

Lucas Gieron Fonseca e Silva

O direito ao voto na Constituição Federal de 1988

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Antônio Carlos Mendes.

São Paulo

2015

Banca Examinadora:

Dedicatória.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer o Professor Doutor Antônio Carlos Mendes, não só pela orientação neste trabalho, mas por ser um exemplo de professor e advogado, verdadeiro amigo que durante todo o nosso convívio serve como modelo de proceder e atuar. Terá sempre o meu respeito e admiração.

À todas as grandes amizades construídas durante a faculdade, em especial àqueles que comparecem, religiosamente, aos encontros nas últimas quartas-feiras de cada mês (que listarei em ordem alfabética, para evitar favoritismos): David Fonseca, Felipe Castro, Francisco Haddad, Guilherme Zaccaria, Luis Guilherme Amaral, Marcos Mazza, Matheus Oliveira, Renan Cunha, Rodrigo Paraguay e Tomás Regina.

A todos os integrantes dos escritórios Mendes Advogados Associados e Gonçalves e Bruno Sociedade de Advogados, com os quais construí verdadeira relação de amizade. Vale, aqui, um agradecimento especial para Thalita Abdala e Raissa Küffner, verdadeiras companheiras para toda a vida, com quem muito aprendi – e ainda aprendo. Obrigado.

Agradeço aos amigos e professores da Faculdade de Direito da PUC-SP e do COGEAE/PUC-SP por todo o auxílio e proveitoso convívio, com quem muito aprendi, dos quais destaco Marcelo Figueiredo, Roberto Baptista, Mônica de Melo, João Paulo Pessoa, João Paulo Ferreira e Luiz Regules.

Aos amigos André Santos Silva, Carlos Gonçalves Júnior e Luiz Guilherme Arcaro Conci, obrigado por todo o apoio e conselhos.

E, finalmente, a todos os meus familiares, em especial aos meus pais Regina e Adalberto, e ao meu avô Luiz Gonzaga Silva Fonseca, a quem dedico este trabalho. Obrigado por estarem sempre comigo.

Resumo

O direito ao voto é, no ordenamento jurídico brasileiro, o principal instrumento da soberania popular e democracia constitucional. É através deste que os cidadãos manifestam sua opinião em um processo decisório. Contudo, para que o voto configure, efetivamente, um direito, algumas premissas devem ser observadas: a previsão de obediência à soberania popular e a constitucionalização da democracia. Não bastando, a Constituição deve prever – e assegurar – que o voto possua todos os seus elementos necessários, ou seja, universalidade, imediatividade, igualdade e o sigilo. Assim, em um primeiro momento serão analisadas os pressupostos para o desenvolvimento do direito ao voto. Serão apresentados dois conceitos distintos de soberania popular, para que possamos construir um conceito atual desta. Ainda, serão analisados os possíveis conceitos de democracia e, especialmente, da democracia constitucional. Em um segundo momento, dedicar-se-á ao estudo da conformação do voto enquanto um direito político fundamental e de seus elementos essenciais. Assim, será demonstrado que o voto, no ordenamento jurídico brasileiro, é instrumento da soberania popular e, ao mesmo tempo, direito fundamental. Com relação aos seus elementos essenciais, o objetivo é demonstrar que a Constituição Federal prevê todos (universalidade, imediatividade, igualdade e sigilo) e, ao mesmo tempo, configura verdadeiros impedimentos ao legislador constituído, que deverá, sempre, atuar no sentido de prestigiá-los.

Palavras chave: Direito ao voto. Soberania popular. Democracia Constitucional. Natureza jurídica do voto. Elementos essenciais do direito ao voto. O direito ao voto na Constituição Federal.

Abstract

The right to vote is, in the Brazilian legal system, the main instrument of popular sovereignty and constitutional democracy. It is through this right that citizens express their opinion in a decision-making process. However, in order to the vote configure effectively a right, certain assumptions must be observed: obedience to popular sovereignty and a constitutional democracy. Not enough, the Constitution should provide - and ensure - that the vote has all its necessary elements, as the universality, immediacy, equality and secrecy. So, at first it will be analyzed the conditions for the development of the right to vote. Two distinct concepts of popular sovereignty will be presented, so we can build a current concept of it. Still, possible concepts of democracy will be analyzed, and especially of constitutional democracy. The second phase, will be dedicated to the study of conformation of the vote as a fundamental political right and its essential elements. Thus, it will be shown that vote, in the Brazilian legal system, is an instrument of popular sovereignty and, at the same time, fundamental right. With respect to its essential elements, the goal is to demonstrate that the Federal Constitution provides them (universality, immediacy, equality and secrecy) and at the same time, sets impediments to legislator, which should always act to prestigiate them.

Key-words: Right to vote. Popular sovereignty. Constitutional democracy. Legal concept of the vote. Essential elements of the right to vote. The right to vote in the Federal Constitution.

Sumário

1. Introdução	8
2. Soberania Popular	14
2.1. Introdução	14
2.2. A Soberania para Jean Bodin	15
2.3. A Soberania para Rousseau	20
2.4. Conceito de soberania para o presente trabalho	23
3. Democracia, Democracia Constitucional e Democracia Representativa	26
3.1. Introdução	26
3.2. Conceito de democracia	28
3.3. Democracia constitucional	33
3.4. Democracia representativa	36
3.5. Democracia semidireta	40
4. Direitos políticos e sufrágio	44
4.1. Os direitos políticos	44
4.2. Os direitos políticos enquanto direitos fundamentais	45
4.3. Conceito de sufrágio	49
4.4. Espécies de Direitos Políticos	51
4.4.1. Direitos políticos ativos	51
4.4.2. Direitos políticos passivos	52
5. O voto na Constituição Federal de 1988	56
5.1. Natureza jurídica do voto	56
5.2. Elementos essenciais do voto democrático	61
5.3. O voto na Constituição Federal de 1988	62
5.4. Universalidade	64
5.5. Imediaticidade	66
5.6. Igualdade	68
5.7. Voto secreto	69
5.7.1. A “impressão do registro da votação” prevista na PEC 182/2007	73
5.8. O voto obrigatório	74
5.8.1. O voto e a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais	76
5.8.2. Conceito de renúncia a direitos fundamentais	76

5.8.3. Possibilidade de renúncia ao direito de votar	84
6. Conclusão	85
7. Bibliografia	89

1. Introdução.

O voto é uma forma de exercício do sufrágio e o principal instrumento de manifestação da soberania popular, tal qual previsto em nossa Constituição Federal.

Inserido no contexto de uma democracia constitucional algumas garantias e liberdades devem ser asseguradas ao cidadão para que este instrumento do sufrágio possa ser devidamente utilizado e efetivamente tornar-se um instrumento da democracia constitucional. Sem tais garantias inerentes ao exercício do voto, este não pode ser considerado um instrumento jurídico e de exercício da soberania popular.

O problema do presente trabalho é, justamente, apontar quais são estas garantias inerentes do voto e analisar a conformação constitucional deste instituto para, ao final, concluirmos se o direito ao voto, no ordenamento jurídico brasileiro, é democrático.

Nesse contexto, por ser o voto uma forma de manifestação da soberania popular, é mister discorrermos sobre este instituto: a soberania popular é princípio fundamentador da ordem constitucional democrática que, ao mesmo tempo, condiciona a legitimação do poder à participação política dos cidadãos e representa uma forma de racionalização do processo político e uma forma de limitação do poder estatal.

