por processos de tomada de decisões tripartite¹¹¹; b) a representação parlamentar ou territorial já não seria mais a principal forma de expressar e proteger interesses; e c) a participação dos representantes locais, bem como dos cidadãos comuns, no desenvolvimento das políticas públicas diminuía sensivelmente¹¹².

O sucesso desse modelo de relação tripartite, todavia, dependia do contínuo crescimento econômico dos Países. A margem de manobra dos atores residia nos excedentes produzidos pela economia nacional: como empresas e empregados estavam usufruindo de uma condição ímpar propiciada pelo contínuo crescimento

¹⁰⁹DAHL, Robert. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1997. p. 31.

¹¹⁰HELD, op. cit., p.259.

¹¹¹Pontue-se que isso não dispensava que o órgão de representação tradicional formalizasse a conclusão a que se chegou em razão dos debates. O que se quer dizer é que há uma tendência crescente de que a proposta legislativa já chegue pronta para que o Poder Legislativo apenas a aprove ou rejeite.

¹¹²Cabe destacar, porém, que David Held reconhece que esses acordos estavam, em grande parte dos países, limitados a questões que envolvam a macroeconomia do País, especialmente durante as décadas dos anos 50 a 70 do século passado, em que o mundo experimentava um considerável crescimento econômico. Ibidem. p.264.

econômico no pós 2º Guerra Mundial, ambos estavam dispostos a ceder um pouco em suas reivindicações, o que tornava os acordos possíveis.

A euforia econômica, todavia, foi substituída na década de 70 por uma grave crise internacional que gerou notórias dificuldades aos países e acabou com esse espaço de negociação antes existente. Suprimida a margem de manobra das corporações, a consequência natural é que estes acordos não mais fossem firmados e a engrenagem parasse de funcionar.

Esta “nova” “crise da democracia”, aliada aos vários excessos cometidos no período entre as grandes guerras e após a segunda guerra mundial, determinavam que fosse feita uma revisão dos papéis do estado, da política e da democracia.

Fala-se no surgimento de uma “nova política”, compromissada com a) a reforma social e econômica, b) o respeito ao estado constitucional e ao governo representativo, e c) a necessidade de se compatibilizar a perseguição dos interesses públicos pelo estado com a perseguição dos interesses individuais de cada pessoa:

Por trás destas preocupações estava uma concepção de Estado como o meio mais apropriado para a promoção do “bem”, tanto individual como coletivo. Ao proteger os cidadãos da interferência arbitrária, e ao ajudar os vulneráveis, os governos poderiam criar uma margem mais ampla de oportunidade para todos¹¹³.

A democracia pluralista, ou poliarquia, em suma, defendia a reaproximação do estado com os mais diversos grupos de pressão existentes na sociedade e que foram alijados do processo pelo surgimento das corporações de trabalhadores e de empresas.

A (g) democracia legal ou liberal, por sua vez, é um modelo de democracia defendido pela “nova direita” (ligada ao neoliberalismo), que roga a extensão de seu pensamento econômico ao âmbito político, de forma a que prevaleçam a liberdade e a iniciativa individual¹¹⁴.

O programa político inclui a expansão do mercado para a maior parcela de áreas da vida possível, a criação de um estado que não esteja obrigado a intervir na economia nem gerar oportunidades; a restrição do poder a certos grupos (como os

¹¹³“Detrás de estas preocupaciones estaba una concepción del Estado como el medio más apropiado para la promoción del “bien”, tanto del individuo como de la colectividad. Al proteger a los ciudadanos de la interferencia arbitraria, y al ayudar a los vulnerables, los gobiernos podían crear un margen más amplio de oportunidades para todos”. Ibidem. p. 268.

¹¹⁴Ibidem. p. 293.

sindicatos, por exemplo) e a formação de um governo forte que aplica a lei e a ordem. O estado deveria ser mínimo, de limitadas porém enérgicas intervenções.

Os principais defensores desse modelo são Friedrich Hayek e Robert Nozick, que viam no estado contemporâneo “um grande Leviatã que põe em perigo os fundamentos da liberdade e que, por conseguinte, deve ser radicalmente recortado”¹¹⁵.

Ignoravam que o bem comum¹¹⁶ fosse algo a ser perseguido pelo estado, ainda que não negassem a sua existência¹¹⁷. O indivíduo seria a única instituição existente e somente por meio de transações abertas e voluntárias entre indivíduos maduros e entendidos é que se poderia impor a algum indivíduo a entrega de algo que é seu para um terceiro. Alega-se que todo indivíduo tem direito a perseguir seus fins e que isso só seria possível com o respeito do direito à propriedade e à acumulação de recursos, desde que fruto de seu próprio trabalho, sendo absolutamente irrelevante a desigualdade social que paira na comunidade¹¹⁸. O papel do estado estaria limitado a ser o detentor do monopólio da força a fim de proteger os direitos individuais que viabilizem que o indivíduo atinja seus objetivos¹¹⁹.

Friedrich Hayek apoia a democracia representativa, mas vê nela dois perigos: a) a pretensão à formação de um governo da maioria, arbitrário e opressor; e b) a progressiva substituição de um governo da maioria por um governo dos seus agentes¹²⁰.

Inicialmente assinala que o fato de uma lei ser fruto da compreensão da maioria apenas significa que ela seja uma lei, mas que não necessariamente seja uma boa lei. Neste ponto faz uma distinção concreta entre liberalismo e democracia. Liberalismo seria uma doutrina sobre o que deveria ser a lei (conteúdo); já

¹¹⁵“el estado contemporáneo es un gran Leviatán que pone en peligro los fundamentos de la libertad y que, por consiguiente, debe ser radicalmente recortado”. Ibidem. p. 295.

¹¹⁶A título de “interesse comum” ou “bem comum”, frutos de um ideário de coletivismo, entenda-se a “remodelação da sociedade por meio da direção econômica do Estado e da redistribuição de recursos, entre outras coisas”. Ibidem. p. 298.

¹¹⁷Lembra-se que Friedrich Hayek não recusa a existência de fins sociais. Define-os, contudo, como a “coincidência de fins individuais” e os limita a áreas de comum acordo entre os indivíduos, que, no seu entender, seriam poucas. Ibidem. p. 299

¹¹⁸Ibidem. p. 296.

¹¹⁹Ibidem. p. 297.

¹²⁰Ibidem. p. 297-298.

democracia, uma doutrina sobre a maneira de determinar o que será a lei (procedimento)¹²¹.

Se a aceitabilidade de uma lei demanda a concordância da maioria, o liberalismo imporia a esta maioria a observância de alguns princípios (o conteúdo limitaria o procedimento). A existência de tais princípios limitadores da atuação da maioria e do governo seria a garantia suficiente ao indivíduo para não temer o poder coercitivo estatal¹²².

O império da lei era o escudo ideal ao poder da política: proporciona aos indivíduos meios para que decidam como melhor utilizar seus recursos e suas energias. Na democracia legal, a liberdade está no centro de deliberação. Não era ela um fim em si mesmo, mas um instrumento para que fosse atingido o fim efetivamente buscado, que seria a liberdade do indivíduo¹²³. Note-se que há considerável proximidade entre este modelo e o modelo da democracia protetora, o que pode ser explicado especialmente por questões ideológicas.

A legitimidade do poder estatal, portanto, não decorre da natureza da intervenção que o determina, mas sim do seu exercício ocorrer com fundamento em lei e nos estritos limites do que ela prevê¹²⁴.

Para esse modelo de democracia, a junção do princípio da maioria com a observância do império da lei seriam a forma efetiva e desejável de proteger a liberdade do indivíduo e impedir os arbítrios do governo. Faça-se a ressalva, contudo, de que a adequação aos ideais liberais seria uma espécie de “pressuposto de validade” para que determinado ato legislativo fosse qualificado como lei.

A democracia participativa, por fim, não adere ao pensamento neoliberal de que o mercado seria um mecanismo de coordenação desprovido de poder. Enaltece as distorções causadas pelo poder econômico na sua relação com democracia e

¹²¹Ibidem. p. 298.

¹²²Ibidem. p. 299.

¹²³Ibidem. p. 300.

¹²⁴Embora não seja a natureza da intervenção que autorize o estado a fazê-lo, na prática, a natureza determina, ao menos, quando o estado não pode intervir. Isso decorre, como acima dito, do fato de que os filiados a esse modelo de democracia entendem que ao liberalismo caberia limitar o espectro de atuação do legislador na edição da norma. Admitindo-se que o liberalismo seja um limite abstrato para a edição da norma, não parece razoável supor que qualquer intervenção estatal seja autorizada quando colida com primados liberais. Assim sendo, toda e qualquer intervenção pretensamente violadora desses princípios não poderia ser concretizada, pois não seria possível a sua previsão legal.

questiona a existência, de fato, de um mercado livre, voltado aos anseios coletivos, em razão da complexidade e multiplicidade das relações que o formam. Chancelar a indiferença estatal a esse processo, e permitir que o mercado resolva as falhas sociais, apenas reproduziria no campo da política as relações existentes no campo da economia¹²⁵.

Nesse contexto, David Held destaca que uma das falhas da democracia legal seria a sua incapacidade de aplicar os valores sobre os quais se apoia, como, por exemplo, a liberdade de eleição, a independência e a ajuda voluntária¹²⁶. A título meramente exemplificativo, cita-se o governo de Margaret Thatcher, filiado a concepções neoliberais e sensível ao livre mercado, mas que, na prática, produziu em um estado poderoso, altamente centralizado e promotor de sensíveis desigualdades na geração de oportunidades para os distintos grupos e classes sociais.

A crítica mais incisiva, contanto, dirige-se à concepção limitada de liberdade adotada pelos defensores da democracia liberal/legalista. Dada a crescente desigualdade entre os grupos das mais diversas naturezas, soa difícil assegurar a liberdade do indivíduo sem lhe dotar de um amplo conjunto de condições que a torne possível. Liberdade representaria muito mais que desfrutar de igualdade perante a lei; exige-se, também, recursos materiais e culturais disponíveis para ser levado a cabo as diversas linhas de ação¹²⁷.

Carole Pateman, C. B. Macpherson e Nicos Poulantzas são os principais teóricos da “nova esquerda” e desenvolvedores da ideia da democracia participativa como resposta ao modelo de democracia legal da “nova direita”¹²⁸.

A primeira crítica desses teóricos ao modelo de democracia legal é que a premissa sob qual esta se assenta seria frágil. Não parece ser fácil encontrar na sociedade o suposto “indivíduo livre e igual”. Argumentam que a previsão de direitos, por si só, não produziria benefício material algum. A propalada liberdade, mais que a previsão de direitos, demanda fruição destes¹²⁹.

¹²⁵Ibidem. p. 303-304

¹²⁶Ibidem. p. 304-305.

¹²⁷Ibidem. p. 306.

¹²⁸Ibidem. p. 306.

¹²⁹Ibidem. p. 307.

A falta de meios materiais limitaria a participação de muitos indivíduos na vida política e social. Ao estado incumbiria corrigir essa assimetria e atuar como “cavaleiro protetor”, “mediador” ou “juiz” no processo democrático. Essa postura imparcial, obviamente, reclama que o estado mantenha-se equidistante dos demais atores (associações e práticas) que atuam no meio. O que se via, na prática, porém, é que o estado associava-se a algum desses atores e reproduzia o modelo por ele querido. Tal fato quebrava o pacto de lealdade do estado com a população e lhe retirava a legitimidade para atuar¹³⁰. Modernamente, dir-se-ia que havia um “conflito de agência” entre representante (“agente”) e representado.

Nada obstante este estado de coisas, os teóricos da nova esquerda não creem na viabilidade da imediata substituição dos sistemas de democracia representativa por organizações de democracia das massas. Não seria viável a substituição do Estado por instituições de democracia direita ou de autogoverno, pois a falta de coordenação que entre estas ou aquelas propicia um amplo campo para a burocracia espriar-se¹³¹.

Nicos Poulantzas defende um conjunto de alterações vitais para a transformação do estado, por ele denominado de “pluralismo socialista”:

O estado deve ser democratizado, tornando o parlamento, as burocracias estatais e os partidos políticos mais acessíveis e responsáveis, ao tempo em que novas formas de luta a nível local (por meio da política baseada em empresas, movimentos feministas, grupos ambientalistas) garantam que a sociedade, bem como o estado, democratize-se; ou seja, que estejam sujeitos a procedimentos que garantam sua responsabilidade.¹³²

Em sentido semelhante, C. B. MacPherson entende que a liberdade e o desenvolvimento individual somente são plenos quando ao cidadão é dado participar direta e continuamente das atividades sociais e estatais. Reconhece a dificuldade de se implementar um modelo de democracia que exija a intensa e direta participação do cidadão nas sociedades atuais, face a complexidade e a magnitude que estas

¹³⁰Ibidem. p. 308.

¹³¹Como destacado acima, esta inclusive era uma das críticas de Weber aos teóricos que defendem o desaparecimento de figuras intermediárias entre o cidadão e o estado.

¹³²“El estado debe ser democratizado, haciendo al parlamento, a las burocracias estatales y a los partidos políticos más accesibles y responsables, al tiempo que nuevas formas de lucha a nivel local (a través de la política basada en las empresas, los movimientos feministas, los grupos ecologistas) garantizan que la sociedad, al igual que el estado, se democratize; es decir, que quedan sujetos a procedimientos que garantizan su responsabilidad.” Ibidem. p. 310.

ostentam. Sustenta, pois, que o fortalecimento dos partidos políticos seria uma forma de a comunidade participar diretamente das decisões políticas. Sugere a adoção de uma estrutura partidária menos hierarquizada, dirigida por administradores e dirigentes políticos responsáveis por seus atos perante as organizações que representam¹³³.

Carole Pateman, a seu turno, propõe se estenda a esfera de participação democrática, por entender que a democracia participativa produz uma série de benefícios, como, por exemplo, a redução da alienação em relação aos poderes centrais, a preocupação com os problemas coletivos e a formação de uma cidadania ativa e sabia.

Defende que a democracia adentre à vida cotidiana das pessoas, especialmente por meio da extensão de instrumentos democráticos a instituições que as pessoas passam parcela considerável de seu tempo, como, por exemplo, a escola e o trabalho. Acredita que, se for franqueada a participação da população na tomada de decisões, possivelmente o chamado será atendido e a comunidade tende a manifestar sua opinião. O só fato de participar da tomada de decisão, sentir-se responsável por ela, produziria nas pessoas a consciência de sua obrigatoriedade e a necessidade de se defendê-la.¹³⁴

Os três teóricos, contudo, concordam ser extremamente difícil transplantar a noção de democracia participativa pra todos os domínios da vida política, social e econômica. Cita-se como exemplo o ambiente de trabalho, em que parece difícil a implementação de alguns instrumentos do sistema democrático em razão da hierarquia marcante da situação trabalhista¹³⁵.

David Held, por fim, faz duas observações sobre a democracia participativa: a) os autores não teriam respondido a alguns problemas fundamentais, como, por exemplo, de que forma ocorreria a interação entre democracia participativa e a democracia representativa; b) não necessariamente será do interesse da

¹³³“Se criaría una base sustancial para la democracia participativa si los partidos se democratizaram com arreglo a principios y procedimientos de democracia directa, y si estos “partidos genuinamente participativos” operaran dentro de la estructura parlamentaria o del congreso, complementada y controlada por organizaciones de pleno autogobierno, em el lugar de trabajo y em las comunidades locales.” Ibidem. p. 311.

¹³⁴Ibidem. p. 312.

¹³⁵Ibidem. p. 312.

comunidade participar das decisões políticas e econômicas, bem como, caso o seja, não necessariamente a comunidade estará imbuída de uma “razão democrática”, ou seja, uma vontade democrática sábia e boa ao tomar as decisões que lhe cabe.¹³⁶

A exposição dos modelos de democracia tendo como marco teórico David Held não parte da premissa de que esta seja a melhor sistematização existente. Sequer desconsidera a existência de outras classificações igualmente relevantes, mas feitas a partir de outros pontos de observação.

O que se objetivou com esse breve e sucinto registro é demonstrar que a visão monocular da democracia não projeta os contornos e detalhes que a rodeiam: a certeza e a obviedade com que muitas vezes a democracia é discutida e abordada parece não ser tão certa e óbvia assim. Sob seu manto foram postos regimes políticos os mais diversos possíveis, desde aqueles que preveem um estado mínimo (praticamente inexistente), passando por aqueles que reclamam do estado a atuação para a correção das falhas estruturais sociais, até chegar naqueles que praticamente impõem que o indivíduo faça parte do estado. Não bastasse isso, cada um dos modelos descritos pode ser interpretado de 'n' formas, visto que as preferências ideológicas do intérprete tendem a conduzi-lo na difícil tarefa de interpretar.