Desta forma, em um primeiro momento, trataremos do conceito de soberania popular sob o prisma de dois autores que viveram em períodos históricos muito distintos (Jean Bodin e Jean-Jacques Rousseau) e, conforme será demonstrado, possuem concepções extremamente distintas de soberania.

Uma vez analisado o conceito de soberania para Bodin e Rousseau, que como será demonstrado, lançaram as bases fundamentais para o conceito atual, trataremos de uma concepção contemporânea da mesma, sem a pretensão de esgotar o tema, uma vez que, como será demonstrado, esta deve ser analisada sob o seu prisma histórico e, portanto, o seu conceito é variável de acordo com o momento em que se insere.

Depois de delimitado o conceito de soberania popular, passaremos à uma análise da forma de governo que esta condiciona e, com base nas afirmações Alexis de Tocqueville, a única que permite que a soberania popular exista: a democracia e, especialmente, a democracia constitucional.

O conceito de democracia é algo extremamente equívoco e que assume diversas qualificações e conceitos¹. Prova disto é que quase todos os ditadores e tiranos atribuem aos seus Estados a qualificação “democrática”, como anota Carlos Velloso:

A democracia é o melhor dos regimes políticos. Tanto isso é verdade, que todos os povos e todos os governos se dizem democráticos, registra Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Não há um povo, não há um governo que não se qualifique democrático, apesar de ajuntarem, muita vez, um adjetivo ao substantivo. Essas democracias adjetivadas têm, aliás, ruídos nestes últimos anos, e o mundo vive o florescimento dos regimes democráticos. É que a democracia é, na verdade, o melhor dos regimes políticos, ou na frase carregada de ironia de Wilson Churchill, ironia que caracteriza o povo daquela ilha, a democracia é o pior dos regimes políticos, com exceção de todos os que já foram praticados”²

A decisão de um povo de adotar a democracia, entendida como uma forma de governo em que o poder político é exercido por aqueles que estão sujeitos ao próprio poder político³, impõe, também, a criação de normas que confirmam o direito à uma participação, seja direta ou indireta, nos negócios do Estado.

Estas normas que regulam a intervenção popular no governo variam de acordo com a conformação democrática escolhida por determinado povo, que, por sua vez, em Estados de Direito, expressa sua opção através da constituição.

¹ Nesse sentido: “Escreveu um dia Thomas Mann que, quando duas pessoas dizem a palavra democracia, é logo, à partida, altamente provável, que elas pensem coisas muito diferentes. A asserção é ainda hoje mais verdadeira, perante os numerosos adjetivos que a palavra democracia tem visto aparecer junto de si (...)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional”. Coimbra: Almedina, 1981, vol. 2, p. 83).

² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. (1996). A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In Carlos Mario da Silva Velloso, & Cármen Lúcia Antunes Rocha (Corrds.) “Direito Eleitoral”. Belo Horizonte, MG, Brasil: Del Rey.

³ Vide, HAURIUO, André. “Derecho constitucional e instituciones políticas”. Barcelona: Ariel, 1931, p. 331: “Tomaremos como punto de partida la definición de Abraham Lincoln: “La Democracia es el gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo”. Esta definición, que es la más corriente, viene a decir que un país practica la democracia cuando los gobernados son, al mismo tiempo, los gobernantes o, em todo caso, cuando el mayor número posible de gobernados participa lo más directamente posible em el ejercicio del poder.”.

Norberto Bobbio, em estudo sobre a democracia, resume a democracia a “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos”⁴.

Mais adiante o autor afirma que não basta um conjunto de regras de procedimento, é indispensável que aqueles que possam decidir o façam da melhor forma possível e, para tanto, “é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim chamados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc.”⁵.

A democracia assume, portanto, uma feição formal ou representativa, que se apresenta como um conjunto de regras que regulam a participação popular no exercício do poder público, e uma feição material ou participativa que impõe que o poder político somente será legítimo se voltado à realização de determinados fins, valores e princípios:

“Só encarando as várias dimensões do princípio democrático (propósito das chamadas teorias complexas da democracia) se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em ratio e ethos da democracia. Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico da divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos. (...)”⁶

Neste cenário, democracia constitucional, elemento crucial do terceiro capítulo do presente trabalho, por sua vez, nada mais é do que a institucionalização de tais aspectos da democracia enquanto princípio constitucional, que, alçado à categoria de direito fundamental constitucional configura, até mesmo, limites à “soberania popular”: ou seja, é a positivação da democracia⁷.

⁴ BOBBIO, Norberto. “O futuro da democracia”. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 30.

⁵ Idem, p. 32.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito constitucional e teoria da constituição”. Coimbra: Almedina, 1998, p. 278.

⁷ Nesse sentido, J.J. Canotilho: “Da mesma forma que o princípio do estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais. Com efeito, a Constituição Portuguesa de 1976 respondeu normativamente aos problemas

É, em outras palavras, a transposição da democracia do âmbito das ciências políticas para o âmbito das ciências jurídicas e, ao se fazer presente no texto constitucional, os aspectos da democracia tornam-se conceitos jurídicos, cujo sentido pode ser extraído do ordenamento jurídico vigente⁸.

Por ser a Democracia Constitucional a forma pela qual os aspectos da democracia apresentam-se positivados, e, portanto, inseridos no ordenamento jurídico, nosso objeto de estudo limitar-se-á aquilo vigente em nosso ordenamento jurídico atual.

Desta forma, no terceiro capítulo do presente trabalho, discorreremos sobre a democracia, em seu conceito mais amplo, e em seus aspectos material e procedimental. Uma vez delimitados tais conceitos, trataremos da Democracia Constitucional, ou seja, da positivação dos aspectos da democracia enquanto um princípio constitucional e direito fundamental constitucional.

Ainda, considerando a conformação da democracia no ordenamento jurídico brasileiro, discorreremos sobre a democracia representativa, sendo o voto o seu principal instrumento de efetivação.

No quarto capítulo do presente trabalho, uma vez delimitado o conceito de democracia constitucional e democracia representativa, será abordado o conceito de direitos políticos, que, conforme será demonstrado, configuram a faceta procedimental da democracia constitucional. Será realizada, também, uma incursão no conceito de sufrágio – que como será apresentado não se confunde com o voto.

Finalmente, no quinto capítulo do presente trabalho, o voto será apresentado enquanto a principal de forma de exercício da soberania popular e instrumento da

da legitimidade-legitimação da ordem jurídico-constitucional em termos substanciais e em termos procedimentais: normativo-substancialmente, porque a constituição condicionou a legitimidade do domínio político à prossecução de determinados fins e à realização de determinados valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais pluralismo de expressão e organização político democrática); normativo-processualmente, porque vinculou a legitimação do poder à observância de determinadas regras e processos (*Legitimation durch Verfahren*).” (op. cit., 1998, p. 277).

⁸ Nesse sentido: BARZOTTO, Luis Fernando. “A democracia na constituição”. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2003, p. 9 e ss.

democracia: é através deste que os cidadãos manifestam suas vontades e elegem aqueles que atuarão como seus representantes.

Para que os cidadãos possam utilizar este instrumento do sufrágio e da democracia da melhor forma possível, será demonstrado que se faz necessária a previsão de determinadas garantias institucionais e de certas liberdades públicas. É dizer: o voto deve ser a expressão, exclusivamente, da vontade do cidadão, que deve formá-la sem a presença de interferências externas. Deve ser assegurada, portanto, a “liberdade do voto”, mediante certas garantias inerentes ao voto.

Neste capítulo, será abordado, especificamente, o voto, entendido enquanto forma de manifestação da soberania popular e instrumento da democracia constitucional. Para tanto, será necessária uma incursão no conceito de sufrágio – que como será demonstrado não se confunde com o voto – e dos direitos políticos.

Serão tratadas das garantias inerentes ao conceito de voto e das liberdades asseguradas ao cidadão quando este utiliza este instrumento para externar sua vontade, especificamente da igualdade, universalidade e da necessidade deste ser secreto.

Trataremos, também no quinto capítulo, da obrigatoriedade do voto que não se trata de garantia inerente ao seu exercício, mas, por outro lado, de mera decisão política do legislador constitucional. Ainda, e considerando o exercício do direito ao voto enquanto um direito constitucional, analisaremos a possibilidade de o cidadão renunciar a tal direito fundamental. Para tanto, será realizada uma análise da possibilidade de renúncia à direitos fundamentais para, então, concluirmos pela possibilidade, ou não, de não exercício voluntário do direito ao voto.

É dizer: a obrigatoriedade do voto, no ordenamento jurídico brasileiro, é tão somente uma escolha política do legislador constitucional cuja *ratio* era a de “democratizar” a sociedade brasileira. Contudo, ainda que o voto não seja obrigatório, ele não deixará de ser um direito fundamental dos cidadãos, motivo pelo qual surge a discussão da possibilidade de estes renunciarem ao seu exercício.

Uma vez analisadas todos estes aspectos do exercício do voto: as suas garantias institucionais, essenciais ao seu exercício e, conseqüentemente, à livre manifestação da soberania popular, passaremos à conclusão.

Assim, em conclusão, retornaremos aos objetivos e ao problema do presente trabalho, para demonstrar que as garantias inerentes ao voto e as restrições que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico são essenciais à soberania popular e à democracia constitucional.

2. Soberania Popular.

2.1. Introdução.

O voto, como será demonstrado em tópico próprio, é – em nosso ordenamento jurídico – um dos principais instrumentos de manifestação da soberania popular. Ocorre que a soberania popular, em suas mais diversas acepções, possui um caráter eminentemente político: ou seja, não se trata de um objeto próprio das ciências jurídicas, mas das ciências políticas.

Contudo, a despeito da soberania popular ser objeto das ciências políticas, a soberania popular é princípio fundamentador da ordem constitucional democrática que, ao mesmo tempo, condiciona a legitimação do poder à participação política dos cidadãos e representa uma forma de racionalização do processo político e uma forma de limitação do poder estatal.

Tal ressalva é importante, uma vez que, a despeito da soberania popular conformar, tal qual afirmado, uma verdadeira força política, é o fundamento da democracia constitucional e, conseqüentemente, para que avancemos em nosso tema, é necessário discorrer sobre a mesma.

A soberania popular, conforme anotado por Pérez Luño, se apresenta como uma infeliz combinação de dois termos, a princípio, contraditórios.

A “soberania” era, historicamente e sob um enfoque absolutista, utilizada como forma de se referir a um atributo do soberano.

Contudo, a partir do século XVI, tal concepção passa por uma grande mudança: para Jean Bodin, francês nascido em 1530 e morto em 1596 e, para muitos um dos primeiros a tratar sobre o tema, o conceito de soberania aparece como “o poder absoluto e perpétuo de uma república”.

A palavra “popular”, de acordo com Pérez Luño, por sua vez – e em contraposição ao conceito tradicional de soberania –, sugere a noção de povo⁹.

Pérez Luño anota, também, que a noção de soberania popular é um conceito que surge em um determinado conceito histórico e ao mesmo tempo é resultante de uma determinada história¹⁰.

No presente capítulo iremos tratar do conceito de soberania popular sob o prisma de dois distintos autores que viveram em épocas distintas (Jean Bodin e Jean-Jacques Rousseau) e, conforme observado por Luño, possuem concepções extremamente distintas sobre o tema.

Uma vez delimitado o conceito de soberania para estes pensadores, trataremos de uma concepção contemporânea de soberania popular, sem a pretensão, contudo, de esgotar o tema, especialmente se considerarmos que – e justamente por ser um conceito que surge em determinado momento histórico – não podemos prever o seu futuro, condicionado aos movimentos sociais.

2.2. A Soberania para Jean Bodin.

“Soberania”, tal qual afirmado anteriormente, era um mero atributo do soberano. E este, na Idade Média, era aquele que exercia determinada posição de proeminência, em um definido e pré-determinado sistema hierárquico. Desta forma,

⁹ “En todo caso, es el pensamiento absolutista quien configura la idea de soberanía, entendiéndola como un término subordinado a un hecho cada vez más importante: la figura del soberano. ‘La soberanía era concebida como el carácter a él perteneciente. El soberano – son palabras de Bertand de Jouvenel – era lo esencial; la soberanía, la sombra que lo proyectaba, o, para hablar con más exactitud, el atributo del soberano’.

Resulta paradójico ver como este concepto de soberanía, que em sus orígenes terminológicos evocaba de inmediato la figura concreta de un hombre, se liga luego a esse término colectivo que sugiere la noción del pueblo. Por eso se há podido escribir que ‘la teoría de la soberanía del pueblo, tal como se enuncia corrientemente em nuestros días, procede de una interpolación de las teorías despóticas formuladas en el siglo XVII em favor de los Estuardos y de los Borbones’”.

(PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Soberanía Popular y Estado de Derecho” in “Constitución: problemas filosóficos”. Coord. Francisco J. Laporta. Madrid: Ministerio de la Presidencia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, 2003, p. 47).

¹⁰ “Se depende de ello que la noción de soberanía popular es un concepto que surge en un determinado contexto histórico, del que puede predicarse la condición de ‘historische Kategorie’ asignada por Kelsen a la noción general de soberanía.” (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op. cit., 2003, p. 47).

qualquer um que exercesse, sem nenhuma sujeição, o seu poder em determinado espaço poderia ser considerado um “soberano”, conforme anotado por Norberto Bobbio:

“A palavra soberano, na Idade Média, indicava apenas uma posição de proeminência, isto é, a posição daquele que era superior num bem definido sistema hierárquico; por isso até os barões eram soberanos em suas baronias.”¹¹

Durante a Idade Média, afirma Paulo Bonavides, a frouxa unidade do poder político na pessoa do Imperador é enfraquecida, ainda mais, pela disputa com a Igreja pela supremacia do poder político. Em um mesmo território, “duas ordens se hostilizam: a ordem temporal e a ordem espiritual, a coroa e o sacerdócio, Cristo e César”¹².

Com a unificação do poder político no Imperador, em contraposição à organização medieval do poder, durante os séculos XIV e XV, e a conseqüente formação do Estado Moderno, desaparece a complexa organização social medieval¹³.

Neste cenário histórico, de unificação e concentração do poder em um Estado de máxima unidade e coesão, o surgimento dos Estados sofre um duplo desafio: o primeiro, de ordem interna, é o de fortalecimento do poder político em um apenas um ente, uma vez que, durante a Idade Média, este esteve disperso entre os senhores feudais. O segundo desafio, de ordem externa, diz respeito à necessidade dos Estados incipientes em superar a constante tensão com a Igreja¹⁴.