Feita essa rápida introdução, com a finalidade de pontuar que a democracia na sua conceituação mesma já é plural, passa-se à análise do modelo brasileiro, a partir das disposições previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo em vista o objetivo do presente trabalho.

¹³⁶Ibidem. p.316-317.

3 DEMOCRACIA, REPRESENTATIVIDADE E LEGITIMIDADE

Neste capítulo objetiva-se demonstrar que a única fonte confiável para delimitação do regime democrático estabelecido em nosso País é o direito positivo. Destaca-se, posteriormente, a intenção do constituinte originário em atrair a sociedade para a discussão dos temas estatais, notadamente pela criação de uma ampla gama de instrumentos de participação popular na gestão pública. Ressalta-se, porém, que essa participação no mais das vezes é meramente instrutória, mantendo-se a decisão final das questões com os representantes eleitos. Em vista disso, expõe-se a necessidade de que os mandatários eletivos tenham ampla legitimidade e representatividade para o exercício do mandato.

3.1 A democracia como categoria dogmática

José Souto Maior Borges destaca a relação existente entre o dever jurídico e obrigação: na sua ótica, dever jurídico integraria uma categoria formal, objeto de estudo pela teoria geral do direito; já a obrigação, uma categoria dogmática, estudada pelas diversas ciências jurídicas particulares¹³⁷.

A concepção de como essa teoria geral seria construída está intimamente ligada à compreensão que se dá ao adjetivo (geral) que a caracteriza. Esse termo poderia ter como contraponto o termo “especial” ou “específico”. Neste caso, à teoria geral do direito incumbiria elaborar conceitos que para as disciplinas jurídicas particulares funcionassem em uma relação de gênero e espécie: aquela elaboraria os conceitos genéricos; esta, as categorias específicas. A crítica a essa compreensão é que à ciência do direito incumbe estudar tanto o gênero quanto à espécie, ambas situadas no plano do direito positivo. Nada obsta que, na hipótese de a espécie não ser mais vista como específica em relação a determinada categoria genérica, ela mesma forme um novo gênero¹³⁸.

A determinação genérica das categorias jurídicas, lembra-se, não transpõe o campo do estudo da dogmática jurídica, ou seja, o direito posto. Por tal razão, diz-se que uma teoria geral, como, por exemplo, a teoria geral dos contratos não será

¹³⁷BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária (uma introdução metodológica)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015. p. 28.

¹³⁸Ibidem. p. 28-29.

estudado pela teoria geral do direito, mas pela dogmática jurídica¹³⁹.

O termo “geral” também poderia ser entendido como aquilo que é “comum” a todos os indivíduos ou a universalidade de uma determinada classe particular. Neste caso, a Teoria Geral do Direito formularia conceitos abstraídos de qualquer ordenamento de direito positivo específico, puros e abstratos. Essa produção não teria como fonte um único ordenamento jurídico, mas seria o produto das características comuns a dado instituto em uma pluralidade de ordenamentos. Neste caso, todavia, não se percebe diferença significativa das investigações realizadas pelo direito comparado, ou seja, não há avanço metodológico algum em relação ao que já existe: compila as características comuns presentes em vários ordenamentos jurídicos, mas dessa compilação jamais poderá surgir uma teoria formal¹⁴⁰.

Fracassadas as tentativas pretéritas, o autor afirma que entre os conceitos formulados pela teoria geral do direito e pelas ciências jurídicas particulares há uma relação de continente e conteúdo. Àquela competiria realizar um estudo formal das categorias jurídicas, abstraída da análise de conteúdos normativos dos preceitos jurídicos; a esta, por sua vez, incumbiria preencher o continente com o conteúdo previsto nos enunciados normativos. Destaca que o:

objeto da Teoria Geral do Direito é a construção de uma teoria jurídica formal. Objeto da ciência do Direito no sentido estrito (ciência dogmática do Direito) é o estudo da multiforme variedade dos conteúdos, ou seja, de significados que revestem as normas jurídicas. [...] A Teoria Geral do Direito é uma teoria do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. Nesse sentido, não será possível falar em teoria geral do direito positivo brasileiro, por exemplo¹⁴¹.

Justamente por se voltar ao conteúdo, e não ao continente, que as construções feitas por estudiosos com base em outros ordenamentos jurídicos podem não ser aplicáveis no Brasil. Não haveria, neste caso, “*referibilidade entre a linguagem objeto, a das normas jurídico-positivas, e a metalinguagem da ciência do direito*” que autorizaria a transposição ao direito brasileiro¹⁴².

A Teoria Geral do Direito não é apenas uma doutrina do direito positivo, mas uma teoria formal do direito positivo, daí se exigir essa referibilidade. Apenas a

¹³⁹Ibidem. p. 29.

¹⁴⁰Ibidem. p. 30.

¹⁴¹Ibidem. p. 31.

¹⁴²Ibidem. p. 31-32.

opção por essa abordagem formal permitiria a criação de uma teoria do ordenamento jurídico em geral, abstraída de qualquer espaço-tempo: as constantes formais são obtidas a partir de um procedimento de abstração que as isola de conteúdos variados e cambiantes das normas jurídicas. A teoria geral do direito não se preocupa com um ordenamento em particular, mas apenas com as categorias jurídicas fundamentais, identificáveis em qualquer espaço-tempo¹⁴³.

Não se confunda a teoria geral do direito com a interpretação das normas jurídicas particulares, pois neste caso apenas se extrai o sentido normativo de dado preceito jurídico. Também não se confunda com o estudo das ciências particulares (“ramos do direito” de vários países), do qual poderá resultar uma ciência do direito comparado, mas jamais uma teoria geral do direito, pois essa só será possível por meio de hipóteses explicativas e conjecturas teóricas, com o auxílio de métodos de tentativa e erro, com a finalidade de comprová-las provisoriamente ou informá-las de forma definitiva¹⁴⁴.

À teoria geral do direito, portanto, resta clarear a estrutura formal de algum instituto ou conceito jurídico, com a abstração dos aspectos materiais que o preencham. O conteúdo a ser posto neste continente é objeto de estudo da interpretação jurídica, tendo como ponto de partida os textos legais vigentes em cada País, em dado momento histórico.

Essa conclusão é importante e possivelmente explique a razão pela qual, no tópico antecedente, foi possível apresentar oito diferentes modelos ou concepções para algo que o senso comum nos informa que teria conteúdo universal e de conhecimento coletivo.

Em um primeiro momento, não soaria anormal considerar que a democracia aproxime-se de uma categoria formal de direito. O uso ordinário e repetitivo do termo passa a impressão de que ele seja do domínio popular e que todos saibam exatamente o que ele significa e que esse significado seja exatamente o mesmo para todos. Essa compreensão denotaria que a democracia pressupõe uma estrutura formal predisposta.

¹⁴³“Objeto da Teoria Geral do Direito é, pois, definir formalmente certos conceitos fundamentais da ciência jurídica, tais como o de sujeito de direito, capacidade, competência, dever, responsabilidade etc.” Ibidem. p. 34.

¹⁴⁴Ibidem. p. 36.

A conclusão falha decorre da adoção de uma premissa incabível. A existência de múltiplos modelos/formas/expressões da democracia é incompatível com a sua compreensão como categoria formal do direito. Trata-se, a bem da verdade, de categoria dogmática, pois retira sua essência e contornos do direito positivo limitado no tempo e no espaço: o binômio espaço-tempo não apenas delimita a lei que estabelecerá as balizas do regime democrático como também norteia o aplicador do direito na atribuição de sentidos à norma, dadas as concepções e influências preponderantes no contexto.

A célebre frase dita por Abraham Lincoln de que a democracia seria o “governo do povo, pelo povo e para o povo”¹⁴⁵ apenas indica, como bem resume José Afonso da Silva, que “a *democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou, indiretamente, pelo povo e em proveito do povo*”¹⁴⁶.

Nada diz sobre quem são os integrantes deste ente abstrato denominado de “povo” e nem como o poder popular será exercido. Ao não delimitar o povo, nem o que ele espera, a bem da verdade não confere precisão à própria democracia. A se mencionar que democracia é o regime político em que o poder origina do povo e é por ele exercido, parece lógico, e fundamental, que se identifique quem integra esse ente abstrato denominado “povo” e como que ele se manifesta.

Mais uma vez acertada a colocação feita por José Afonso da Silva, para quem a democracia não pode ser encarrada como um conceito abstrato ou algo que o valha. Fruto de construções históricas, a democracia não representa um “valor-fim”, mas um meio ou instrumento para que se atinja valores essenciais para o convívio humano, notadamente os direitos fundamentais do homem. Concomitantemente à construção de uma concepção de democracia, vão sendo construídos [ou reinterpretados] os elementos que a integram.

Democracia não é um termo que aceita aspas. A forma como a vemos hoje é o produto da constante releitura da concepção de povo e de como deve ele interagir com o Estado na condução do regime político. A definição de Abraham Lincoln de democracia acima citada, aparentemente simples, tem sua complexidade justamente

¹⁴⁵ WHITE JR., Ronald C. **As palavras que comoveram uma nação**. Fev. 2009.

¹⁴⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 128.

a necessidade de se preencher o continente “povo”.

Engana-se quem pensa que o conteúdo é óbvio, visto que a concepção de povo é dinâmica e temporal. A influência que o “*Zeitgeist*” promove em cada um dos modelos de democracia explica como é possível que se dê o mesmo nome para regimes políticos tão diversos e que “povo” represente, simultaneamente, um, alguns e todos, a depender da localização geográfica e do momento histórico.

Veja-se, por exemplo, o limitado conceito de povo adotado na democracia clássica: sob os olhos do leitor atual, é um tanto difícil afirmar que aquele regime era efetivamente democrático, na medida em que parcela mínima da população dele participava. Sob os olhos da época, por sua vez, a conclusão é diversa, por se entender que a democracia exige a observância de alguns requisitos¹⁴⁷. Errôneo e insano, possivelmente, seria o conceito amplo de povo atualmente adotado.

3.2 O modelo de democracia adotado na CRFB/88

A inexistência de uma compreensão uniforme sobre democracia, fruto da concepção de que seu regime jurídico demanda a análise do direito posto, leva-nos a um lugar-comum: a única fonte confiável para definir o modelo democrático adotado no Brasil é a Constituição Federal e a legislação infralegal.

Maurice Duverger conceitua regime político como

conjunto de instituições políticas que, em determinado momento, funcionam em dados país, em cuja base se acha o fenômeno essencial da autoridade, do poder, da distinção entre governantes e governados, aparecendo, assim, como conjunto de respostas a quatro problemas fundamentais relativos à: a) *autoridade dos governantes e sua obediência*; (b) *escolha dos governantes*; (c) *estrutura dos governantes*; (d) *limitação dos governantes*.¹⁴⁸

A concepção de regime político, pois, estaria ligada “à *estrutura global de*

¹⁴⁷A forma de pensar de cada autor, naturalmente, é influenciada pelo tempo em que ele vive[u]. Nesse sentido, José Afonso da Silva pondera que a democracia não requer nenhum pressuposto ou requisito especial: suficiente é a existência de uma sociedade e que o poder seja originado e exercido pelo povo (Ibidem. p. 130.). Assim, a educação, cultura, desenvolvimento pessoal não poderiam ser tidos como pressupostos para o exercício da democracia, mas como objetivos que devem ser por meio delas atingidos, tal como, inclusive, anuncia o Preâmbulo de nossa Constituição. Essa forma de pensar é absolutamente diversa daquela defendida por Platão ou pelos teóricos do modelo elitista, como já dito, os quais militavam que apenas um pequeno contingente de pessoas hábeis e abnegadas deveriam ter as rédeas das decisões estatais.

¹⁴⁸ DUVERGER, Maurice. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. 4^a ed., 2 vols. Paris: PUF, 1959. 1 v. p. 15-16 apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 125.

*realidade política com todo seu complexo institucional e ideológico*¹⁴⁹. Modernamente, prevalece a dicotomia democracia-autocracia nos regimes políticos: no regime autocrático o poder estaria concentrado na pessoa de um chefe, ou seja, estruturado de cima para baixo; ao passo que nos regimes democráticos, o poder estaria concentrado no povo, agindo de baixo para cima.

O contexto histórico em que editada a CRFB/88 não deixaria maiores dúvidas ao constituinte em relação ao modelo a ser adotado em nosso País. A dualidade partidária do regime ditatorial e a utilização esporádica das eleições como instrumento formal de chancela dos mandatários escolhidos pelo regime militar, aliadas às estranhas figuras dos governadores indicados e dos senadores biônicos, alijaram a população das decisões públicas. Quando muito, a consulta popular era utilizado como instrumento de política “cesarista”, para confirmar a decisão já tomada pelo regime e dar a ela ares de legitimidade.

A transição lenta e gradual deste regime, ou revolução para outros, reposicionou o povo diante do estado. De objeto das decisões estatais transforma-se em sujeito do estado e passa a determinar qual serão as decisões que esse estado deve tomar.

Tal protagonismo é evidenciado já na primeira linha do preâmbulo da CRFB/88, ao enunciar a reunião dos “representantes do povo brasileiro” para a instituição de um “Estado Democrático”. Não obstante a possível falta de juridicidade do texto, o caráter simbólico ressalta: a reunião dá-se em nome do povo para a instituição de um regime político em que este é o elemento central, ou, como já dito, “do povo, pelo povo e para o povo”.

A opção do constituinte por um modelo democrático não significa exatamente muita coisa, conclusão que se espera tenha tido o leitor pelo tanto que já foi aqui dito sobre a plurivocidade da palavra democracia. O vínculo criado entre o povo e o poder possibilita que se fale em democracia. A forma como esse vínculo é estabelecido e, principalmente, a sua rigidez é que denotam efetivamente a participação popular no processo decisório, ou seja, o grau de amadurecimento desta democracia.

A forma como o povo participa das decisões públicas e como se estabelece o

¹⁴⁹Ibidem. p. 126-127.

vínculo com o estado origina três tipos de exercício da democracia: direta, a indireta e a semidireta.

Na democracia direta o laço estabelecido entre povo e poder dispensa qualquer espécie de intermediação: o povo, por meio das individualidades que o integram, atua diretamente na formação da vontade estatal. Na democracia indireta, o povo outorga ou delega os poderes para agir, no seu interesse, a terceiro eleito periodicamente. Na democracia semidireta ou participativa, por fim, tem-se uma confluência de institutos dois tipos mencionados: presente está a figura do representante periodicamente eleito, característico da democracia indireta, além de instrumentos de participação direta do cidadão na condução dos negócios estatais, típico da democracia direta.

A opção constituinte por uma democracia semidireta ou participativa é facilmente notada pela norma inserta no parágrafo único do art. 1º, em que se enuncia que o exercício da soberania popular ocorre “*por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

A inexistência nas Constituições modernas da figura do mandato imperativo, bem como pelo fato da presunção de que os representantes sempre atuam nos interesses dos representados, aparentemente, não resistir sequer a uma rajada de luz solar, motivaram a criação de mecanismos que possibilitem uma maior proximidade do cidadão do estado.

Estes mecanismos, contudo, não substituem o modelo previsto da democracia representativa, apenas objetivam agregar nela meios de participação mais incisiva do cidadão no processo democrático. Cita-se como exemplos a quase irrestrita possibilidade de criação de partidos políticos e de associações com finalidades políticas; a ampla liberdade política de sindicatos profissionais e entidades estudantis; e a existência de uma imprensa livre.

A admissão da criação de partidos políticos [e associações de natureza política] voltados à defesa das mais diversas bandeiras têm em mira aproximar do processo político todas as cosmovisões de mundo e a elas dar voz. De igual sentido, o posicionamento político de entidades sindicais e estudantis, notadamente pelo amplo contingente populacional a que se dirigem, são vozes importantes nos

espaços de manifestação política. Por fim, apenas com uma imprensa livre, que noticie com fidedignidade os fatos ocorridos, poderá o cidadão estar a par dos acontecimentos na comunidade, formar sua convicção política e, inclusive, controlar os atos de seus representantes.

Veja-se que tais mecanismos possibilitam que o cidadão se aproxime do processo político, todavia a sua influência nele ainda é bem remota, se é que ocorre. Não se nega que nestas hipóteses há estímulos para que tais mecanismos funcionem de forma correta, sob pena de eles mesmo serem aliçados do processo. Por exemplo, caso o partido afaste-se dos interesses dos seus filiados, cria-se um estímulo à desfiliação, o que, projetado no tempo, tende a enfraquecer a própria figura partidária. Além de ser ilógico admitir que o ente coletivo tenha interesses conflitantes com os da coletividade que o forma.