Ganha força, desta forma, uma concepção de soberania distinta da anterior: esta deixa de ser um conceito eminentemente político e passa a significar um conceito jurídico. E o grande expoente desta mudança de concepção foi aquela constante na obra *Les six livres de La Republique*, elaborada por Jean Bodin e publicada, pela primeira vez, em 1576.

¹¹ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; e, PASQUINO, Gianfranco. “Dicionário de Política”. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986, p. 1181.

¹² BONAVIDES, Paulo. “Ciência Política”. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 134.

¹³ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; e, PASQUINO, Gianfranco. Op. cit., 1986, p. 1182.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. “Teoria do Estado e da Constituição”. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, p. 36.

Sua teoria, afirma Jorge Miranda, serviu como fundamento jurídico do detentor do poder político na França: o Rei. Contudo, o seu estudo é de grande relevância, desde que analisado de acordo com a sua historicidade:

“A moderna ideia de Estado tem o seu expoente na ideia de soberania. Talvez não fosse esse um conceito inteiramente novo, mas Jean Bodin (*Lex six livres de la République*, 1576) pô-lo a claro, purificou-o e fortaleceu-o, fazendo dele um conceito jurídico unitário. Se bem que Bodin defina a soberania – *souveraineté, puissance absolute et perpétuelle* – em relação a qualquer Estado, a sua obra revela-se (como, afinal, quase todas as grandes obras do pensamento político-constitucional) um estudo situado, com que fundamenta juridicamente o poder Rei em França no momento da libertação dos vínculos feudais e da centralização”.¹⁵

Para Bodin, o poder da sociedade, para ser considerado soberano, deve ser perpétuo e absoluto.

Alberto Ribeiro de Barros assinala que a qualificação “perpétua”, essencial ao conceito de soberano, indica que o poder deve ter uma continuidade ao longo do tempo. Se houver uma restrição cronológica, qualquer que seja, não haverá soberania:

“O adjetivo perpétuo indica a continuidade que o poder deve ter ao longo do tempo. Se tiver uma restrição cronológica, por mais amplo que possa ser, não pode ser considerado soberano. Trata-se da afirmação do princípio de continuidade temporal do poder público. Os juristas medievais já haviam proclamado a propriedade imortal da pessoa do rei com expressões como ‘o rei não morre jamais’, ‘o rei está morto! Viva o rei!’ desviando a atenção da inevitável ordem da natureza física, do corpo material do rei, para se fixar no caráter metafísico da realeza, que sempre permanece. Bodin, ecoando a tese de que a dignidade real nunca morre, porque está ligada ao corpo espiritual do rei, procura transportar a perpetuidade do rei para a República, a fim de evitar a confusão entre a pessoa física do rei e a sociedade política: ‘É certo que o rei não morre jamais, como é dito; assim, se um falece, o mais próximo macho de sua estirpe assume o reino, possuindo-o antes mesmo que seja coroado’ (*República I*, 8, p. 227).”¹⁶

Contudo, destaca Alberto Ribeiro de Barros, para Jean Bodin, aquele que exerce um poder, ainda que de forma absoluta, não pode ser considerado soberano, pois

¹⁵ MIRANDA, Jorge. Op. cit., 2002, p. 37.

¹⁶ BARROS, Alberto Ribeiro de. “A teoria da soberania de Jean Bodin”. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 234.

não exerce o poder na condição de possuidor deste, mas de um simples depositário: o detentor da posse precária do poder:

“Assim como os que emprestam seus bens a outrem permanecem sempre senhores e possuidores, assim também aqueles que concedem poder e autoridade de julgar ou comandar, seja por um tempo limitado, seja pelo tempo que lhes agradar, permanecem com a posse do poder e jurisdição, que os outros exercem de maneira precária’ (*República* I, 8, p. 180)”¹⁷.

O rei, imperador, ou qualquer outro que assuma o poder, desta forma, por não ser eterno, não é o real soberano, mas exerce o poder de forma precária – enquanto durar o seu reinado. O verdadeiro soberano é aquele que avaliza o rei como o possuidor do poder soberano.

Desta a forma, passa a ser um mero depositário do único com capacidade para exercer o poder sem qualquer limitação temporal, inclusive capaz de superar a morte de um rei ou imperador, de forma – efetivamente – perpétua: a nação.

Para que este depositário do poder possa exercê-lo, de acordo com Jean Bodin, é necessário que esteja presente o segundo dos elementos essenciais ao soberano: o seu caráter “absoluto”.

O caráter absoluto do poder soberano, para Bodin, significa que este deve ser exercido pelo soberano sem qualquer tipo de restrições. O seu detentor deve ter ampla liberdade de ação. Nesse sentido, o soberano não está submetido às leis que ele próprio e seus predecessores estabeleceram,

Alberto Ribeiro de Barros assinala que conceber a soberania enquanto um poder absoluto implica na atribuição, ao soberano, de um poder “superior, independente, incondicional e ilimitado”. É, em outras palavras, a legitimação jurídica do brocardo latino “*rex non potest peccare*”¹⁸:

¹⁷ BARROS, Alberto Ribeiro de. Op. cit., 2001, p. 235.

¹⁸ Este brocardo latino expressa um princípio fundamental comum ao absolutismo que, no absolutismo inglês, foi traduzido para a expressão “the king can do no wrong”. Vale ressaltar que esta expressão não denota que o poder do rei é ilimitado, mas, tal qual assinala Bodin, que o poder soberano é absoluto e, portanto, não pode ser submetido à nenhum julgamento (BROOM, Herbert. “A collection of legal maxims classified and illustrated”. Londres: A. Maxwell and Son, 1845, pp. 23-24).

“O uso do adjetivo absoluto implica atribuir ao poder soberano as características de superior, independente, incondicional e ilimitado. Ilimitado porque qualquer limitação é incompatível com a própria ideia de um poder supremo: ‘A soberania não é limitada, nem em poder, nem em obrigações, nem em relação ao tempo’ (*República I*, 8, p. 181). Incondicional na medida em que este poder deve estar desvinculado de qualquer obrigação: ‘A soberania dada a um príncipe sob condições e obrigações não é propriamente soberania nem poder absoluto’ (*República I*, 8, p. 187). Independente pois seu detentor deve ter plena liberdade de ação: ‘Assim como o papa não tem suas mãos atadas, como dizem os canonistas, tampouco o príncipe soberano pode ter suas mãos atadas, mesmo se desejar’ (*República I*, 8, p. 192). Superior porque aquele que possui o poder soberano não pode estar submetido ou numa posição de igualdade em relação a outros poderes: ‘É preciso que os soberanos não estejam submetidos aos comandos de outrem’ (*República I*, 8, p. 191)”.¹⁹

É verdade que tal conceito de soberania está muito distante da concepção de soberania popular contemporânea: não passa, conforme afirmado, de um instrumento jurídico para a legitimação do poder do rei.

Contudo, a concepção bodiana de soberania traz dois grandes avanços: o primeiro é a sua conformação jurídica. A soberania deixa de ser um conceito eminentemente político e passa a possuir uma fundamentação jurídica, que confere legitimidade ao poder do rei.

O segundo grande avanço da teoria bodiana decorre do aspecto perpétuo da soberania: há uma separação do poder exercido pelo rei – de forma precária – do verdadeiro poder soberano, que, tal qual afirmado, deve ser perpétuo. Assim, o verdadeiro soberano não é o rei, mas a nação, que o avaliza como um mero depositário. Nesse sentido:

“A noção da soberania representou a expressão mais acabada da ideia de que em toda sociedade política deve haver uma esfera última de decisão, um único centro de comando, livre de qualquer intervenção, interna e externa, que imponha normas aos membros dessa sociedade, de maneira exclusiva e de acordo unicamente com sua vontade, a fim de manter a ordem e a paz social. Na sua função ideológica, fortaleceu a convicção da necessidade de uma autoridade legal suprema que, dispondo de um poder originário, comande a todos e não seja comandada por ninguém.”²⁰

¹⁹ BARROS, Alberto Ribeiro de. Op. cit., p. 236.

²⁰ BARROS, Alberto Ribeiro de. Op. cit., p. 24.

Esta distinção é de suma relevância pois, apenas através de uma distinção entre aquele que exerce o poder e o real detentor do poder, é que pode surgir uma concepção de soberania popular tal qual existente atualmente.

2.3. A soberania para Rousseau.

Jean-Jacques Rousseau nasceu em Genebra, Suíça, em 1712, e faleceu em 1778, em Ermenonville, na França. Diferentemente de Jean Bodin, Rousseau não possuía uma descendência nobre. Pelo contrário: nunca conheceu a mãe e foi criado pelo pai, relojoeiro, e neto de um refugiado francês, devido às guerras religiosas e a perseguição aos huguenotes.

Teve uma educação religiosa e, ainda jovem, mudou-se para Paris, onde, em 1762, publicou a sua obra de maior relevância para o presente trabalho: “Do contrato social”.

O momento histórico em que Rousseau desenvolveu a sua teoria é extremamente distinto daquele em que Bodin desenvolveu a sua: Rousseau viveu em uma época em que os Estados Absolutistas passavam por uma crise de legitimidade e, diferentemente da época em que Bodin viveu, não bastava mais uma teoria, ainda que possuísse um cunho jurídico, que justificasse o exercício do poder pelo soberano. Era preciso estabelecer, ainda que de forma precária, uma forma de limitação ao exercício deste poder.

O ponto de partida da teoria de Rousseau é o puro estado de natureza, onde o ser humano viveria isolado, sem qualquer tipo de associação. Somente desta forma os seres humanos gozariam de perfeita liberdade e igualdade, não possuindo, neste estado, noções de concepções como o bem ou o mal. Contudo, o próprio Rousseau afirma que o estado de natureza é algo utópico e superado nas menores sociedades que podemos imaginar, as famílias.

Para Rousseau, até mesmo na família, a menor das sociedades políticas, os seus membros alienam uma parte de sua liberdade em proveito da própria sobrevivência²¹.

Partindo desta concepção de estado natural e, em contraposição, de um estado civil politizado, Rousseau se propõe a dissertar sobre esta “transição” e, especificamente, sobre o liame que une os seres humanos que ao mesmo tempo que preserva a liberdade natural garante a segurança e o bem-estar em uma vida em sociedade.

Nesse sentido, Rousseau afirma que nenhum homem possui autoridade sobre o outro e, tampouco, o uso de força física gera direitos ou obrigações, motivo pelo qual são as “convenções” que legitimam a autoridade de um homem sobre o outro:

“Posto que nenhum homem tem autoridade sobre seus semelhantes, e desde que a força não produz direito, ficam as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens.

Se um particular, disse Grócio, pode dispensar sua liberdade e fazer-se escravo de um senhor, por que todo um povo não poderá dispensar a sua e fazer-se súdito de um rei?”²²

E o contrato social, tal qual concebido por Rousseau, é o instrumento que legitima que um povo aliene uma parcela de sua liberdade para assegurar a sua sobrevivência e, ao mesmo tempo, permite que este mesmo povo esteja sujeito apenas à sua própria vontade: “forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado, de qualquer força comum, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes.”²³.

²¹ “A mais antiga de todas as sociedades e a única natural, é a da família. Os filhos, entretanto, não estão ligados ao pai senão o tempo que necessitam dele para a sua conservação. Assim que cessa esta necessidade, o liame natural desata-se.

Os filhos, isentos da obediência que devem ao pai, isento este dos cuidados que deve ao filho, entram todos igualmente em independência. Se continuam unidos, não é natural, senão voluntariamente, e a própria família não se sustém senão por convenção.

Esta liberdade comum é uma consequência da natureza do homem. Sua primeira lei é a de velar pela sua própria conservação; seus primeiros cuidados são os que deve a si mesmo, e, uma vez na idade da razão, sendo ele o juiz dos meios adstritos à sua conservação, fica, por isso, senhor de si mesmo.

A família é, pois, se se quiser, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo é a dos filhos, e, tendo nascido todos igualmente livres, não alienam a sua liberdade senão em proveito da própria utilidade. Esta diferença consiste em que na família, o amor do pai pelos filhos é recompensado com o cuidado que este lhes dedica, enquanto no Estado, o prazer de mandar substitui este amor que o chefe não sente para os seus súditos. ”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Do contrato social”. Trad. Antônio de P. Machado. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A., 1952, pp. 13-14).

²² ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 17.

²³ Idem, p. 24.

Desta forma, o contrato social é o instrumento que legitima o exercício do poder político. Somente este “pacto” pode autorizar que alguém governe, só o contrato social pode dar autoridade de um homem sobre o outro. Assim, um Estado só será legítimo quando suas forças forem legitimadas pelo contrato social e quando sua finalidade for o atendimento do interesse comum:

“A primeira e mais importante consequência dos princípios acima estabelecidos é que somente a vontade geral pode por si só dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, que é o bem comum, porque se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, a analogia desses mesmos interesses o fez possível. É o que há de comum nesses interesses que forma o laço social, e se não houvesse algum ponto em que todos os interesses estivessem de acordo, nenhuma cidade poderia existir. Assim, unicamente, em atenção a este interesse comum, deve ser a sociedade governada.”²⁴.

A soberania, assim, é o exercício da vontade geral, composta pela soma das parcelas de liberdade de todos os indivíduos de um povo inalienável por aquele que exerce o poder político. A soberania, portanto, pertence a todos os componentes do Estado:

“Suponhamos que o Estado se compõe de dez mil cidadãos. O soberano não pode ser considerado senão coletivamente e em corpo, porém, cada particular, na qualidade de súdito, é considerado como indivíduo. Assim o soberano é o súdito, como dez mil é para um, isto é, cada membro do Estado tem só a décima-milésima parte da autoridade soberana, embora esteja submetido por inteiro a ela. (...)”²⁵.

Tal doutrina funda, anota Paulo Bonavides, “o processo democrático sobre a igualdade política dos cidadãos e o sufrágio universal”, uma vez que, para Rousseau, a soberania popular é “tão-somente a soma das distintas frações de soberania, que pertencem como atributo a cada indivíduo, o qual, membro da comunidade estatal e detentor dessa parcela do poder soberano fragmentado, participa ativamente na escolha dos governantes”²⁶.

É verdade que Rousseau não foi o primeiro – e nem o último – a elaborar uma teoria que busque justificar a vida em sociedade. Tampouco foi o primeiro a afirmar que

²⁴ Idem, p. 35.

²⁵ Idem, p. 71.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2011, p. 141.

este “liame” existente em um estado social é uma espécie de contrato. Nesse sentido, podemos citar como grandes contratualistas Thomas Hobbes e John Locke.