Esse raciocínio não se aplica da mesma forma para o representante eleito: se no primeiro dia de mandato o mandatário contrariar frontalmente os interesses de seus eleitores, a única opção que a estes é dada é rejeitá-lo nas próximas eleições e lamentar por ter posto “fora” seu voto.

O anseio do legislador constituinte por um regime político efetivamente democrático não pareceu contentar-se com tímidos mecanismos que franqueavam a participação do cidadão na vida estatal, acima narrados. Para suprir essa lacuna, prontamente dispôs que *“a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III - iniciativa popular”* (art. 14 da CRFB/88).

Além do secular instrumento do voto, estabeleceu-se serem instrumentos para o exercício da soberania popular o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. A regulamentação deste dispositivo ficou a cargo da Lei nº 9.709/1998.

Conforme prevê o art. 3º desta lei, o plebiscito e o referendo aproximam-se quanto à sua finalidade, pois ambos visam a consultar o povo sobre questões públicas altamente relevantes. O que os diferencia é o momento em que a consulta será feita: no caso do plebiscito, a consulta precede a tomada da decisão legislativa ou executiva; no caso do referendo, a consulta é posterior, após a prática da legislativa ou executiva, objeto da apreciação popular.

Por meio da iniciativa popular é possível que parcela da população mobilize-se e apresente ao parlamento projeto de lei que seja de seu interesse. A Constituição Federal apenas estabelece requisitos para o seu exercício nos âmbitos federal e municipal, reservando à lei complementar de cada ente estadual a previsão dos requisitos para a utilização do instrumento.

Em âmbito municipal, admite-se a iniciativa popular de *“projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado”* (art. 29, inc. XIII, da CRFB/88). Já na seara federal, conforme previsto no art. 61, §2º, exige-se que o projeto seja subscrito por, ao menos, *“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”*.

A esses instrumentos de democracia participativa nominalmente citados no art. 14 da CRFB/88, a Constituição Federal prevê uma série de outros mecanismos para a atuação direta da população na atividade estatal.

O art. 10 assegura *“a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.”*

O art. 18, ao disciplinar a organização político-administrativa nacional, condiciona a incorporação, subdivisão, desmembramento ou formação de novos Estados ou Territórios Federais, bem como a criação, incorporação, fusão e o desmembramento de municípios à prévia aprovação das populações afetadas (§§3º e 4º, respectivamente).

Ainda na seara municipal, sobre o controle das contas do gestor local, o art. 31, §3º, informa que *“contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade”*.

Em relação à administração pública em geral, o art. 37, §3º, estabelece a necessidade de edição de lei que disciplinasse a participação do usuário na administração pública direta e indireta, notadamente para (I) apresentar reclamações relativas à prestação de serviços públicos; (II) acessar a registros informativos e a

atos do governo; e (III) disciplina a representação por exercício abusivo ou negligente de cargo, função ou emprego públicos¹⁵⁰.

No art. 74, §2º, dá-se legitimidade a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, atendidos os artigos 53 a 55 da Lei 8.443/1992.

Já na ordem social, o art. 194, parágrafo único, VII, estabelece como um dos objetivos da seguridade social o *“caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”*.

Também na ordem social, o art. 202, §6º, estabelece que lei complementar disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão de entidades fechadas de previdência complementar criadas e patrocinadas por entes federados, entidades integrantes da administração indireta ou por empresas controladas direta ou indiretamente por qualquer ente ou entidade.

No capítulo “da educação, da cultura e do desporto”, o art. 216, §1º, estabelece a articulação entre poder público e comunidade para proteger e promover o *“patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”*. Por fim, destaque-se, ainda, as recentes Emendas Constitucionais nº 71/2012 e 85/2015, que criaram, respectivamente, o Sistema Nacional de Cultura¹⁵¹ e o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação¹⁵², organizados sob regime de colaboração entre entes públicos e privados e ampla participação da sociedade.

A esses dispositivos constitucionais soma-se, ainda, um sem número de dispositivos legais e infralegais que convocam a comunidade a participar das decisões públicas. A título de exemplo, menciona-se a obrigatoriedade de realização

¹⁵⁰A regulamentação deste dispositivo ocorreu com a edição da Lei 12.527-2011, denominada de Lei de Acesso à Informação.

¹⁵¹Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012](#))

¹⁵²Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015](#))

de audiência pública prévia à concessão de licença ambiental quando requerido por 50 (cinquenta) pessoas, sob pena de invalidade da licença eventualmente concedida sem que tenha sido realizada a audiência (interpretação combinada do art. 2º, caput e §2º, da Res. Conama Nº 9, de 03 de dezembro de 1987).

A existência de múltiplos instrumentos de participação popular nos negócios estatais demonstra a preocupação do constituinte de que a comunidade seja consultada em relação aos atos praticados. Nada obstante o amplo leque de situações em que se permite (as vezes exige) a participação direta da comunidade na gestão pública, essa participação, no mais das vezes, possui caráter instrumental, destituída de coercibilidade ou obrigatoriedade.

A população fornece subsídios, manifesta sua opinião, apresenta propostas e reclamações, mas a decisão final segue na mão dos representantes. A eventual vinculação destes aos manifestos populares deve-se a questões morais ou pressão política e não a qualquer imperativo legal: o controle é meramente sociológico, digamos. Como consequência, se o representante perceber que desse controle não resulta consequência alguma, não parece que ele terá estímulos para cumprir aquilo que dele se espera.

Cita-se como exemplo o famigerado plebiscito sobre o “Estatuto do Desarmamento”, em que o povo foi consultado sobre a proibição do comércio de armas de fogo e munição em todo o território nacional (art. 35 da Lei 10.826/2003). Na ocasião, mais de cinquenta e nove milhões de pessoas, que representavam 63,94% dos votos válidos, manifestaram-se contrariamente à lei aprovada. Favorável à proibição, trinta e três milhões de eleitores, que representavam os restantes 36,06% dos votos válidos.¹⁵³

Em que pese a maciça votação contrária à mencionada proibição, o efeito prático da consulta foi nenhum, visto que ela não é idônea para revogar a lei tida por inadequada pela população. A participação é direta, mas a falta de observância da decisão tomada enfraquece o instrumento. O resultado é que, nada obstante o referendo, segue proibido o comércio de armas de fogo e munições no território nacional.

Raríssimas são as situações em que a última decisão está efetivamente com

¹⁵³CANNES, Michèlle. **Números finais do referendo mostram vitória do "Não" com mais de 59 milhões de votos.** Out. 2005.

o povo. Neste contexto, a se destacar o art. 68, §3º, da Constituição estadual do Rio Grande do Sul. O art. 68 estabelece que a iniciativa popular no processo legislativo estadual dá-se por meio da apresentação de projeto de lei, proposta de emenda constitucional e emenda a projetos de leis orçamentárias. No §1º deste artigo, diz-se que a iniciativa popular no projeto de lei demanda o apoio de, pelo menos, um por cento do eleitorado que votou nas últimas eleições gerais estaduais, distribuído em, ao menos, um décimo dos municípios do estado, com não menos de meio por cento dos eleitores em cada um deles.

Na eventualidade de um projeto de lei de iniciativa popular ser rejeitado pela Assembleia Legislativa, admite-se seja ele submetido “*a referendo popular se, no prazo de cento e vinte dias, dez por cento do eleitorado que tenha votado nas últimas eleições gerais do Estado o requerer*”, se rejeitado repita-se.

A finalidade de tal dispositivo, parece-me, é permitir que a vontade popular reverta a decisão tomada pela assembleia legislativa e aprove o projeto popular por ela rejeitado. Não faria sentido admitir que a consulta popular tenha como finalidade apenas consultar a população sobre a rejeição do projeto pela assembleia, sem que nenhum efeito prático advenha dessa rejeição. A se adotar esse entendimento, a dúvida que se poria é a seguinte: e se por ventura a rejeição não fosse ratificada? O projeto iria para um “limbo jurídico”?

A situação não é a mesma do referendo previsto na Constituição Federal, a exemplo do “Estado do Desarmamento”. Neste caso, tem-se um projeto de iniciativa parlamentar ou executiva, a aprovação desse projeto e a consulta popular convocada por deliberação congressional (art. 49, XV). No caso previsto na Constituição gaúcha, tem-se um projeto de iniciativa popular, a rejeição desse projeto pela Assembleia local e a convocação de um referendo para deliberar a rejeição, também por iniciativa popular, exigindo-se apoio de 10% do eleitorado local.

Diz-se, costumeiramente, que “onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito”. A lógica clama que, razões diversas, diversos os direitos aplicáveis. Dado o contexto diverso, não é possível admitir que o referendo previsto na Constituição gaúcha para aquela situação específica tenha finalidade meramente consultiva.

Essa conclusão decorre de três premissas: a) o amplo protagonismo da população na situação, ao apresentar o projeto de lei e, após sua rejeição, convocar o referendo; b) o notório conflito entre a opinião de representantes e representados, deduzido da rejeição do projeto popular e da convocação popular do referendo; e c) ainda que sejam eleitos representantes, o poder não é transferido a eles: o poder continua sendo do povo.

Qual seria o significado de realizar todos esses movimentos para não ir a lugar algum? Com a devida vênua daqueles que pensam em sentido contrário, o referendo mencionado na Constituição gaúcha é um verdadeiro instrumento de exercício direto da democracia, talvez dos poucos, em que a última palavra compete efetivamente ao povo, que poderá inclusive reformar a decisão tomada por seus representantes.

Como se percebe, diminutas são as situações em que o povo é quem dá a decisão final sobre a decisão a ser adotada. Com algum sacrifício, e partindo-se de uma interpretação teleológica de um dispositivo integrante de Constituição estadual, foi possível extrair uma norma que preveja um instrumento de democracia direta.

3.3 A legitimidade como fonte de validade do mandato eletivo

O fato de que as decisões políticas continuem em poder, e ao alvedrio, dos representantes na quase totalidade das situações, leva-nos a concluir que, ainda que a democracia participativa esteja em franca expansão, não há progressos consideráveis no exercício direto dessa democracia pela coletividade. Feita essa consideração, é fundamental enfatizar a necessidade de estreitamento dos laços/vínculos estabelecidos entre representantes e representados para a percepção de que nosso regime político, ainda que majoritariamente representativo, ao menos seja tido por legítimo.

Bobbio aponta que a legitimidade tem dois sentidos: no sentido genérico, aproxima-se de justiça ou de racionalidade; no sentido específico, utilizado na linguagem política, refere-se a um atributo do estado, “*que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de se recorrer ao uso da força*”¹⁵⁴. A

¹⁵⁴BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário da Política**. Coord.

legitimidade, tal como empregada na linguagem política, teria como finalidade transformar a obediência em adesão voluntária. Esse processo de transformação da obediência em adesão, em nosso modelo, depende substancialmente do sentimento dos representados de que sua voz tem sido ouvida e acolhida pelos representantes, o que leva-nos a discutir a temática da representação política.

Representação, tal como democracia, também é um termo plurívoco e possui várias acepções: a) substituir, b) agir no lugar de ou em nome de alguém ou de alguma coisa; c) evocar simbolicamente alguém ou alguma coisa; d) personificar alguém. Tais acepções podem ser divididas em dois grupos a partir de seus significados: a) alguns remetem à noção de “ação”, em que representação significaria agir segundo determinados cânones de comportamento; e b) outros induzem a noção de “reprodução”, pela qual representação significaria agir como se fosse o representado, o que nos remete ao objeto do espelho¹⁵⁵.

A compreensão da representação política torna-se possível quando contraposta aos regimes autocráticos ou absolutistas, em que inexiste a figura do controle político do governante pelos “súditos”; e à democracia direta, em que não existe a figura dos representantes. O que notabiliza a representação política é a “*possibilidade de controlar o poder político, atribuído a quem não pode exercer pessoalmente o poder*”¹⁵⁶. Dessa característica, vê-se que a representação política é o produto de uma característica inexistente nos regimes autocráticos e absolutistas (possibilidade de controle do poder político) e de outra não prevista na democracia direta (exercício indireto do poder político).

Posta a finalidade da representação política, pode-se defini-la como o “*mecanismo político particular para a realização de uma relação de controle (regular) entre governados e governantes*”¹⁵⁷. Ainda que representação política seja algo recente, a sua essência já é de longo asseverada, tal como reclamado pelo antigo brocardo romano “*quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*”, que literalmente pode ser traduzido como “aquilo que a todos toca, por todos deve ser aprovado”.

Em relação ao conteúdo da função representativa e ao papel dos

trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. p 675.

¹⁵⁵Ibidem. p. 1102.

¹⁵⁶Ibidem. p. 1102.

¹⁵⁷Ibidem. p. 1102.

governantes, três modelos alternativos sempre foram objeto de discussão: a) como relação de delegação; b) como relação de confiança/fidúcia; e ou c) como relação de espelho ou representatividade sociológica¹⁵⁸.

Pela primeira perspectiva, o representante seria um executor destituído de iniciativa e autonomia das instruções que os representados lhe distribuem, o que aproxima a representação da figura do mandato imperativo. No segundo modelo, em que se notabiliza a fidúcia, o representante é dotado de certa autonomia e a única exigência que se faz a ele é que aja no interesse dos representados que o conceberam. Por fim, na representação espelho ou representatividade sociológica, não se discute a importância do representante isoladamente considerado, mas da representação no seu conjunto: o organismo representativo deve ser um microcosmo que fielmente reproduz as características do corpo político¹⁵⁹.

Isoladamente tomados, nenhum desses modelos de representação está isento de críticas. O modelo “espelho” ou da representatividade sociológica tem como seu primeiro desafio a decisão de quais as características do corpo social que merecem ser “espelhadas”. Além disso, fora o fato de que muitas características presentes no corpo político estarem sub-representadas, aquelas que são efetivamente representadas tendem a ter sua representação enfraquecida com o decurso do tempo, visto que *“a representatividade sociológica relativamente a certos perfis políticos não vai de encontro ao processo de profissionalização da vida política”*¹⁶⁰.

Por fim, destaca-se que a compreensão da representação política como uma reprodução do microcosmos social poderia trazer o inconveniente de que os representantes perdessem a capacidade de operar os problemas particulares e os desafios que são inerentes ao ato de governar.¹⁶¹

A concepção do representante como delegado, por sua vez, colide com a necessidade de que se confira a este certa margem de manobra, de todo

¹⁵⁸Ibidem. p. 1102.

¹⁵⁹Ibidem. p. 1102.

¹⁶⁰Parece-me que há um erro de tradução do livro nesta parte. Todo o contexto tende a destacar que a representação de certos perfis políticos é incompatível com o crescente movimento de profissionalização da política. Nesse sentido, a parte da citação “não vai de encontro” deve ser entendida como “não vai ao encontro” (não é compatível) ou “vai de encontro” (é incompatível). Ibidem. p. 1102.

¹⁶¹Ibidem. p. 1103.

incompatível com a rigidez de instruções vinculantes. Ademais, o desinteresse dos representados pelos assuntos públicos, aliado a complexidade que tais assuntos tomaram, possivelmente deixaria o representante sem instruções ou com instruções inadequadas para atuar em uma série de ocasiões¹⁶².

Já a concepção do representante como fiduciário esbarra naquela que possivelmente seja a questão de mais complexa solução na política: a percepção dos interesses da coletividade. O modelo não apresenta nenhuma resposta às situações em que as percepções dos interesses feita pelo representante e pelos representados são diversas, o que costuma ocorrer com relativa frequência.¹⁶³

Por tal razão, nenhum destes três modelos consegue uma atuação completa na sua forma pura. De cada um deles é possível extrair alguma característica cuja presença é determinante na representação política: a) do modelo fiduciário retira-se a necessidade de que seja dada certa autonomia e margem de manobra aos representantes; b) do modelo delegado, o elemento do vínculo estabelecido com os representados e a possibilidade de controle político que dele resulta; e c) do modelo simbólico, as respostas às exigências de ordem simbólica e sociológica que legitimariam o sistema representativo, notadamente o sentimento de que os mais diversos grupos veem que nele tem voz e vez.

A só existência de um modelo de representação, também, é insuficiente para que se exaure a discussão sobre a representatividade do regime político. A história nos conta que não raros governos não propriamente democráticos afirmavam serem “únicos” e “verdadeiros” representantes do povo. A famosa frase dita pelo imperador francês Luiz XIV “o Estado sou eu” bem expõe esta questão.

Cabe lembrar que já se disse que a representação política exige a presença de instrumentos de controle dos representantes pelos representados. O principal instrumento de controle dessa representação seriam as eleições periódicas para renovação ou alteração dos representantes, razão pela qual diz-se que “a representação política pode definir-se então como uma representação eletiva”¹⁶⁴.

A realização de eleições também não basta, sob pena de se converter a representação política em um jogo de “cartas marcadas”. O processo eleitoral só

¹⁶²Ibidem. p. 1103.

¹⁶³Ibidem. p. 1103.

¹⁶⁴Ibidem. p. 1104.

pode ser considerado idôneo para legitimar o sistema representativo quando apresentar um sistema mínimo de garantias, no que se destaca o respeito a liberdade de voto, igualdade de chances, ampla liberdade de manifestação, amplo direito de sufrágio, entre outros.

Apenas eleições efetivamente competitivas, entendidas como aquelas que respeitem minimamente as garantias acima narradas, são capazes de produzir um mínimo de consenso que assegure a legitimidade do sistema representativo. A relação estabelecida entre eleição e legitimidade é nítida e bem pontuada por Bobbio, que interpreta as eleições como *“um 'juízo' e uma 'escolha', [que] se podem exercer tanto sobre pessoas como sobre programas e atos políticos”*¹⁶⁵.

Não há como negar que uma série de questões hoje nos dão a impressão de que o vínculo entre representantes e representados não seja mais tão sólido e estreito como já foi. O sufrágio universal, o crescimento demográfico da população, a complexidade dos desafios políticos e o aumento das demandas exigidas pelo estado (“expansão da esfera de atuação estatal”) distanciaram representantes e representados. Alega-se que essa maior fragilidade no vínculo sobre o qual se funda a representação política teria transferido parcela dessa incumbência aos partidos políticos, os quais seriam incumbidos de captar os reclamos dos representantes, catalisá-los em programas políticos, apresentá-los aos representantes e organizar a gestão pública¹⁶⁶.

Por tal razão, pondera-se que um modelo realista de representação política deve ser olhado de forma global, e não considerados atos individuais ou a individualidade dos representantes. Ao fim e ao cabo, a representação política seria um *“enorme processo de competição entre as organizações partidárias pela conquista ou pela conservação de posições parlamentares e governamentais [...] que se desenvolve frente a um público com funções de juiz”*¹⁶⁷.

¹⁶⁵Ibidem. p. 1104-1105.

¹⁶⁶O processo representativo tende a se desenvolver de duas formas: a) eleitores → partidos → representantes individuais (forma preponderante); e b) eleitores → representantes individuais → partidos (maior relevância a nível local). Na primeira sequência, os eleitores levariam aos partidos políticos suas demandas, que, por sua vez, compilá-las-iam e as apresentariam aos representantes eleitos. Na segunda, os eleitores exporiam suas demandas aos representantes eleitos, que as levariam a diretiva nacional, a quem incumbiria apresentar sua plataforma política pela compilação das diretivas locais. Ibidem. p. 1105.

¹⁶⁷Ibidem. p. 1105.

A nota marcante da representação “*está na 'responsabilidade' periódica a que estão sujeitos os atos políticos em competição (os partidos)*”, a ser aferida “por todo um conjunto bastante genérico de comportamentos e não por cada ato individual dos atores políticos”¹⁶⁸.

Em conclusão, pondera Bobbio.

os regimes representativos são aqueles regimes que recebem da representação uma caracterização decisiva. A representação, por sua vez, um fenômeno complexo cujo núcleo consiste num processo de escolha dos governantes e de controle de sua ação através de eleições competitivas¹⁶⁹.

De todo exposto, nota-se que não há representatividade sem a existência de eleições regulares, livres e periódicas. Alcançada a representatividade por meio do processo eleitoral, a responsabilidade do representante é a condição para sua manutenção. Só é possível manter, porém, aquilo que já se tem: a manutenção da representatividade pressupõe que o representante tenha-a; tê-la, como acima dito, é algo que está condicionado à eleição em um processo livre de escolha. O processo eleitoral, neste contexto, confere legitimidade ao representante para que atue no interesse dos representados: presume-se que aquilo que faz, faz no interesse dos que o elegeram.

Ao se afirmar que a representação política é uma representação eletiva e que ela representa um “enorme processo de competição” entre partidos para conquista de espaço é imperioso concluir que essa batalha tem fim delimitado: o dia das eleições. O voto é o instrumento que dá concretude à natureza eletiva da representação política e pelo qual se privilegia a escolha por um ou algum dos partidos no processo de competição. O eleitor deposita seu voto em algum dos competidores (leia-se em alguma plataforma política que a ele é apresentada).

Se o voto é o principal ato do processo eleitoral, a eleição de determinada pessoa é pressuposto para que ela exerça algum mandato eletivo: se a representação política é uma representação eletiva, aquele que não foi eleito simplesmente não estará habilitado para representar grupo algum.

A aprovação do representante nas urnas não se trata de uma mera

¹⁶⁸Ibidem. p. 1105.

¹⁶⁹Ibidem. p. 1106.

formalidade burocrática. Representa a preocupação com a obtenção de um mínimo de consenso em torno de determinada plataforma ou figura política. Não parece sensata a eleição de determinado candidato se o ambiente político fosse de tal modo plural e conturbado que tornasse impossível obter a famigerada “governabilidade”.

Essa questão não passou despercebida pelo legislador constituinte. A busca pelo consenso na eleição dos representantes políticos está ressaltada pela Constituição em inúmeros dispositivos. Veja-se o §2º do art. 77 que estabelece “*será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.*”. Não obtida a maioria absoluta no primeiro turno, reza o §3º do mesmo artigo que “*far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos*”.

O art. 28, caput, estabelece que a mesma dinâmica aplica-se à eleição dos Governadores dos Estados-membros. O art. 29, II, por sua vez, dispõe que este procedimento também se aplica nas eleições municipais em municípios com mais de duzentos mil eleitores. Nas demais municipalidades, será eleito o candidato que fizer a maioria dos votos válidos no primeiro turno.

Estes dispositivos deixam claro que o Constituinte não apenas condicionou a eleição de determinado candidato a sua aprovação na urna, bem como exigiu que essa aprovação fosse em determinadas situações qualificadas. A conclusão a que se chega é que o candidato eleito em primeiro turno possui não apenas apoio popular, mas possui significativo apoio popular, pela obtenção de cinquenta por cento mais um dos eleitores e, por tal razão, seria o legítimo representante. Atrela-se a legitimidade ao princípio da maioria.

Não obtido aquele quantitativo de votos em primeiro turno, concede-se a sociedade um prazo para que ela reflita acerca de quem irá governá-la e, em razão de a disputa limitar-se a apenas dois candidatos, confira a um deles a maioria absoluta dos votos. A legitimidade é, neste caso, de certo modo induzida pelo Estado, pela restrição da competição.

Idealmente, quer-se que o candidato eleito obtenha a maioria absoluta dos votos: tanto maior a votação, mais legítimo tende-se a considerar o mandatário. Admite-se, em outras situações, como legítimo aquele que tenha feito a maioria dos votos válidos, ainda que não absoluta. A eleição confere a tal candidato legitimidade, ainda que não conte com o apoio massivo da população.

Em ambas as situações, o representante obteve a maior votação nas urnas, absoluta ou relativa. Ser eleito pelo povo é um pressuposto para que se discuta legitimidade: só é legítimo aquele que é fruto da escolha popular. A eleição é um antecedente inafastável para que determinado representante receba a qualificação de legítimo. A discussão do grau de legitimidade, a depender da votação obtida por tal candidato, pressupõe que ele a tenha: maior ou menor legitimidade requer, antes, que esta se verifique.

O fato de que o mandato tem como fundamento de validade a vontade popular não quer dizer que esta se torne intocável ou inquestionável pelo sistema de nulidades a que se fez menção no início deste trabalho. A questão que se põe não é esta. Não há dúvidas de que a escolha popular viabiliza o exercício de mandato eletivo; não há dúvidas, também, que a escolha popular não elide eventuais ilegalidades ou nulidades praticadas no processo eleitoral, o que se justifica porque a eleição não tem o condão de apagar o passado e, também, pois parcela destas invalidades, inclusive, pode ter sido praticada com a finalidade de distorcer a escolha popular.

Não se indaga se essas nulidades ou ilegalidades no processo eleitoral possam impedir a diplomação do candidato eleito, haja vista que a resposta obviamente é afirmativa. O que se indaga é se essas questões jurídicas poderiam substituir a vontade do eleitor nas urnas e autorizar a diplomação de candidato que não tenha delas retirado sua legitimidade.

Pelo que expusemos acima, não parece haver abertura constitucional para que, por qualquer razão outra que não o voto popular, dê-se como legítimo candidato que não tenha obtido tal qualificativo nas urnas, ou seja, que não tenha vencido as eleições. Ao exigir a obtenção de dado percentual de votos (art. 28, caput; 29, II; e 77, §§ 2º e 3º) ou a maior votação (art. 29, II, a contrário senso),

inviabiliza-se que candidato que não preencha esse requisito seja diplomado e investido no cargo.

Se nesta hipótese impõe-se a realização de um segundo turno com a finalidade de forçar um consenso popular em torno de determinado candidato, não parece possível admitir que determinado candidato que sequer tenha vencido as eleições seja diplomado no cargo em razão de discussões jurídicas, de cunho meramente instrumental. A finalidade do processo eleitoral, tal como exaustivamente dito, é que o eleitor tenha amplas condições de manifestar sua vontade nas urnas e que essa vontade seja observada na formação dos órgãos dirigentes do Estado.

Não parece se coadunar com esta finalidade a diplomação de candidato em cargo majoritário que não conste na apuração dos resultados da eleição como aquele em que a maioria da população depositou seu voto. Como dito, ainda que se possa estabelecer uma relação proporcional entre a votação obtida pelo candidato e a sua legitimidade, só pode ser considerado efetivamente legítimo aquele que obteve a maior votação: a análise da legitimidade precede a do grau de legitimidade, naturalmente.

Tecidos estes comentários que interligam eleições, legitimidade e representação política, ruma-se ao derradeiro capítulo deste trabalho, em que será analisada a decisão tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral no Processo Administrativo nº 20159, bem como abordadas as consequências práticas dela advindas e a sua adequação com o regime político que temos em nosso estado.

4 VOTO NULO, RENOVAÇÃO DAS ELEIÇÕES E O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Neste capítulo final, será analisada a decisão tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral no Processo Administrativo nº 20159. Após exposto o entendimento da Corte, apontar-se-ão as consequências práticas dela advindas e se buscará demonstrar que ele é potencialmente colidente com o modelo de aquisição de cargos eletivos previsto em nossa Constituição Federal, em especial pois admite a diplomação e posse de mandatários eletivos destituídos de legitimidade popular e cujo mandato não é produto da soberania popular.

4.1 Lacuna normativa e o Processo Administrativo nº 20.159

A sensível e instável relação existente entre eleições, legitimidade e representatividade é o que será abordado no último capítulo deste trabalho. Como pontuado ao seu início, a legislação eleitoral não contempla o tratamento a ser dado a todas as situações em que o processo eleitoral afasta-se daquilo que ordinariamente espera-se que ocorra: registro de candidatura deferido, eleições, diplomação e posse do candidato mais votado, nesta ordem.

Para os fins do presente trabalho, a lacuna normativa decorre da interpretação conjunta do art. 175, §3º, e 224 da LE, abaixo transcritos:

Art. 175. [...]

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.(Renumerado do § 4º pela Lei nº 4.961, de 4 5.66)

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

Interpretados de forma sistêmica, imperativo que são nulos os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados e, se esta nulidade ultrapassar mais de cinquenta por cento dos votos apurados, deve-se realizar nova eleição.

Naturalmente, a pergunta que será feita é a seguinte: e se a nulidade não atingir o percentual de cinquenta por cento? A situação está longe de ser excepcional, especialmente pelo significativo número de partidos políticos existentes em nosso País, cuja natural consequência é a dispersão dos votos entre os vários

candidatos ao pleito.

O silêncio legal sobre o encaminhamento a ser dado na hipótese acima transcrita produz, em especial, duas controvérsias: a) quais os votos nulos são computados para fins de renovação da eleição prevista no art. 224 do CE; e b) não sendo renovada a eleição, quem exerceria o mandato eletivo na impossibilidade de o candidato mais votado fazê-lo¹⁷⁰.

Face à constatação de que em alguns municípios sob a jurisdição do TRE do Piauí o número de votos nulos teria ultrapassado mais de cinquenta por cento dos votos apurados nas eleições de 2008, a Presidente do Tribunal Eleitoral local apresentou consulta ao Tribunal Superior Eleitoral com as seguintes indagações¹⁷¹:

1º) Mesmo em havendo mais de cinquenta por cento de votos nulos no município, deve a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obteve a maioria dos votos válidos, não computados os votos nulos e os votos em branco, nos termos do art. 29, II c/c o art. 77, § 2º, da Constituição Federal?

2º) Em caso de resposta negativa, na indagação anterior, aplica-se à hipótese o art. 224 do Código Eleitoral, realizando-se novas eleições?

3º) Em sendo desprovidos os recursos interpostos pelos candidatos a cargo majoritário que concorreram ao pleito na condição de candidatos sub judice (com pedido de registro indeferido pelo Juiz Eleitoral e decisão mantida pelo TRE, mas com recurso pendente de julgamento no TSE), os votos nulos provenientes da votação auferida por esses candidatos se somam aos votos nulos resultantes da manifestação apolítica dos eleitores (digitação em número de candidato inexistente, voluntariamente ou por equívoco) para os fins do art. 224 do Código Eleitoral?

Inicialmente, a Assessoria Especial da Presidência (ASESP) manifestou-se pelo não conhecimento da consulta, por estar em curso o período eleitoral. Todavia, defendeu a conversão da consulta em Processo administrativo pela importância da matéria.

A importância da matéria, de fato, é notória. Afinal, discute-se um aspecto fundamental para o correto desenvolvimento do processo eleitoral, que é a nulidade

¹⁷⁰A renovação das eleições prevista no art. 224 do CE pode ser produzida das mais variadas formas: a) pelos votos dados ao candidato mais votado, isoladamente; b) pelo somatório dos votos dados a este candidato os aos de outros candidatos; c) por meio de votos atribuídos aos outros candidatos, excluindo os votos dados ao candidato mais votado. Todavia, em razão daquilo que debatido no PA, limitar-nos-emos à análise da situação prevista na letra 'a', quando o candidato mais votado não poderá ser diplomado nem foi atingido o percentual previsto no art. 224 do CE.

¹⁷¹ Tribunal Superior Eleitoral. **Processo Administrativo nº 20.159**. p. 3.

eventual de votos; e outro intimamente ligado ao produto proveniente do processo eleitoral, que é a declinação do governante que foi eleito e a sua efetiva representatividade.

A necessidade de se conferir tratamento uniforme à matéria em nível nacional e dirimir eventuais entendimentos existentes em um ou outro Tribunal Regional autoriza a atuação do Tribunal Superior, que tem como uma de suas funções uniformizar a interpretação e aplicação da lei eleitoral em âmbito nacional (art. 121, §4º, II, da CRFB/88 e art. 24, VI, parte final, do CE).

Isso posto, passa-se à análise do PA nº 20.159, em que a questão foi discutida pelo Tribunal Superior Eleitoral.

A pedido da Relatora Ministra Eliana Calmon, a ASESP manifestou-se quanto à primeira pergunta de forma afirmativa, pela possibilidade de *"a Junta Eleitoral pode proclamar eleito o candidato que obteve a maioria dos votos válidos, não computados os votos nulos e os votos em branco"* e, por conseguinte, prejudicada a segunda pergunta.

Já em relação à terceira pergunta, afirmou que os votos nulos não se confundiriam com os votos anuláveis, estes inicialmente válidos, mas anulados posteriormente. Feita essa diferenciação, defendeu a impossibilidade de se somar os votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor com os votos anuláveis por decisão judicial superveniente. Tal entendimento foi acolhido na íntegra pela relatora¹⁷².

O Ministro Arnaldo Versiani, em análise sumária, concordou com a relatora em relação às questões nºs 1 e 2, porém divergiu no tocante à terceira. Afirmou não estar propriamente convencido acerca da impossibilidade de se somar os votos nulos com os votos anuláveis. Nesse sentido, pontua que se em determinada municipalidade 15% dos votos fossem nulos e outros 40% dos votos fossem anuláveis, neste caso pelo indeferimento do registro, não seria realizada nova eleição se adotado o entendimento da relatora, nada obstante 55% dos votos fossem inválidos, entendimento com o qual não concorda¹⁷³.

O Ministro Henrique Neves, em breve intervenção, também se manifestou

¹⁷²Ibidem p. 5.