Contudo, a teoria de Rousseau será aqui, analisada, por dois motivos: (i) foi elaborada em momento posterior às teorias contratualistas de Hobbes e Locke e (ii) sua teoria serviu como um dos principais fundamentos da Revolução Francesa e, conseqüentemente, para o surgimento dos Estados de Direito, conforme será demonstrado no capítulo “III” do presente trabalho.

2.4. Conceito de soberania para o presente trabalho.

O conceito de soberania que adotaremos no presente trabalho é extraído, principalmente, da teoria de Alexis de Tocqueville, membro da aristocracia francesa, nascido em Paris em 1805 e morto em 1859.

Em 1831, Tocqueville viajou, com autorização da monarquia francesa, aos Estados Unidos da América, onde teria contato com a democracia norte-estadunidense, ponto sepulcral de sua obra “A Democracia na América”, publicada em 1835.

Tocqueville reconhece a existência da soberania popular, assim como Rousseau. Afirma, ainda, que a “vontade nacional”, ou seja, a soma das diversas parcelas de soberania pertencentes a cada cidadão, já foi usada como fundamento para o exercício do poder político por déspotas, ditadores e monarcas:

“A vontade nacional é um dos termos de que os integrantes de todos os tempos e os déspotas de todas as eras mais abusaram amplamente. Uns viram sua expressão nos sufrágios comprados de alguns agentes do poder; outros nos votos de uma minoria interessada ou temerosa; há até mesmo os que a descobriram totalmente formulada no silêncio dos povos e que pensaram que do fato da obediência nascia, para eles, o direito do comando.”²⁷.

Tal entendimento decorre de uma interpretação malfadada da teoria rousseauniana: o contrato social, desde que aqueles que abriram mão de suas liberdades

²⁷TOCQUEVILLE, Alexis de. “A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático”. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2005, p. 65.

naturais concordem, serve de fundamento para qualquer tipo de governo, seja para as democracias, seja para as tiranias, assim como afirmado por Norberto Bobbio:

“Da mesma forma, muitos autores democráticos, por não terem aprofundado suficientemente o conceito de vontade geral que em Rousseau está na base da Soberania do povo, acabaram por legitimar toda a forma de ‘tirania da maioria’, ou por justificar todo o ato arbitrário levado a efeito em nome do povo, como ressaltaram Benjamin Constant e Alexis de Tocqueville”²⁸.

Tocqueville afasta, peremptoriamente, esta interpretação. Para o filósofo, o princípio da soberania popular não pode ser estéril ou oculto, mas deve ser “reconhecido pelos costumes, proclamado pelas leis; estende-se com liberdade e chega sem obstáculos às últimas consequências”²⁹. Desta forma, destaca Tocqueville, a soberania popular somente pode existir, de fato e de direito, quando o povo governa a si mesmo, por meio de seus representantes eleitos:

“Há países em que um poder, de certa forma exterior ao corpo social, atua sobre ele e força-o a caminhar em certo sentido.

Outros há em que a força é dividida, situando-se ao mesmo tempo na sociedade e fora dela. Nada parecido se vê nos Estados Unidos; lá a sociedade age por si e sobre si mesma. Só há força em seu seio; quase não se encontra ninguém que ouse conceber e, sobretudo, exprimir a ideia de busca-la em outra parte. O povo participa da composição das leis pela escolha dos legisladores, da sua aplicação pela eleição dos agentes do poder executivo; podemos dizer que governa por si mesmo, a tal ponto a importância deixada à administração é fraca e restrita, a tal ponto ela é marcada por sua origem popular o obedece ao poder de que emana. O povo reina sobre o mundo político americano como Deus sobre o universo. Ele é a causa e o fim de todas as coisas. Tudo provém dele e tudo nele se absorve.”³⁰.

Nesse sentido, a soberania só poderá, efetivamente, ser popular, em um governo democrático: só haverá soberania popular em um governo democrático.

Mas não é só: a soberania popular, só poderá, efetivamente, se manifestar sob determinadas condições que preservem a vontade de todos os cidadãos, sejam estes pertencentes a uma maioria, sejam pertencentes à uma determinada minoria. Nesse sentido, anota Habermas que:

²⁸ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; e, PASQUINO, Gianfranco. Op. cit., 1986, p. 1183.

²⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. Op. cit., p. 65.

³⁰ Idem, p. 68.

“Por este lado, a crítica não desemboca numa limitação, e sim numa reinterpretação do princípio da soberania do povo; esta só pode manifestar-se sob as condições discursivas de um processo diferenciado de formação de opinião e da vontade. Antes mesmo de John Stuart Mill ter estabelecido uma conexão entre a igualdade e a liberdade no conceito de uma esfera pública discursiva, no texto *On Liberty*, escrito em 1859, Julius Fröebel, um democrata do sul da Alemanha, desenvolveu, em 1848, a ideia de uma vontade geral pensada de modo não-utilitarista, a qual deve formar-se da vontade livre de todos os *habitantes dos burgos*, através de discussão e de consenso: ‘Nós queremos a república social, isto é, o Estado no qual se reconhece a felicidade como fim comum de todos e no qual a perfeição do direito e do poder da sociedade resulta do entendimento e do acordo de todos os seus membros’³¹.

Desta forma, para que a soberania popular exista, de fato e juridicamente, em um determinado Estado, devem ser observados dois requisitos: (i) a forma de governo adotado deve ser a democrática e (ii) devem existir certas condições prévias que assegurem a vontade das maiorias e minorias.

Tal afirmação, não esgota o tema da soberania popular, uma vez que, tal qual será demonstrado em capítulo próprio, a democracia pode assumir diversas acepções e, nem sempre em todas destas a soberania popular será exercida efetivamente. Contudo, tais premissas são suficientes para seguirmos em nosso trabalho, entendo, como soberania popular aquela que existe, somente, em um governo democrático e regido sob determinadas condições.

³¹ HABERAS, Jürgen. “Direito e democracia: entre facticidade e validade”. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 261

3. Democracia, Democracia Constitucional e Democracia Representativa

3.1. Introdução.

O Estado de Direito surge no século XVIII como uma resposta aos Estados Absolutistas e como fruto da evolução do conceito de soberania popular.

Ao passo que nos Estados Absolutistas a atividade política era exercida de forma ilimitada por um soberano, que sob a égide de uma autoproclamada constituição meramente indicativa, poderia governar como bem entendesse; nos Estados onde existe, efetivamente, a soberania popular, deve haver, tal qual anota Alexis de Tocqueville, um governo democrático e, conforme afirmado no capítulo anterior, certas condições que resguardem a vontade das maiorias e minorias.

Tais condições estão apostas em uma constituição.

Deve-se ressaltar que o termo “Constituição” é equívoco³². É dizer: o seu conceito varia de acordo com as opções dogmáticas daquele que a analisa e, especialmente, do momento histórico a qual se refere.

Nesse sentido, ilustrando a multiplicidade de sentidos que podem ser extraídos do termo, Canotilho assinala que o conceito de constituição pode assumir 7 (sete) distintas acepções (constituição como garantia do *status quo* econômico e social; constituição como instrumento de governo; constituição como *processo público*; constituição enquanto ordem fundamental e programa de ação que identifica uma ordem político-social; constituição como um programa de *integração e representação* nacionais; constituição enquanto forma de legitimação do poder soberano e, finalmente, constituição enquanto ordem jurídica fundamental³³).