¹⁷³Ibidem. p. 8.

pela impossibilidade de segmentação dos votos inválidos para fins de renovação da eleição. Destaca que

O Código Eleitoral aponta como voto nulo aquele que foi dado a candidato não registrado. Na hipótese de o candidato não ter nenhum registro - que me parece ser o caso da consulta - , o que haverá será apenas a confirmação de que o registro nunca foi dado a ele. E, sendo nulo, penso que deve ser somado aos outros que - seja por questões apolíticas, seja por que o for - foram considerados nulos. Nesse sentido, adianto meu entendimento de que deve haver a soma para apuração da incidência do artigo 224¹⁷⁴.

Após ter solicitado vista, o Ministro Arnaldo Versiani lembrou que a validade da votação na eleição majoritária é aferida considerando-se o total de votos válidos, número obtido a partir da subtração dos votos brancos e nulos do número total de votos. Ato contínuo, esclareceu que, caso a nulidade dos votos dados a candidatos com registro indeferido na eleição majoritária for superior a 50% da votação válida, deve ser realizada nova eleição, a teor do art. 224 do CE¹⁷⁵

Sintetiza seu pensamento na seguinte passagem:

Em outras palavras, para fins de proclamação do resultado da eleição majoritária, deverá a junta eleitoral, primeiramente, verificar se os votos dados a candidatos com registro até então indeferido superam os 50% (cinquenta por cento) da votação válida. Se superarem, não deverá a junta eleitoral proclamar eleito o candidato mais votado; do contrário, isto é, se não superarem, deverá a junta eleitoral proclamar eleito o candidato que obtiver a maioria da votação até então válida, sem prejuízo de nova proclamação futura, caso o candidato, que teve os seus votos àquela data considerados nulos, venha a obter o deferimento de seu registro e esse deferimento altere o resultado da primitiva proclamação¹⁷⁶.

Após, amplia o objeto do PA e debate os efeitos práticos decorrentes de eventual decisão de indeferimento do registro de candidato que tenha participado do segundo turno das eleições majoritárias. Considera que, antes de se empossar o candidato com maior número de votos válidos (que, no caso, perdeu no segundo turno), a justiça eleitoral deve verificar se a quantidade de votos por ele obtidos no primeiro turno seria suficiente para elegê-lo em primeiro turno ou se seria necessária a convocação do terceiro candidato mais votado para a realização de novo segundo

¹⁷⁴Ibidem. p. 9-10.

¹⁷⁵Ibidem. p. 13.

¹⁷⁶Ressalva, porém, que a renovação das eleições apenas seria cabível quando transitada(s) em julgado a(s) decisão(ões) indeferitória(s) de registro. Ibidem. p. 13.

turno¹⁷⁷.

Entende, ainda, que se no momento da posse do prefeito e do vice-prefeito a nulidade derivada de votos dados a candidatos com registros indeferidos atingir mais de 50% dos votos, deve o Presidente da Câmara Municipal assumir a chefia do executivo até que sobrevenha decisão definitiva nos processos de registro e o candidato seja diplomado pelo deferimento do registro ou se realizem novas eleições, se confirmada no tribunal *ad quem* a negativa de registro.

Por fim, concorda com a relatora em relação a terceira questão, pela impossibilidade de soma dos votos nulos dados a candidatos com registro indeferido com os votos nulos produtos da manifestação apolítica do eleitor¹⁷⁸.

O Ministro Carlos Ayres Britto apresentou seu voto tendo como base a ampliação da consulta feita pelo Ministro que o antecedeu, com a ressalva de que inverteu a ordem das questões para supostamente facilitar a compreensão da questão.

Inicialmente, diferencia os votos nulos dados a candidatos com registro indeferido e os votos nulos derivados de manifestação apolítica, sob a justificativa de representarem “grandezas ontologicamente distintas. Coisas heterogêneas”¹⁷⁹.

Na sua concepção, o voto propriamente nulo, salvo na hipótese de erro do eleitor, representa uma aversão deste aos candidatos registrados, um protesto contra a política ou mesmo contra a obrigatoriedade do voto. Representaria a efetiva vontade do eleitor, que, no caso, é a de não votar em nenhum dos candidatos disponíveis.

Diferente seria a nulidade ocasionada pelo indeferimento do registro de candidatura de determinado candidato. Neste caso, o voto dado pelo eleitor é inicialmente válido e se dirige a um candidato específico. Não há nenhuma aversão do eleitor à política ou aos candidatos nos quais poderá depositar seu voto. A nulidade não está na origem do voto, não é congênita; mas no destinatário do voto, superveniente, motivada por questões estranhas a vontade do eleitor, no caso, o

¹⁷⁷Propõe o ministro que o segundo turno seja desconsiderado e que se analise se o total de votos obtidos pelo candidato que obteve o maior número de votos válidos foi superior a cinquenta por cento dos votos válidos, ou seja, descontado os votos do candidato mais votado, cujo registro foi indeferido. *Ibidem*. p. 14.

¹⁷⁸*Ibidem*. p. 15.

¹⁷⁹*Ibidem*. p. 19.

indeferimento do registro do candidato. Sintetiza seu pensamento nos seguintes termos

no primeiro caso, há uma propositada desvalia na vontade eletiva do eleitor soberano, que não é dirigida a nenhum dos concorrentes, ou que é contra todos eles. No segundo, há uma desvalia no destinatário, que não pode receber os votos que lhe foram conferidos¹⁸⁰.

Isso posto, em resposta à primeira questão¹⁸¹, não admite que os votos propriamente nulos (o que denominou de “natinulos”) sejam somados aos votos cuja nulidade decorra de decisão negativa de registro de candidatura prevista no §3º do art. 175 do CE para determinar a renovação das eleições.

Quanto à primeira questão formulada no PA, entende que se o candidato, ele próprio, houver obtido mais de 50% dos votos válidos, a junta eleitoral não deve proclamar o resultado, pouco importando a causa de nulidade dos votos. Lembra a compreensão jurisprudencial de que o art. 224 seria “*condição de eficácia das eleições*”.

Não sendo eficaz, nenhum efeito pode produzir, impondo-se a realização da nova eleição como forma de conciliar o “*princípio da soberania popular com o critério de majoritariedade que é inerente à democracia*”. Defende o julgamento da prejudicialidade das demais votações e a comunicação ao TRE competente para que sejam realizadas novas eleições¹⁸².

Aproveita o ensejo para e destaca que não apenas a nulidade derivada do indeferimento do pedido de registro de candidatura provocará a realização de novas eleições. Atingido o patamar legal com votos nulos maculados pela nulidade congênita também deverão ser realizadas novas eleições, em razão da inadmissibilidade de que o Chefe do Executivo eleja-se “*contra a deliberada vontade soberana do corpo eleitoral de uma dada circunscrição federada*”¹⁸³.

Ato contínuo, questiona se a junta eleitoral deveria proclamar o resultado da eleição quando o candidato com registro indeferido *sub judice* vencedor do pleito não tenha alcançado 50% dos votos válidos. Responde de forma positiva, sem

¹⁸⁰Ibidem. p. 20.

¹⁸¹Correspondente à terceira questão na versão no questionário da relatora.

¹⁸²Ibidem. p. 21.

¹⁸³Ibidem. p. 21-22.

prejuízo de admitir a posterior alteração no quadro fático, em razão do deferimento de registro de candidatura que altere o resultado final do pleito. Admite, pois, a diplomação do candidato segundo colocado nas eleições, quando o candidato mais votado não obteve a maioria absoluta dos votos válidos e concorreu com o registro indeferido sub judice¹⁸⁴.

Passa, então, a discutir o momento a partir do qual surtiria efeito a decisão de indeferimento de registro para fins de aplicação do art. 224 do CE e como se procederia a eleição no segundo turno se a decisão de indeferimento do registro fosse prolatada no interstício entre os turnos.

Em relação ao momento de produção de efeitos da decisão que indefere o registro, entende ser inaplicável a hipótese o art. 15 da LCP 64/90¹⁸⁵. Defende a aplicação do art. 216 do CE¹⁸⁶, que não exige o trânsito em julgado da decisão para a produção de efeitos do art. 224 do CE, mas apenas que a questão seja apreciada pelo Tribunal Superior Eleitoral em recurso de sua competência¹⁸⁷.

Sobre os reflexos que tal decisão produzirá no segundo turno, inicialmente lembra que não há autonomia entre os turnos, mas continuidade. Por tal razão, os candidatos concorrentes no segundo turno, obrigatoriamente, deveriam ser os dois primeiros colocados no primeiro turno. Considera que a decisão de indeferimento de registro tem natureza meramente declaratória, devendo seus efeitos retroagir para o primeiro turno, de modo que a junta eleitoral refaça os cálculos da votação e dê o andamento pertinente (novas eleições, diplomação de candidato por ter alcançado a maioria absoluta dos votos válidos ou realização de segundo turno com os dois candidatos mais votados)¹⁸⁸.

Por fim, concorda com o Ministro Arnaldo Versiani no tocante ao exercício temporário da chefia do executivo pelo Presidente do Legislativo Municipal na hipótese de mais de 50% dos votos terem sido dados para candidatos sem

¹⁸⁴Ibidem. p. 22.

¹⁸⁵Art. 15. Transitada em julgado a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido. Veja-se que o PA foi decidido antes da edição da Lei Complementar nº 135/2010, razão pela qual se transcreve a redação originária do art. 15.

¹⁸⁶Art. 216. Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude.

¹⁸⁷Ibidem. p. 25.

¹⁸⁸Ibidem. p. 26.

registro¹⁸⁹.

O Ministro Marcelo Ribeiro, partindo da sequência de quesitos estabelecida no voto do Ministro Carlos Ayres Britto, inicialmente concordou que os votos nulos dados a candidatos sem registro não se somam àqueles derivados de manifestação apolítica do eleitor para fins de renovação da eleição. Afirma ser esse o entendimento pacífico na Corte e pontua que “*é sempre boa a interpretação que dê mais efetividade à eleição. Essa soma levaria a que se anulassem mais eleições, também.*”¹⁹⁰.

Adere ao entendimento que defenda a impossibilidade de se proclamar eleito o candidato com a maioria dos votos válidos quando a maioria absoluta dos votos for nula.

Após, passa a tecer longos comentários sobre o momento a partir do qual eventual decisão indeferitória do registro passaria a produzir seus efeitos para todos os fins. Lembra que o entendimento vigente na corte seria de que a negativa de registro pela ausência de condição de elegibilidade produziria todos seus efeitos a partir da decisão do TSE, inclusive para realização das novas eleições; ao passo que no caso de negativa do pedido de registro pela presença de causa de inelegibilidade, exigia-se o trânsito em julgado da decisão, pela aplicação do art. 15 da LCP 64/90¹⁹¹.

Afirma que evoluiu seu pensamento para admitir que é irrelevante se a negativa do registro deve-se à falta de condição de elegibilidade ou à presença de causa de inelegibilidade, pois essa distinção poderia causar situações paradoxais no sistema. Exemplifica o tratamento mais gravoso que seria dado ao candidato que presta declarações fora do prazo legal (condição de elegibilidade) em relação ao candidato cujas contas foram rejeitadas por vício insanável (causa de inelegibilidade). Admite, pois, que em ambos os casos a decisão de negativa do registro produza seus regulares efeitos após ser apreciada pelo TSE.

Após os debates, acordam os ministros no sentido de que a “*a decisão sobre registro de candidatura produz todos os seus regulares efeitos após pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral em recurso de sua competência, o que inclui os*

¹⁸⁹Ibidem. p. 26.

¹⁹⁰Ibidem. p. 31.

¹⁹¹Ibidem. p. 33-35.

*embargos.*¹⁹².

Já em relação à possibilidade de se diplomar candidato sem registro deferido, não houve consenso entre os ministros. Prevaleceu o entendimento de que não seria possível a diplomação do candidato, sendo irrelevante o motivo do indeferimento do registro. Vencido, no ponto, o Ministro Marcelo Ribeiro, para quem o candidato com registro indeferido *sub judice* deveria ser diplomado se ainda não houvesse manifestação do TSE sobre o pedido do registro¹⁹³.

Afirma que tal entendimento já fragiliza a literalidade do art. 15 da LCP 64/90, que exige o trânsito em julgado, mas que não poderia fazer maiores concessões hermenêuticas, dado o percentual considerável de decisões dos regionais que são reformadas pelo Tribunal Superior. Aduz que “*por ficção legal, antes do trânsito em julgado, não há indeferimento de registro; ele está[ria] deferido por ficção legal até o trânsito em julgado*”¹⁹⁴.

Esta argumentação é rebatida pelo Ministro Arnaldo Versiani, para quem a natureza trifásica do processo eleitoral (registro, diplomação e voto), impediria que alguém avançasse para a fase subsequente sem superar a antecedente, ou seja, que algum candidato fosse diplomado sem que tenha o registro de candidatura deferido. A tal compreensão aderiu o Min. Ayres Britto¹⁹⁵.

Destacou o Ministro Arnaldo Versiani, no que também foi seguido pelo Ministro Carlos Ayres Britto¹⁹⁶, que até haveria lógica se a tese defendida pelo Ministro Marcelo Ribeiro fosse aplicada ao candidato cujo registro encontra-se deferido. Nesta situação, o candidato seria diplomado e eventual reforma da decisão que indeferiu o registro apenas surtiria seus regulares efeitos após transitada em julgado, resultando na anulação do diploma antes concedido¹⁹⁷.

O Ministro Marcelo Ribeiro cita que a sua tese é sufragada pela Corte eleitoral desde o ano de 1990. A título de exemplo, transcreve-se

¹⁹²Ibidem. p. 36.

¹⁹³Ibidem. p. 36-37.

¹⁹⁴Ibidem. p. 38.

¹⁹⁵Ibidem. p. 39.

¹⁹⁶Em seu voto, este Ministro afirma que “*não é possível avançar nas fases do processo eleitoral sem que se cumpra a fase antecedente*”; *passsei a explicar que 'somente se proclama eleito o candidato registrado' - só pode ser diplomado candidato eleito candidato proclamadamente eleito; e, terceiro, disse que 'só pode ser empossado aquele que foi diplomado*”.

¹⁹⁷Ibidem. p. 39-40.

AAG - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
nº 6501 - Brasília/DF

[...]

- Conforme estabelece o art. 15 da LC 64/90, o exercício do mandato eletivo fica assegurado, enquanto não se der o trânsito em julgado da decisão que declara a inelegibilidade. Precedentes do TSE.

- Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

- Agravo regimental a que se nega provimento.

Para o Ministro Marcelo Ribeiro, o cerne da controvérsia diria respeito a possibilidade de se diplomar candidato com registro indeferido em razão da presença de causa de inelegibilidade. Entende que, neste caso, nada obstante a lei exija o trânsito em julgado da negativa do registro, admite que a manifestação do TSE que a confirme seria bastante para negar o diploma àquele candidato. Assim, ainda que tenha concorrido com o registro indeferido sub judice, enquanto não houver manifestação da Corte eleitoral, seria plenamente possível a diplomação deste candidato, inclusive admitido pela jurisprudência histórica da Corte¹⁹⁸.

Em seu voto, o Ministro Eros Roberto Grau, inicialmente, assentou que não se confundem as nulidades derivadas da votação conferida a (a) candidato com registro indeferido, (b) da manifestação apolítica e (c) da captação ilícita de sufrágio, do abuso de poder ou da prática de condutas vedadas. Segundo sustenta, inexistiria superposição entre tais nulidades, pois diversos os momentos em que elas ocorreriam¹⁹⁹.

Utilizando-se da sistematização feita pelo ministro Ayres Britto, passou a responder as indagações.

Primeiro, negou a possibilidade de se somar os votos dados a candidato sem registro ou inelegível com os votos nulos derivados de manifestação apolítica²⁰⁰. Já em relação à segunda questão, não admite a proclamação ou diplomação de nenhum candidato se mais de cinquenta por cento dos votos forem nulos ou tiverem sido anulados.

Sobre a possibilidade de proclamação do resultado da eleição quando candidato com registro indeferido sub judice conquista menos de 50% dos votos,

¹⁹⁸Ibidem. p. 42.

¹⁹⁹Ibidem. p. 44.

²⁰⁰Ibidem. p. 45.

apresenta duas sugestões: a) caso na data da eleição esteja com o registro indeferido, não poderá ser proclamado eleito nem diplomado, ressalvada decisão posterior concessiva do registro; b) se tiver o registro deferido na data da eleição, será proclamado eleito, diplomado e exercerá o mandato até que sobrevenha decisão posterior que indefira o registro, que culminará no cancelamento do diploma, exigindo-se o trânsito em julgado se o indeferimento for motivado em causa de inelegibilidade²⁰¹.