³² Nesse sentido, BASTOS, Celso Ribeiro, “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 41: “Tentar oferecer um conceito de Constituição não é das tarefas mais fáceis de serem cumpridas, em razão deste termo ser equívoco, é dizer, presta-se a mais de um sentido. Isto significa dizer que há diversos ângulos pelos quais a Constituição pode ser encarada, conforme seja a postura em que se coloque o sujeito, o objeto ganha outra dimensão. Seria como um poliedro que fosse examinado a partir de ângulos diferentes. Para cada posição na qual o observador se deslocasse, facetas diferentes dessa figura geométrica seriam vistas, não lhes sendo possível examiná-la de uma só vez.”

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Constituição dirigente e vinculação do legislador”. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

Na Idade Moderna, afirma Carlos Gonçalves Júnior, as constituições não podiam ser consideradas normas jurídicas, uma vez que não possuíam eficácia jurídica propriamente dita³⁴. Tais textos eram um instrumento de legitimação do poder do soberano, que remonta ao conceito de soberania de Jean Bodin, sobre o qual discorreremos no capítulo 2.2.

Apenas no final do Século XVIII, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é que surge a concepção de constituição enquanto instrumento limitador e conformador do poder político:

“É este o movimento jurídico-político desenvolvido a partir do último quartel do século XVIII, que reclama não só a adoção em todos os Estados do orbe de Constituições escritas, documentais, mas que elas tenham como conotação o desiderato de impedir o arbítrio. Ou seja, imponham uma organização limitativa do Poder.”³⁵.

Tal mudança de perspectiva foi essencial para o surgimento de uma concepção de constituição enquanto norma jurídica: com a evolução da teoria da separação dos poderes, passou-se a admitir a interferência de um poder sobre outro para assegurar a constitucionalidade dos atos políticos.

Estas premissas, foram fundamentais para as constituições não estivessem mais submetidas ao alvedrio do poder político, ainda que este possua legitimidade democrática. Neste sentido, o grande expoente da concepção de constituição enquanto norma jurídica, Konrad Hesse, afirmou que a “constituição jurídica” é aquela que não está desvinculada da realidade histórica que a cerca, mas em determinadas situações, a sua força normativa prevalecerá sobre a realidade histórica:

“(…) A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura ‘imponente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis

³⁴ GONÇALVES JÚNIOR, Carlos. “Atividade Normativa da Justiça Eleitoral”. 2013. 98 fls.. Tese (doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), São Paulo, p. 15.

³⁵ GONÇALVES FILHO, Manoel Gonçalves. “Princípios fundamentais do Direito Constitucional”. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pp. 11-12.

(*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caos de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.”³⁶

A constituição enquanto norma jurídica resguardada dos atentados perpetrados pelos poderes políticos, ainda que estes possuam legitimidade democrática, é o fundamento de existência e validade dos “Estados de Direito”: “*status quo* institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o Homem e a Sociedade nos seus direitos e suas liberdades fundamentais”³⁷.

E a concepção de constituição enquanto instrumento limitador do poder político e, conseqüentemente, de “Estado de Direito”, são essenciais para o presente trabalho: isto porque, tal qual será demonstrado, só pode haver forma de governo democrático quando exista uma constituição rígida e entendida enquanto norma jurídica, fonte emanadora de confiança dos cidadãos no Estado e fundamento de validade de todo um ordenamento jurídico.

3.2. Conceito de democracia.

A democracia, tal qual afirmado anteriormente, é condição necessária da soberania popular. Sem essa, a soberania popular poderá, tal qual afirma Tocqueville, ser apenas um ideal inatingível, mero indicativo e apenas um instrumento de legitimação de tiranias.

O conceito de democracia não surge de uma breve análise das normas jurídicas e relações sociais existentes em certo momento histórico, mas é fruto de intensas modificações sociais, resguardando em seu âmago o fato de ser um regime político em que o poder repousa na vontade do povo, no exercício da soberania popular.

Desta forma, o conceito de democracia está umbilicalmente ligado ao conceito de povo. Nesse sentido, Burdeau ensina que “se é verdade que não há

³⁶ HESSE, Konrad. “A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)”. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 25.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. “Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo a crise contemporânea”. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

democracia sem governo do povo pelo povo, a questão importante está em saber o que é preciso entender por povo e como ele governa”³⁸. Assinala, também, que o conceito de povo varia com o tempo, “porque, se sempre é o povo que governa, não é sempre o mesmo povo”³⁹. Logo, se ambos estão ligados, o conceito de um varia de acordo com o conceito do outro.

É com a adoção dos ideais democráticos, cujo mote na França foi “liberdade, igualdade e fraternidade”, que o conceito atual de povo foi criado. Assume-se que todos aqueles que integram o povo de uma nação são livres e iguais, e que o governo de um Estado deve ser governado e governar por e para todos eles. Remete-se, aqui, ao conceito de soberania popular formulado por Rousseau: todos os cidadãos contribuem para a formação da soberania popular, de forma que, caso esta pudesse ser dividida, cada cidadão possuiria uma pequena parcela desta.

Contudo, definir a democracia como o “governo do povo, pelo povo e para o povo”, como o fez Abraham Lincoln, não resolve o problema do conceito de soberania. Pelo contrário: faz surgir a questão sobre quem é o povo e, conseqüentemente, sobre quem constitui o governo, quem governa e para quem se governa. Nesse sentido:

“Definir a democracia como ‘governo pelo povo e para o povo’ levanta uma questão fundamental: quem governará, e a quais interesses deverá o governo atender, quando o povo estiver em desacordo e as suas preferências divergirem?”⁴⁰.

Para responder a tal questão devemos, em primeiro lugar, procurar conceituar quem é o povo. O conceito de povo atualmente é extremamente amplo, muito maior que o conceito de corpo eleitoral. José Afonso da Silva ensina que:

“Há uma tendência reacionária para reduzir o povo ao conjunto dos cidadãos, ao corpo eleitoral, como se os membros deste fossem entidades abstratas, desvinculadas da realidade que os cerca, como se ao votar o cidadão não estivesse sob a influência de suas circunstâncias de fato e ideológicas, não estivesse fazendo-o sob a influência de seus filhos, seu cônjuge, seu amante, namorado, namorada, noivo, noiva, e também de seu grupo, oficina, fábrica, escritório, mais ainda: de seus temores, da fome dos seus, das alegrias e das tristezas. O corpo eleitoral

³⁸ BURDEAU, Georges. “A democracia”. Publicações Europa-América, s. l., 3ª Ed., 1975, p. 15.

³⁹ Idem.

⁴⁰ LIJPHART, Arend. “Modelos de democracia. Desempenho e padrões de governo em 36 países.”. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 17.

não constitui o povo, mas simples técnica de designação de agentes governamentais.”⁴¹.

Assim, o conceito de povo engloba todos aqueles que se encontram sob um ordenamento jurídico, estejam estes submetidos temporária ou definitivamente à ordem estatal. Todos aqueles que se encontrem neste universo estarão, também, sob a égide do Estado, que tem o dever geral de proteger seu povo. Sobre o conceito de povo, Jorge Miranda ensina que:

“O povo abrange os destinatários permanentes da ordem jurídica estatal. Em face desta, os homens dividem-se em duas categorias: aqueles cuja vida social está toda submetida à sua regulamentação, e aqueles que não estão em contacto com ela ou só em contacto acidental ou transitório.

(...)