Da resposta à terceira questão, decorre a da quarta e da quinta. Naquele caso, o pedido de registro deferido é pressuposto para diplomação. Neste caso, se o pedido de registro foi inicialmente indeferido, a decisão definitiva em sentido contrário opera como condição suspensiva; porém, se o registro estava deferido inicialmente e a decisão definitiva indefere-o, opera como condição resolutiva.

Ato contínuo, quanto à aplicabilidade do art. 224 do Código Eleitoral para o segundo turno, antevê a existência de duas situações diferentes. Se mais de 50% dos votos forem nulos em razão de manifestação apolítica do eleitorado, defende a realização de nova eleição²⁰².

Todavia, se a nulidade derivar de votos dados a candidato inelegível ou não registrado, seria necessário a contabilização para ver se neste caso os votos superam cinquenta por cento dos votos válidos. Se afirmativo, aplica-se o art. 224. Se negativo, procede-se à realização do segundo turno, desconsiderando-se o candidato com registro agora indeferido.

Por fim, entende que o Presidente da Câmara municipal deverá tomar posse se até este momento nenhum candidato for proclamado eleito e diplomado em razão de mais de cinquenta por cento dos votos válidos terem sido dados a candidato sem registro²⁰³.

Em ratificação de seu voto, o Ministro Marcelo Ribeiro reforça mais uma vez o entendimento consolidado da jurisprudência no sentido de que apenas no caso de incidência de causa de inelegibilidade exigir-se-ia o trânsito em julgado da decisão que indefere o registro, embora admita que se mude o marco para o mero pronunciamento do TSE no caso de eleição municipal. Não considera, porém,

²⁰¹Ibidem. p. 46-47.

²⁰²Ibidem. p. 48.

²⁰³Ibidem. p. 48.

aceitável que um mandato obtido nas urnas seja desconstituído por decisão de juiz singular ou de tribunal regional que indefira o registro de candidatura, nomeadamente pela instabilidade que decisão em contrária eventualmente proferida pelo TSE poderia causar no cenário político municipal. Assim, sintetiza seu voto²⁰⁴:

1. O candidato que obteve mais de 50% dos votos válidos e que esteja com o seu registro indeferido, em razão de ausência de condição de elegibilidade ou existência de inelegibilidade, não deverá ser proclamado eleito e diplomado se a decisão indeferitória houver sido adotada ou confirmada pelo TSE. Se a diplomação ocorrer antes que a Corte Superior se manifeste sobre o pedido de registro, deverá ser diplomado o eleito, mesmo com o registro indeferido. Julgado o recurso pelo TSE, se a decisão for desfavorável àquele que foi diplomado, tal decisão deverá gerar as consequências naturais.
 2. Na hipótese do item anterior, após a decisão do TSE no sentido de indeferir o registro, deverá ser aplicado, de imediato, o disposto no art. 224 do Código Eleitoral, realizando-se novas eleições. Nessa hipótese, deverá assumir interinamente o cargo o Presidente da Câmara Municipal.
 3. Não tendo o candidato, eleito, mas com o registro indeferido por decisão do TSE, obtido mais de 50% dos votos válidos, deverá ser proclamado eleito e diplomado o segundo colocado no pleito, sem prejuízo de possível modificação da situação, caso o primeiro colocado tenha o seu registro deferido posteriormente. Se a diplomação ocorrer antes da decisão do TSE, deverá o eleito, mesmo com o registro indeferido, ser diplomado, observando-se o que dito por ocasião da resposta ao item 1.
 4. Nos municípios com mais de 200 mil eleitores, cujo candidato vencedor do pleito majoritário tenha seu registro indeferido pelo TSE, deverá ser observada a votação obtida no primeiro turno, para efeito da aplicação do disposto nos itens anteriores. Nessa hipótese, deverá ser considerada a votação dos demais candidatos, para fins de verificar se haverá, ou não, necessidade de realização de novo segundo turno entre os dois primeiros colocados.
 5. Os votos dados a candidatos com registro indeferido são considerados nulos. Tais votos, contudo, não se somam aos votos nulos resultantes da dita manifestação apolítica dos eleitores, para os fins do art. 224 do Código Eleitoral.
- É como voto²⁰⁵..[...]

Em aditamento de voto, o Ministro Arnaldo Versiani retoma a discussão

²⁰⁴Ibidem. p. 57-58.

²⁰⁵Anote-se que a posição defendida pelo Ministro Marcelo Ribeiro é diversa daquela defendida pelos demais Ministros que até então se manifestaram. Estes, sob a justificativa de que o processo eleitoral seria composto de fases sucessivas e obrigatórias (registro – eleição – diplomação, não admitem em qualquer hipótese a diplomação de candidato com registro indeferido. Já o Ministro Marcelo Ribeiro, ancorada na presunção de elegibilidade, admite a diplomação de candidato com registro de candidatura indeferido sub judice, contanto que o indeferimento tenha sido motivado por causa de inelegibilidade e sobre ela ainda não tenha se manifestado o TSE.

quanto aos efeitos da decisão que declara a inelegibilidade, prevista no art. 15 da LCP 64/90 (redação original, lembra-se). Destaca as diversas interpretações que já foram dadas ao dispositivo na jurisprudência histórica da Corte e que o atual entendimento vigente seria de que o artigo apenas se aplica às causas de inelegibilidade, não se aplicando às condições de elegibilidade²⁰⁶.

Ressalva, porém, que na sua compreensão a melhor interpretação dada àquele dispositivo foi feita pelo Ministro Néri da Silveira no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 36. Em seu voto, este Ministro destacou que da exigência de trânsito em julgado da decisão de negativa de registro por incidência de causa de inelegibilidade não decorre a autorização para que o candidato cujo registro encontra-se *sub judice* seja diplomado enquanto não transitada em julgado a decisão.

O avanço no processo eleitoral pressuporia seja vencida a fase antecedente. Logo, não tendo o registro de candidatura deferido, não poderia o candidato ser diplomado. Haveria, no caso, um direito líquido e certo a não ter cassado o seu registro enquanto não transitada em julgada a decisão de inelegibilidade; desse direito, contudo, não decorreria direito líquido e certo à diplomação. Em suma, o candidato permaneceria numa espécie de limbo jurídico: o seu registro não seria cassado, mas ele não poderia ser diplomado enquanto não sobrevier decisão definitiva concessiva do registro.

Em reforço a essa tese, o Ministro Arnaldo Versiani lembra que não existe nenhum dispositivo na legislação eleitoral autorizativo da diplomação do candidato cujo registro encontrava-se indeferido, pela razão que o for. Ao contrário, há apenas o art. 175, §3º, do CE que afirma a nulidade dos votos conferidos a candidatos inelegíveis ou não registrados. Esclarece que o art. 15 citado apenas asseguraria a intangibilidade das duas fases nele previstas – registro e diplomação – sem, contudo, assegurar o avanço para a fase seguinte quando a anterior não estava aperfeiçoada²⁰⁷.

Ainda, pontua que a realização das eleições seria um divisor de águas no processo eleitoral. Na fase registral existiria uma presunção pró-candidato,

²⁰⁶Ibidem. p. 59-60.

²⁰⁷Ibidem. p. 61.

admitindo-se que o candidato participe do processo eleitoral por sua conta e risco, mesmo que o seu registro de candidatura estivesse indeferido. Já após aquele marco, na fase de diplomação, surge uma fase pró-sociedade, que apenas admitiria a diplomação dos candidatos cujo registro de candidatura fosse deferido e que estivessem aptos para exercer o mandato eletivo²⁰⁸.

Por fim, o Ministro Joaquim Barbosa adere ao entendimento do Ministro Marcelo Ribeiro na aplicação do art. 15 da LCP 64/90, em relação à exigência de que o TSE se manifeste sobre a negativa do registro de candidatura para que ela surta efeitos, tanto no caso de condição de elegibilidade como no caso de causa de inelegibilidade. Além disso, entende que a chefia do executivo municipal ficaria a cargo do presidente da Câmara de Vereadores enquanto não renovadas as eleições com fundamento no art. 224 do CE²⁰⁹.

Sobre a primeira questão²¹⁰ entende que os votos podem ser divididos em duas classes: votos válidos e votos não válidos. Os votos não válidos subdividir-se-iam ainda em três outras espécies: brancos, nulos por manifestação apolítica e nulos conferidos a candidatos *sub judice*²¹¹.

Destaca a relativa dificuldade de se precisar o percentual exato de votos nulos conferidos a candidatos *sub judice*, em razão de cômputo da votação apresentarem sob a mesma rubrica de votos não válidos as três espécies acima citadas²¹².

Propõe que sejam feitos dois cálculos para a obtenção do percentual a que corresponde a votação dada a determinado candidato *sub judice*. Inicialmente, seria necessária a obtenção dos “votos válidos em tese”, mediante a soma dos votos anulados (leia-se anuláveis) do candidato a prefeito *sub judice* e dos votos válidos (dados a candidatos com registro deferido).

Após, de posse deste número, seria necessária a realização de uma regra de três em que se multiplicaria os votos dados ao candidato primeiro colocado nas

²⁰⁸Ibidem. p. 62.

²⁰⁹Ibidem. p. 74-75.

²¹⁰A primeira questão que o Ministro Joaquim Barbosa refere-se não é a primeira questão do PA, mas sim a primeira questão da ordem por ele citada na fl. 73, ou seja, a seguinte pergunta: “Os votos nulos dados aos candidatos sem registro ou inelegíveis somam-se aos votos nulos derivados de manifestação apolítica?”

²¹¹Ibidem. p. 75.

²¹²Ibidem. p. 76.

eleições por cem e, posteriormente, dividir-se-ia esse resultado pelo número de votos válidos em tese. Assim seria possível descobrir se o candidato com registro indeferido *sub judice* obteve mais de cinquenta por cento dos votos válidos²¹³.

Por fim, conclui no sentido de que os votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor somam-se aos votos dados a candidatos com registro indeferido para fins de incidência do art. 224²¹⁴.

4.2 Considerações preliminares sobre a decisão

Concluído o julgamento, as perguntas e respostas formuladas na consulta foram assim respondidas:

1º) Mesmo em havendo mais de cinquenta por cento de votos nulos no município, deve a Junta Eleitoral proclamar eleito o candidato que obteve a maioria dos votos válidos, não computados os votos nulos e os votos em branco, nos termos do art. 29, II c/c o art. 77, § 2º, da Constituição Federal?

A Junta Eleitoral deve proclamar eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos válidos, não computados os votos nulos e os em branco. Todavia, não há prejuízo de que nova proclamação seja feita em razão de superveniente deferimento do registro de candidato que se encontrava *sub judice*.

2º) Em caso de resposta negativa, na indagação anterior, aplica-se à hipótese o art. 224 do Código Eleitoral, realizando-se novas eleições?

Prejudicada pela resposta da primeira questão

3º) Em sendo desprovidos os recursos interpostos pelos candidatos a cargo majoritário que concorreram ao pleito na condição de candidatos *sub judice* (com pedido de registro indeferido pelo Juiz Eleitoral e decisão mantida pelo TRE, mas com recurso pendente de julgamento no TSE), os votos nulos provenientes da votação auferida por esses candidatos se somam aos votos nulos resultantes da manifestação apolítica dos eleitores (digitação em número de candidato inexistente, voluntariamente ou por equívoco) para os fins do art. 224 do Código Eleitoral?

Os votos dados a candidatos cujos registros encontravam-se *sub judice*, tendo sido confirmados como nulos, não se somam, para fins de novas eleições (art. 224, CE), aos votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor.

Nada obstante esta tenha sido a ementa do acórdão do Processo administrativo, a leitura do extrato da ata da última sessão de julgamento, leva-nos a conclusão de que a matéria decidida pela Corte Eleitoral foi mais ampla do que

²¹³Ibidem. p. 77.

²¹⁴Ibidem. p. 77.

aquilo que constou da ementa do acórdão²¹⁵. Veja-se a íntegra da decisão:

O Tribunal, por maioria, respondeu negativamente à primeira questão, vencido o Ministro Joaquim Barbosa; por unanimidade, respondeu negativamente à segunda e afirmativamente à terceira; também por unanimidade, respondeu negativamente à quarta, com a ressalva do Ministro Marcelo Ribeiro; quanto à quinta questão, por maioria, respondeu que se aplica, por analogia, o artigo 216 do Código Eleitoral, vencido o Ministro Eros Grau, nos termos do seu voto; por unanimidade, respondeu afirmativamente à sexta, com a ressalva do Ministro Eros Grau e, por maioria, respondeu afirmativamente à sétima, vencidos parcialmente os Ministros Joaquim Barbosa e Marcelo Ribeiro.

De forma sistematizada, as perguntas foram assim respondidas:

1ª. Os votos nulos dados aos candidatos sem registro ou inelegíveis somam-se aos votos nulos derivados de manifestação apolítica?
Negativo.

2ª. Havendo mais de 50% de votos nulos, deve a junta eleitoral proclamar eleito o candidato que obteve a maioria dos votos válidos?
Negativo.

3ª. Pode a junta eleitoral proclamar o resultado da eleição quando haja candidato com registro indeferido *sub judice*, mas cuja votação não alcance 50% dos votos válidos?
Afirmativo.

4ª. Pode-se diplomar candidato sem registro de candidatura?
Negativo.

5ª. A partir de qual momento a decisão sobre o registro dos candidatos deve surtir os seus efeitos, acarretando, se for o caso, a realização de novo pleito (art. 224 do CE)?
Após pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral em recurso de sua competência, incluindo embargos, por aplicação analógica do art. 216.

6ª. O art. 224 do CE aplica-se ao segundo turno de votações?
Afirmativo.

7ª. Como proceder se, até a posse, mais de 50% dos votos forem dados a candidato sem registro?

O Presidente da Câmara Municipal assume a chefia do executivo de forma provisória.

Antes, contudo, de se adentrar à questão de fundo, algumas considerações precisam ser feitas, sob pena de não ser compreendida com exatidão a decisão tomada.

Primeiramente, deve-se destacar que não há contradição entre a ata de julgamento e a ementa do acórdão, o que poderia ser indicado pelo fato de que no acórdão foi mencionado que o Tribunal respondeu positivamente à primeira pergunta

²¹⁵Ibidem. p. 78.

enquanto a ata do julgamento afirma que a resposta teria sido negativa.

Essa diferença deve-se ao fato de que a ordem das perguntas na ementa do acórdão e da ata de julgamento são diversas: naquela observou-se a ordem tal como formulada na consulta, enquanto que na ata de julgamento observou-se as perguntas e a ordem estabelecida pelo Ministro Carlos Ayres Britto em seu voto, cuja sistematização pode ser encontrada voto do Ministro Joaquim Barbosa, nas páginas 73 e 74 do PA.

Outra aparente contradição pode ser constada entre resposta dada à questão 1 do acórdão e a resposta dada às questões 2 e 3 da ata de julgamento. Naquela admitiu-se a diplomação do candidato que obtiver a maioria dos votos válidos ainda que mais de cinquenta por centos dos votos sendo nulos; nesta, no mesmo contexto, respondeu-se negativamente à possibilidade de diplomação.

O Ministro Arnaldo Versiani destaca que se a nulidade dos votos dados a candidatos *sub judice* for superior a 50% dos votos válidos, impõe-se a realização de novas eleições, exigido o trânsito em julgado (fl. 13) . Acrescenta o Ministro Carlos Ayres Britto que esse raciocínio é aplicável quando o candidato com registro indeferido, ele próprio, alcança mais da metade dos votos válidos ou quando qualquer uma das categorias de nulidades, isoladamente, atinge mais de 50% dos votos.

Portanto, não será possível a diplomação do candidato mais votado, devendo-se realizar novas eleições quando: a) a nulidade derivada de manifestação apolítica atinge 50% dos votos; b) a nulidade derivada de manifestação apolítica não atinge 50% dos votos, mas mais de 50% dos votos válidos são nulos, pois foram dados a candidato[s] com registro[s] indeferido[s]. Nota-se que os parâmetros de aferição do percentual de votos nulos são diversos: naquele caso, considera-se a totalidade dos votos; neste, apenas os votos válidos.

Por tal razão, parece-nos que contradição, se há entre as respostas, é meramente aparente. Quando a relatora admite a diplomação do candidato registrado com maior votação, conquanto mais de cinquenta por cento dos votos sejam nulos, refere-se à situação em que nenhuma das categorias de nulidade, isoladamente, atinja mais 50% dos votos, mas a soma das diversas categorias de

votos nulos ultrapassa esse percentual. Esse entendimento, aliás, é consentâneo com a resposta dada pela relatora à terceira indagação feita na consulta, pela impossibilidade de se somar os votos nulos em razão de manifestação apolítica com os votos nulos pela incidência do art. 175, §3º, do CE.

Cita-se como exemplo hipotético determinado município em que 30% dos votos foram considerados nulos em razão de manifestação apolítica. O candidato mais votado da municipalidade obteve 40% dos votos válidos, que representa 28% do total de votos da circunscrição. Somando-se os dois percentuais, verifica-se que 58% dos votos da municipalidade são nulos. Todavia, visto que nenhuma das categorias alcançou o montante de 50% de votos, será diplomado o candidato mais votado que esteja com o registro deferido.

Aparentemente, a confusão deve-se ao fato de que a relatora não desmembrou a questão posta, exigindo que o raciocínio fosse deduzido [ou quase criado] pelo leitor do acórdão. A forma como os Ministros Arnaldo Versiani e Ayres Britto expuseram a situação, desmembrando-a nos questionamentos 2 e 3, torna a sua compreensão mais clara e fácil.

Por fim, importa ainda definir qual a extensão da decisão tomada no processo administrativo seria hábil para formar o precedente. Em apressada análise, natural imaginar que apenas as questões expressamente respondidas na ementa do acórdão seriam relevante para a formação do precedente, o que limitaria a decisão apenas às questões originais da consulta.

Todavia, não parece razoável essa conclusão. Inobstante omitidas algumas respostas no acórdão, quando comparado à ata de julgamento, a ampliação do objeto da consulta foi fundamental para a correta solução da situação posta à análise do TSE. Ademais, o intenso debate que se fez em torno destas questões ditas periféricas, superior inclusive àquele realizado acerca das questões principais, impossibilita que sejam aquelas consideradas como elementos irrelevantes para a solução do problema (“*obiter dictum*”).

Tais questões integram a decisão da Corte Eleitoral, ainda que não destacadas no acórdão, e têm a clara função de delimitar e orientar os órgãos integrantes da justiça eleitoral na aplicação do precedente. Não são pontos

estranhos, de menor importância, em relação às questões principais, Ao revés, constituem a razão de decidir (“*ratio decidendi*”) do acórdão prolatado, pela sua inquestionável importância na decisão tomada. São a ponte entre a consulta feita e a decisão tomada: atravessar a ponte é imprescindível para justificar a conclusão tomada.

4.3 Consequência prática da decisão do Tribunal Superior Eleitoral

Feitas estas três rápidas considerações preliminares, passa-se a análise das consequências práticas da decisão tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral. Sem sombra de dúvida, duas eram as principais questões em debate neste Processo Administrativo: a) quais votos nulos são idôneos para determinar a renovação das eleições previstas no art. 224 do CE; e b) a viabilidade de candidato que não tenha sido o mais votado nas eleições ser diplomado e assumir o mandato, ainda que temporariamente e sob condição resolutive.

No que tange à renovação da eleição, a afirmação de que existem duas categorias de nulidades, cujas causas, parâmetros e momentos de incidências sejam diversos, pode gerar situações um tanto quanto complexas para os atores envolvidos no processo eleitoral, em especial o eleitor.

Estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral²¹⁶ indicam que os votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor (votos nulos e votos em branco), somados às abstenções, representaram 27,04%²¹⁷ nas eleições de 2014²¹⁸, 25,46%²¹⁹ nas eleições de 2012²²⁰; e 25,27%²²¹ nas eleições de 2010²²². De tais

²¹⁶Nem todos os dados a seguir expostos estão compilados e de são de fácil verificação pelo leitor. Para os dados cujo resultado decorreu de alguma operação matemática, foram utilizadas as seguintes fórmulas para obtenção da representação proporcional em relação ao total de votos da circunscrição: “Abstenção = (Abstenção * 100) / Qt Aptos”; “Votos em branco = (Qt Votos em Branco * 100) / Qt Aptos”; e “Votos nulos = (Qt Voto Nulos * 100) / Qt Aptos”.

²¹⁷Somatório dos seguintes valores: 18,12% de abstenção; 3,42% de votos em branco; e 5,5% de votos nulos.

²¹⁸Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/informacoes_dados_estatisticos_eleicoes_2014_web.pdf>. Acesso em: 17/10/2016.

²¹⁹Somatório dos seguintes valores: 16,41% de abstenção; 2,74% de votos em branco; e 6,31% de votos nulos.

²²⁰Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2012-1/estatisticas-eleitorais-2012>> e <<http://www.tse.jus.br/hotSites/estatistica2012/quadro-votacao.html>>. Acesso em: 17/10/2016.

²²¹Somatório dos seguintes valores: 18,21% de abstenção; 2,56% de votos em branco; e 4,50% de votos nulos.

²²²Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2010/estatisticas>>.

dados, obtém-se a média de 25,92% nas últimas três eleições.

Tomada a universalidade do eleitorado de determinada circunscrição eleitoral, desconta-se deste número a média de votos nulos por manifestação apolítica e de abstenções, doravante denominados de votos insubsistentes²²³, e se obtém o montante de 74,07% de votos válidos. Em nosso povoado imaginário de 1000 eleitores, restariam 740 votos válidos. Como o montante de votos nulos decorrentes de manifestação apolítica não ultrapassou 50% da totalidade dos votos, inviável falar-se em renovação das eleições.

De posse do número de votos válidos, será necessária a realização de novos cálculos para verificar se a nulidade dos votos dados a candidato[s] com registro[s] indeferido[s] não supera 50% [dos votos válidos]²²⁴. Suponhamos que em nosso povoado, seis cidadãos concorreram às eleições para gestor municipal. O candidato mais votado, cujo registro de candidatura estava indeferido *sub judice*, obteve 40% dos votos válidos; as votações dos demais candidatos, todos com registro de candidatura deferido, foram de 25%, 20%, 7%, 5%, 3% da votação válida.

Nos termos da decisão tomada pelo TSE não seria possível a renovação das eleições, na medida em que menos de 50% dos votos válidos estariam gravados de nulidade. Ainda conforme a decisão mencionada, o candidato que obteve 25% dos votos válidos, com registro deferido, será diplomado e exercerá o mandato enquanto não sobrevier eventual decisão de concessão de registro de candidatura ao candidato mais votado ou não sejam reformadas decisões concessivas de registros a outros candidatos, de modo que mais da metade dos votos válidos sejam nulos, o

Acesso em: 17/10/2016.

²²³Diz-se “insubsistentes” sob a ótica de que a manifestação destes eleitores não tem valor algum para o processo eleitoral. Não se está com isso a dizer que a abstenção tenha a mesma natureza jurídica do voto nulo por manifestação apolítica. Todavia, nada obstante sejam “categorias ontologicamente distintas”, em ambos os casos, inegavelmente, percebe-se a característica comum do inconformismo do eleitorado com as opções em que poderá depositar seu voto ou, pelo menos, o desprestígio do processo eleitoral, a denotar certa falta de esperança com as estruturas postas.

²²⁴É importante lembrar que, nos termos da decisão tomada pelo TSE, o montante percentual da nulidade por manifestação apolítica e da nulidade decorrente de indeferimento de registro de candidatura utiliza parâmetros diferentes. Naquele caso, utiliza-se a totalidade de votos (denominado nas estatísticas de “Qt Aptos” - leia-se conjunto total de eleitores aptos a votar) ao passo que neste caso utiliza-se como parâmetro o número de votos válidos, obtido da subtração das abstenções, dos votos nulos e dos votos em branco da totalidade de votos. A relação apresentada aqui em diante entre o percentual de votos nulos pela aplicação do art. 175, §3º, do CE e a totalidade de votos da circunscrição eleitoral tem como finalidade demonstrar a relação inversamente proporcional entre esta nulidade e representatividade.

que determinará a realização de novas eleições.

A solução parece simples: caso a nulidade com fundamento no art. 175, §3º, do CE não ultrapasse 50% dos votos válidos, diploma-se e se empossa o candidato com registro deferido que obtiver a maior votação, ainda que este não tenha vencido a eleição. A questão, porém, merece um pouco mais de reflexão. Numa primeira e rápida observação dir-se-ia que na situação descrita no parágrafo antecedente o processo eleitoral teria transcorrido de forma absolutamente regular e que o resultado da eleição seria não mais que o produto da vontade do eleitorado.

A utilização do verbo no futuro do pretérito, no caso, não se deve a mau uso do vernáculo, mas ao fato de que uma análise um pouco mais profunda da situação tende a afastar a presunção exposta.

A segmentação das nulidades eleitorais em categorias torna irrelevantes juridicamente vícios, que, no conjunto, tem o condão de demonstrar a fragilidade do processo eleitoral e pôr em xeque a representação e legitimidade do mandatário empossado.

Em nosso exemplo hipotético acima descrito, além de 25,92% dos votos serem insubsistentes, outros 29,63% dos votos são nulos por terem sido dados a candidato com registro indeferido²²⁵. Do somatório de ambos os percentuais, tem-se que 55,55%, o que representa em nosso povoado hipotético 555 eleitores de um total de 1000, não tiveram voz no processo eleitoral. Parece um tanto quanto difícil falar-se em representatividade e legitimidade quando mais da metade da comunidade que elege o representante não produz influência alguma no processo eleitoral.

A argumentação de que o elevado percentual de 55,55% seria motivado única e exclusivamente pelo fato de que o candidato com registro indeferido fez uma votação muito significativa não é defensável. Isso pode ser facilmente compreendido pela realização da operação matemática de forma inversa.

Tendo como ponto de partida o percentual de votos válidos em comparação ao total de votos, se a nulidade dos votos dados a candidato[s] com registro[s] indeferido[s] ultrapassar o montante de 32,05% dos votos válidos, tem-se que mais

²²⁵Este percentual é obtido pela multiplicação da votação de candidato[s] com registro indeferido[s], que no caso é 40%, por 0,7408 (obtido da divisão do total de votos válidos pelo total de votos).

da metade dos eleitores estaria alijada dos rumos tomados pela coletividade²²⁶.

A matemática não permite que sejamos iludidos: considerados os percentuais históricos de votos “insubsistentes”, se pouco mais de $\frac{1}{4}$ dos votos válidos forem dados a candidatos com registro indeferido, mais da metade do corpo eleitoral não terá tido influência alguma na escolha do representante.

Não se quer com isso dizer que abstenção, voto nulo por manifestação apolítica, voto nulo por força do art. 175, §3º, do Código Eleitoral e voto nulo por abuso de poder econômico ou desvio ou abuso de poder de autoridade (art. 237 do CE) sejam a mesma coisa. Como, aliás, dito pelo Ministro Carlos Ayres Britto são “grandezas ontologicamente distintas”²²⁷.

Neste momento, porém, deve-se lembrar que os objetivos do processo eleitoral são essencialmente dois: a) resguardar o livre e desembaraçado exercício do sufrágio; e b) assegurar a representatividade do regime democrático, possível por meio da eleição daqueles que efetivamente representem e advoguem os interesses da comunidade.

A compreensão do processo eleitoral não como um fim em si mesmo, tal como um modelo “autopoiético”, mas como um instrumento voltado para atingir determinados e precisos fins deve orientar a interpretação dos dispositivos legais. O art. 224 do CE não autoriza que o intérprete faça ressalvas quanto ao somatório de todos os votos nulos para fins de renovação das eleições. Limita-se a estabelecer que “*Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos [...] julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição [...]*”.

Com o devido respeito à decisão do TSE, não nos parece possível a compartimentação das nulidades em categorias e a interpretação do dispositivo legal de modo que a renovação das eleições somente ocorra se alguma categoria, isoladamente, ultrapassar mais de 50% dos votos válidos.

Primeiro porque essa interpretação não encontra amparo legal. Na defesa da interpretação feita pelo TSE, o Ministro Marcelo Ribeiro pontuou ser “*sempre boa a*

²²⁶O percentual de 32,05% é obtido pela seguinte fórmula “ $24,08 = (x.74,08)/100$ ”, onde: a) 24,08 representa a diferença entre 50% do total de votos e o percentual de votos insubsistentes; b) 74,08 representa a diferença entre a totalidade de votos e o percentual de votos insubsistentes; e c) 100 representa a totalidade de votos.

²²⁷Ibidem. p. 19.

interpretação que dê mais efetividade à eleição. Essa soma levaria a que se anulassem mais eleições, também". Esse argumento, eminentemente consequencialista, seria defensável se efetividade da eleição tivesse como contraponto anulação das eleições.

Data vênia, não parece que a efetividade das eleições tenha relação alguma como a sua não anulação. A efetividade das eleições está direta e intrinsecamente relacionada com as já mencionadas finalidade do processo eleitoral, notadamente a garantia do direito de sufrágio e da legitimidade e representatividade do candidato eleito.

De fato, segmentar as nulidades em categorias reduz sensivelmente o número de eleições a serem anuladas, como bem ressaltado pelo Ministro. O inconveniente é o preço a ser pago para tanto: à custa da efetividade do voto e da representatividade do mandatário eletivo. Quanto mais se divide os votos nulos em categorias tanto mais difícil será que alguma delas, isoladamente, atinja o percentual de renovação das eleições.

A suposta irrelevância de cada uma dessas categorias, consideradas individualmente, pode mascarar o impacto que elas causam se observadas no conjunto. Adotado o parâmetro histórico de votos insubsistentes acima mencionado (25,92%), a realização de novas eleições somente ocorrerá quando ao menos 62,96%²²⁸ da comunidade não tiver considerada a sua opinião no processo eleitoral, o que parece destoante com um sistema que afirma a obrigatoriedade do voto e pune aqueles que não cumprirem seu dever cívico.

Assim sendo, numa eventual situação hipotética em que 49% dos votos válidos sejam anulados por aplicação do art. 175, §3º, do CE, formalmente o processo eleitoral será válido e terá cumprido seu objeto, ainda que mais de 60% do eleitorado local não o tenha influenciado de qualquer forma.

A se entender efetividade da eleição como eleição não anulada tem sentido o raciocínio da estratificação das nulidades. Todavia, na medida em que se vislumbra a eleição sob o prisma de sua finalidade, que é notadamente aglutinar a vontade coletiva e legitimar o mandatário eleito, não faz muito sentido aquela compreensão.

²²⁸Como a totalidade de votos válidos representa 74,08% dos votos totais, cinquenta por cento disso representa 37,04%, que, somados aos votos insubsistentes (25,92% do total), dão-nos o número de 62,92% dos votos totais como irrelevantes para as eleições.

Não parece crível a afirmação de que transcorreu de forma regular e esperada determinado processo que propugna a participação obrigatória da comunidade e, concomitantemente, julga que a opinião de 3/5 dos eleitores seja irrelevante e possa ser desconsiderada.

No capítulo 2 deste trabalho tivemos como finalidade demonstrar que o “continente” democracia comporta os mais variados conteúdos, que vão muito além da concepção ordinária que se tem de democracia. Em todos os modelos lá citados, porém, tem-se como característica comum o fato de ser a democracia antes de mais nada um procedimento de escolha: o povo, entendido de forma ampla ou restrita, dirige-se às urnas para escolher aquele que ao seu lado ou em seu nome governará.

Como já se disse, modernamente há primazia da figura do governante como representante dos interesses da coletividade. O elo de representatividade que os une tem como fundamento a eleição e não parece desarrazoado afirmar que tanto mais legítimo será o mandatário quanto mais cidadãos nele votarem. Propícia a afirmação de Norberto Bobbio, no sentido de que a representação nada mais é que *“um fenômeno complexo cujo núcleo consiste num processo de escolha dos governantes e de controle de sua ação através de eleições competitivas”*²²⁹.

Outrossim, não parece que um processo eleitoral desenvolvido tal como o acima descrito atenda aos anseios das normas constitucionais. Soa no mínimo contraditório afirmar que a titularidade do poder reside no povo e, concomitantemente, admitir como válida interpretação da legislação eleitoral que chancele a regularidade de processo eleitoral que prescindida da manifestação da maioria absoluta do povo na escolha dos representantes que atuarão em seu nome.

O modelo constitucional de aquisição do poder político objetiva a busca pelo consenso em torno de determinado candidato. Não por outra razão, condiciona a eleição em primeiro turno à obtenção por algum dos candidatos em disputa da maioria absoluta dos votos válidos, ressalvado nos municípios cujo número de eleitores seja inferior a duzentos mil. A exigência de consenso sobre alguma decisão tem em seu âmago a necessidade de que parcela relevante dos eleitores a serem atingidas por esta decisão dela participem.

Como poderia o mesmo modelo constitucional que condiciona a eleição em

²²⁹BOBBIO, op. cit. p. 1106.

primeiro turno à conquista dos votos de, pelo menos, a maioria absoluta dos votos do eleitorado admitir interpretação da legislação que considera regular processo eleitoral em que o voto de percentual da população maior do que aquele seja simplesmente desconsiderado? Não é demais lembrar, que a regularidade do procedimento eleitoral legitima as eleições e o exercício do poder político pelo mandatário eleito²³⁰.

Não parece, na situação exposta, que exista a querida e necessária legitimidade para o exercício do mandato eletivo. Por tal razão, ainda que se possa admitir certa racionalidade na interpretação dada pelo TSE ao art. 224 do Código Eleitoral sob o prisma consequencialista (evitar a anulação das eleições), esta interpretação não se mostra adequada ao modelo constitucional de aquisição do poder político, além de ser potencialmente colidente com a concepção de soberania popular e a noção de que o representante retira sua legitimidade da chancela da comunidade que governará.

Ademais, a questão merece ser analisada de forma ainda mais cautelosa, na medida em que também neste PA reafirmou-se o entendimento jurisprudencial pela admissibilidade de diplomação do candidato com registro deferido que obtiver a maior votação.

Essa situação poderia ser desmembrada em duas: a) na primeira o candidato mais votado na eleição teve seu registro de candidatura deferido e alguns outros candidatos estavam com registros indeferidos; e b) na segunda, o candidato mais votado na eleição e, eventualmente, outro[s] candidato[s], estava[m] com registro[s] indeferido[s], limitados os votos anulados ao percentual de 50% em ambas as situações.

Como dito logo acima, o só fato de se admitir que as nulidades sejam isoladamente tomadas para fins da incidência do art. 224 do CE por si só já importa em fragilização da noção de representação que fundamenta a concepção de governo representativo. Todavia, a situação descrita na letra 'a' parece ser menos grave: neste caso, ao menos o candidato escolhido pela população, ou parcela dela, será aquele que efetivamente assumirá a chefia provinciana.

Hipótese absolutamente diversa, e chancelada pelo TSE, é aquela descrita na

²³⁰GOMES, op. cit. p. 614.

letra 'b', em que se diploma e empossa candidato que sequer foi o mais votado nas eleições. Agora, sequer é possível falar em “grau” de legitimidade, pois nem legitimidade há: o mandatário sequer é produto da soberania popular.

Tal como destacado pelo Ministro Ayres Britto, ao comentar que o art. 224 seria condição de eficácia das eleições, a realização de nova eleição teria como finalidade conciliar o “*princípio da soberania popular com o critério de majoritariedade que é inerente à democracia*”²³¹. A diplomação do segundo colocado nas eleições respeitaria estes dois princípios?

A resposta a ambas as perguntas é simples: não. Nem respeita a soberania popular, pois o candidato diplomado e empossado não retira sua legitimidade das urnas; menos ainda respeita o princípio da “majoritariedade”, na medida em que não foi o candidato escolhido (mais votado) pela comunidade. A viabilidade de tal mandato é produto da operacionalização de um complexo sistema de nulidades, de duvidosa constitucionalidade por afronta ao princípio da maioria, fórmula consagrada e adotada por nossa Constituição para definição dos mandatários eletivos.

Durante toda a argumentação do Processo Administrativo em análise inúmeras foram as vezes em que os Ministros lembraram que o processo eleitoral é formado por fases sucessivas e encadeadas: só será diplomado aquele que possui registro e só pode ser empossado aquele que tiver sido diplomado.

Descuidou-se, na análise, porém, de um elemento que está longe de ser accidental. O protagonista do processo eleitoral é o eleitor e o principal ato nele praticado é o voto: o eleitor escolhe e o voto formaliza a escolha. Se não há posse sem diplomação e não há diplomação sem registro, e não há, muito menos há diplomação sem eleição. Apenas um candidato é, ou deveria ser, eleito: viabilizar a diplomação e posse de algum candidato, por qualquer outro motivo que não a escolha popular, é apenas mais um fator que contribui para o desprestígio das eleições perante o eleitorado, não bastasse já os problemas advindos do sistema proporcional.

A leitura das 78 páginas do processo administrativo evidencia que as duas questões fundamentais objeto da consulta, acima destacadas, foram sumariamente debatidas enquanto que questões acessórias, tal como o momento a partir do qual a

²³¹Tribunal Superior Eleitoral, op. cit. p. 21.

decisão confirmatória de registro produza seus efeitos, foram objeto de profundas discussões.

Deve-se anotar que admitir a diplomação do candidato que não tenha sido o mais votado não é algo trivial, pela inexistência de previsão legal que o autorize e, principalmente, pelo fato de que essa decisão não faz muito sentido aos olhos do eleitor, protagonista e diretamente interessado no resultado do processo eleitoral. O pensamento do eleitor é de certo modo lógico: “meu candidato estava na urna; votei nele; ele venceu as eleições; outro candidato foi diplomado, empossado e está exercendo o mandato eletivo. Como assim?”.

Eleição importa em escolha e tem o condão de legitimar o eleito perante aqueles que participaram do processo eleitoral. Como pontuado no capítulo antecedente, legitimidade nada mais é que um grau de consenso tal que seja capaz de substituir a necessidade de uso da força pela adesão voluntária da população em prol de alguma causa²³². Legítimo, pois, é o candidato que aparece no topo da apuração eleitoral, que foi eleito pela população; aquele cuja adesão popular será facilitada justamente porque entre ambos há um elo de representatividade.

Com o devido respeito, não parece que faça muito sentido ao eleitor a explicação seguinte: “efetivamente o candidato do Senhor foi o mais votado nas eleições, mas, como nenhuma das categorias de nulidade alcançou o patamar legal e o seu candidato não teve deferido o pedido registro de candidatura, não será realizada nova eleição e nem o seu candidato será diplomado. Em situações tais, o entendimento jurisprudencial determina a diplomação do candidato mais votado com registro deferido”.

A resposta do eleitor, quase como um ato reflexo, tende a ser a seguinte: “não entendi muito bem esse negócio de nulidade, mas se não for para diplomar o candidato mais votado, não diploma ninguém e faz outra eleição. Eleito é só um”.

Não se quer com isto defender que a vitória na eleição sirva como corretivo para nulidades e que o candidato mais votado deva, necessariamente, ser diplomado e empossado. O que se quer evitar é que o risco das eleições seja transferido ao eleitor.

O art. 16-A da Lei das Eleições afirma que o candidato com registro indeferido

²³²BOBBIO, op. cit. p. 1102.

poderá efetuar todos os atos da campanha, mas a validade dos seus votos estará condicionada ao deferimento do registro em instância superior. Que o candidato participe das eleições “por sua conta e risco” é plenamente admissível, afinal o risco foi por ele criado e era por ele conhecido.

Diversa é a situação do eleitor comum, para quem o só fato de a foto do candidato estar presente na urna seria um atesto de que a sua candidatura é viável. Presumir que o eleitor ao votar em determinado candidato saiba da sua situação registral e da possibilidade de que outro candidato possa assumir o mandato, ainda que não tenha sido o mais votado, parece uma visão um tanto otimista da realidade.

CONCLUSÃO

O passado é indelével e insofismável: o que feito foi, feito está. Ainda que se diga que o tempo cura todos os males, aquilo que nasce com a pecha da nulidade jamais perderá esse rótulo. A decisão de negativa do registro marca a inviabilidade da candidatura e, por conseguinte, torna nulos os votos dados ao candidato.

Não se poderá alegar a irrelevância de vícios congênitos sob a sedutora argumentação de se blindar a escolha popular. Entendimento contrário importaria na concessão de uma “carta de alforria” ao candidato eleito, de forma a não apenas apagar eventuais vícios e erros que tenha cometido na campanha, bem como, possivelmente, estimulá-lo a cometê-los, na esperança de ser eleito e de que eles sejam perdoados. Ganhar a eleição não apaga o passado.

Conquanto o povo seja o personagem em torno do qual o processo eleitoral gravita, a vontade popular não é idônea para convalidar ou legitimar o inválido: a invalidade impõe-se, a bem do próprio processo eleitoral.

Isso, todavia, não retira do voto a sua característica de ser o principal ato do processo eleitoral: apenas autoriza que a escolha popular seja mitigada pontualmente com o objetivo de tutelar situações específicas, como, por exemplo, o próprio exercício desimpedido do ato de votar: sabendo-se que em alguma zona eleitoral foram praticados atos típicos de um sistema coronelista para coagir os eleitores a votar em determinado candidato, nada mais natural do que anular os votos dados naquela zona, a teor do art. 222 do Código Eleitoral.

A se pontuar, contudo, que há uma distância considerável entre admitir que o voto sofra mitigações tópicas e admitir que o processo eleitoral chame candidatos eleitos com representatividade duvidosa ou, o que é pior, que sequer retirem sua legitimidade das urnas.

Como exaustiva e matematicamente explicado no capítulo anterior, a segmentação das nulidades em categorias torna a renovação das eleições um fenômeno de difícil ocorrência e legitima a assunção de mandatários eletivos escolhidos em um processo eleitoral que desprestigia a opinião de parcela considerável do eleitorado. Não parece razoável admitir como válido o processo eleitoral cujo voto seja obrigatório, mas o número de votos inválidos supera o de votos válidos²³³.

Há uma relação inversamente proporcional entre a segmentação das nulidades e a possível representatividade do eleito: quanto mais categorias de nulidade admitirmos, menor é a representação exigida para que determinado candidato seja eleito. Como explicamos, admitida a existência de duas categorias de nulidades²³⁴, dada a média histórica daquilo que denominamos de “votos insubsistentes”, é possível que determinado candidato seja eleito mesmo que 62,96% do eleitorado não tenha influenciado de forma alguma o processo eleitoral. Se admitirmos que existem três categorias de nulidade²³⁵, esse percentual torna-se ainda maior²³⁶.

²³³No começo do debate, pareceu que o Ministro Arnaldo Versiani aderiria a este tese, como pode ser visto do seguinte trecho: “*Suponhamos que, em determinado município, houve, entre votos brancos e nulos, o percentual de 15%. Se um candidato a prefeito teve votação de 40% e teve o registro indeferido, esses percentuais seriam somados, resultando em 55%, e, a teor da resposta da relatora, nesse caso, não se realizariam novas eleições* (Tribunal Superior eleitoral, op. cit., p. 8). Todavia, em seu voto entendeu que os votos nulos decorrentes de manifestação apolítica não se somariam com aqueles decorrentes de registro de candidatura (Tribunal Superior eleitoral, op. cit., p. 15), ainda que não tenha declinado as causas que fizeram mudar seu entendimento.

²³⁴A dos votos nulos por manifestação apolítica (natinulos) e a dos votos nulos em razão de inelegibilidade ou negativa de registro (votos anuláveis)

²³⁵A existência de três categorias de nulidade está longe de ser algo inconcebível e hipotético. Veja-se que em seu voto o Ministro Eros Roberto Grau indicou a existência de três categorias de nulidades que não se confundiriam: (a) candidato com registro indeferido, (b) da manifestação apolítica e (c) da captação ilícita de sufrágio, do abuso de poder ou da prática de condutas vedadas (Tribunal Superior eleitoral, op. cit., p. 44). A categoria prevista na letra 'c' comportaria a nulidade decorrente de incidência dos arts. 30-A, 41-A e 73 a 77 da LE, de comum incidência na rotina eleitoral.

²³⁶A título meramente comparativo, cita-se matéria publicada na edição portuguesa do Jornal Alemão Deutsche Welle, em que se questiona o sistema eleitoral alemão em razão de 15% dos votos terem ido para o “lixo”. WAGENER, Volker. **Após 15% dos votos irem para o lixo, alemães questionam sistema eleitoral**. Set. 2013.

Além de a segmentação das nulidades admitir que candidatos com representatividade duvidosa assumam o mandato, ela legitima que candidatos que sequer tenha recebido o aval das urnas o façam.

A naturalidade com que se admite que candidato que não tenha sido o mais votado seja diplomado e empossado causa um certo espanto ao observador externo. Se a finalidade de toda eleição é eleger alguém para alguma função, o exercício desta função pressupõe que aquela pessoa seja eleita para tal incumbência. Do contrário, sequer haveria motivo algum para que fossem realizadas as eleições.

Sob o ponto de vista da legislação infraconstitucional, o entendimento do TSE é admissível. A interpretação conjunta dos arts. 175, §3º, e 224 do Código Eleitoral inclusive a autoriza. Nulos os votos dados a candidatos sem registro, tendo este vencido as eleições sem que se tenha atingido o patamar que determina a renovação das eleições, válidas serão estas e diplomado e empossado será o candidato que obtiver o maior número de votos.

A questão é que esta interpretação não resiste a uma análise sumária de adequação com o modelo constitucional de democracia que temos. Exigir que determinado candidato obtenha a maioria absoluta dos votos para que seja considerado eleito em primeiro turno é um atestado cabal de que a Constituição condiciona o exercício de algum mandato eletivo à prévia chancela popular. Não tendo amplo apoio popular, tem-se o segundo turno para que o consenso forme-se em torno de um dos candidatos.

Se a Constituição não se contenta com pouca representatividade, muito menos admitirá o exercício de mandatário eletivo que sequer foi escolhido pelo povo, sem representatividade alguma: “tornou-se” a escolha popular em razão de detalhes jurídicos inerentes ao processo de escolha. Em suma, não ascendeu ao cargo eletivo pelo voto popular, mas por filigranas jurídicas inerentes ao próprio processo eleitoral. Em tempos nos quais se fala em princípio da finalidade e em instrumentalidade das formas, autorizou-se a sobreposição da forma à matéria.

Admitir que esse processo eleitoral seja característico de um Estado de Direito parece-nos bastante aceitável na medida em que respeita a lei. Todavia,

admiti-lo como consentâneo a um Estado Democrático de Direito é um tanto quanto difícil, visto que ele apenas respeita a lei e isso não é o bastante.

Buscou-se no presente trabalho fazer uma análise da decisão tomada no Processo Administrativo nº 20159 decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral. Ainda que as decisões tomadas neste Processo não sejam originárias e inéditas e sejam formalmente legais, parece-nos que faltou à Corte Eleitoral analisar a questão sob o prisma da norma constitucional. A inserção de elementos caros à nossa carta política na discussão, tal como a representatividade e a legitimidade que se exige de todo mandatário eletivo, possivelmente redundaria em posicionamentos diversos daqueles que prevaleceram.

Salutar parece-nos a decisão tomada pelo legislador na minirreforma eleitoral de 2015, que culminou na alteração do art. 224 do CE, De forma a evitar a situação acima exposta, de duvidosa constitucionalidade, parece-nos plenamente acertada a inserção do § 3º naquele dispositivo, cuja transcrição merece ser feita pela relevância da opção do legislador:

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a **realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados**. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Escala, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário da Política**. Coord. trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária (uma introdução metodológica)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. **Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF, 19 jul. 1965 e 30 jul. 1965 (retificação). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. **Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF, 1º out. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. **RESOLUÇÃO CONAMA nº 9, de 3 de dezembro de 1987**. Dispõe sobre

a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. Brasília, DF, 5 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>> . Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Processo Administrativo nº 20.159**, relatora Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2008.

CANNES, Michèlle. **Números finais do referendo mostram vitória do "Não" com mais de 59 milhões de votos**. Out. 2005. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2005-10-25/numeros-finais-do-referendo-mostram-vitoria-do-nao-com-mais-de-59-milhoes-de-votos>>. Acesso em: 24 set. 2016.

DAHL, Robert. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1997.

DUVERGER, Maurice. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. 4^a ed., 2 vols. Paris: PUF, 1959. 1 v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1 v.

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

HAYEK, Friedrich August von. **The Road to Serfdom**. London: Routledge and Kegan Paul, 1976.

HELD, David. **Modelos de Democracia**. Madri: Alianza Editorial, 1991.

MARX, Karl. **Manifesto Comunista**. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1 v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

POULANTZAS, Nicos. **State, Power, Socialism**. London: New Left Books, 1975.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. Texto constitucional de 3 de outubro de 1989. Porto Alegre, RS, 3 out. 1989. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=WQdIfqNoXO4%3d&tabid=3683&mid=5359>. Acesso em: 26 out. 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2002.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada: Volume I – O debate contemporâneo**. São Paulo: Editora Ática, 1994. 1 v.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism and Democracy**. London: Allen and Unwin, 1976.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

WAGENER, Volker. **Após 15% dos votos irem para o lixo, alemães questionam sistema eleitoral**. Set. 2013. Disponível em: <http://dw.com/p/19onp> >. Acesso em: 26 out. 2016.

WEBER, Max. **Politics as a vocation**. New York: Oxford University Press, 1972.

WHITE JR., Ronald C. **As palavras que comoveram uma nação**. Fev. 2009.
Disponível em:
<<http://iipdigital.usembassy.gov/st/portuguese/publication/2014/02/20140227294546.html#axzz4NpuH4lp4>>. Acesso em: 26/10/2016.