E, por outra banda, tem sempre o Estado um dever geral (e, por vezes deveres específicos) de proteção de seus cidadãos frente aos Estados em cujos territórios residam.”⁴²

A questão da responsividade da democracia ao povo é trabalhada por Robert Dahl. Para Dahl, “uma característica-chave da democracia é a continua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”⁴³. Desta forma, e para que um governo continue sendo responsivo por um longo período de tempo, devem ser estabelecidos determinadas condições essenciais à democracia para que todos os cidadãos tenham oportunidades plenas:

- “1. De formular suas preferências.
2. De expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva.
3. De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.”⁴⁴.

Nesta acepção, a democracia é um método que viabiliza o pleno desempenho da soberania popular e, ainda, assegura que o estado governe para os seus cidadãos. É dizer: a democracia é um instrumento da soberania popular e única forma de governo em que esta, efetivamente, se desenvolve.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. “Curso de direito constitucional positivo”. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 135-136.

⁴² MIRANDA, Jorge. Op. cit., 2002, pp. 299–300.

⁴³ DAHL, Robert A. “Poliarquia”. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EdUSP, 1997, p. 25.

⁴⁴ Idem, p. 26.

A democracia assume, portanto, uma feição formal ou representativa, que se apresenta como um conjunto de regras que regulam a participação popular no exercício do poder público⁴⁵e, assim, asseguram uma responsividade do Estado.

Contudo, a democracia não é, apenas, um método. É uma forma de governo, mas, também, é um elemento que condiciona e impõe uma determinada atuação estatal. O próprio Robert Dahl, em momento posterior, afirma que “a democracia não é apenas um processo de governar. Como os direitos são elementos necessários nas instituições políticas democráticas, a democracia também é inerentemente um sistema de direitos.”⁴⁶.

Ainda, para Dahl, uma democracia em larga escala exige, necessariamente, a presença dos seguintes elementos: (i) representantes eleitos pelo povo; (ii) eleições livres, justas e periódicas; (iii) liberdade de expressão; (iv) fontes de informação diversificadas; (v) autonomia para a criação de associações e (vi) “cidadania inclusiva”, que, para Dahl, justificam-se pois:

“A nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito a suas leis podem ser negados os direitos disponíveis para os outros e necessários às cinco instituições políticas anteriormente listadas. Entre esses direitos, estão o direito de votar para a escolha dos funcionários em eleições livres e justas; de se candidatar para os postos eletivos. De livre expressão; de formar e participar organizações políticas independentes; de ter acesso a fontes de informação independentes; e de ter direitos a outras liberdades e oportunidades que sejam necessárias para o bom funcionamento das instituições políticas da democracia em grande escala.”⁴⁷.

Desta posição compartilha, também, Arend Lijphart ao afirmar que a democracia não é, apenas, uma forma de governo, mas possui, também, como objetivo primordial a igualdade política e que um dos principais indicadores da igualdade democrática é, justamente, a igualdade política⁴⁸.

⁴⁵ DAHL, Robert A.. “Sobre a democracia”. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Ed. UNB, 2001, pp. 61-62.

⁴⁶ Idem, p. 98.

⁴⁷ Idem, p. 100.

⁴⁸ “Political equality is a basic goal of democracy, and the degree of political equality is therefore an important indicator of democratic quality”. (LIJPHART, Arend. “Patterns of Democracy: government forms and performance in thirty-six countries”. New Heaven, EUA: Yale University Press, 199, p. 282.

Desta forma, a democracia assume uma feição material ou participativa que impõe que o poder político somente será legítimo se voltado à realização de determinados fins, valores e princípios. Nesse sentido, ensina-nos Norberto Bobbio que:

“Es indudable que historicamente “democracia” tiene dos significados preponderantes, por lo menos em su origen, según si pone em mayor evidencia el conjunto de reglas cuya observância es necesaria com objeto de que el poder político sea distribuído efectivamente entre la mayor parte de los ciudadanos, las llamadas reglas del juego, o el ideal em el cual um gobierno democrático debería inspirarse, que es el de la igualdad.”⁴⁹.

Antônio Carlos Mendes também afirma a existência de duas facetas da democracia, uma formal e outra material:

“Nessa acepção, democracia política, como princípio estrutural do Estado Democrático, assenta-se na *forma de governo segundo a qual o poder político ou a soberania é exercida pelo Povo e não por uma pessoa ou grupo específico e determinado*. (...). O conceito de democracia sob o prisma procedimental encerra a concepção *dinâmico-formal*, compreendendo todos os Estados Democráticos contemporâneos e consiste num *conjunto de regras por meio das quais a vontade popular participa e intervém direta ou indiretamente a formação do Estado, na determinação de sua finalidade, na amplitude da distribuição das funções públicas, na escolha dos agentes e na criação e aplicação do direito positivo*”⁵⁰.

Tais feições do princípio democrático são complementares e sua existência é uma imposição em um Estado efetivamente democrático, conforme ensina Meirelles Teixeira⁵¹. Caso contrário, viabiliza-se o surgimento de um Estado “neutro”, ausente da problemática social, mas que institui instrumentos que viabilizem a participação do povo em seus negócios, ainda que estes sejam meramente formais (caso o aspecto formal seja preponderante) ou de um sistema político que possua como objetivos fundamentais a

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. “Liberalismo y democracia”. México: FCE, 1989, pp. 39-40.

⁵⁰ MENDES, Antônio Carlos. “Introdução à teoria das inelegibilidades”. Ed. Malheiros: São Paulo, 1994, p. 17.

⁵¹ “Democracia política e democracia social são, enfim, apenas dois aspectos de um mesmo sistema político – a democracia -, aspectos que se completam, e não se podem excluir um ao outro. Muitos mal-entendidos (inclusive justificação de pseudo-regimes democráticos), provém da consideração unilateral de apenas um desses aspectos, em detrimento e com desprezo do outro. Assim, enquanto a liberal democracia reclama, com exclusividade, a qualidade de regime democrático, porque se atém à democracia política, ao elemento formal, certos outros regimes, como o fascismo, o nazismo, o comunismo russo, se proclamavam democráticos, por realizarem certos programas de reivindicações das massas trabalhadoras, desprezando os princípios fundamentais da democracia política e da soberania nacional. Ambos se acham completamente errados, em seu exclusivismo.” (TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. “Curso de direito constitucional”. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 458).

busca da justiça social e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, sem, contudo, a previsão de normas procedimentais que viabilizem a participação do povo nos negócios do governo, o que abre espaço para a instituição de tiranias (caso o aspecto material seja o único presente).

Assim, a democracia é, ao mesmo tempo, um procedimento que disciplina quem está autorizado a tomar decisões em um determinado Estado e através de quais procedimentos, ou seja, um método, e um conjunto de preceitos que impõem que as decisões sejam tomadas de determinada forma, visando assegurar e preservar determinados direitos.

3.3. Democracia constitucional.

Os conceitos de democracia e soberania popular, tal quais lançados nos tópicos anteriores, são próprios das ciências sociais. Contudo, a ciência jurídica apropriase de tais conceitos e os eleva à categoria de institutos jurídicos através de um processo de positivação destes.

A democracia, entendida não apenas enquanto um método que confere legitimidade ao procedimento de investidura no poder e um conjunto de preceitos que condicionam a legitimidade deste poder à realização de determinados valores e princípios, mas, também, como a única forma de governo que viabiliza a soberania popular, deve ser salvaguardada das decisões casuísticas do poder político, ainda que estas sejam apoiadas por uma maioria da população.

É necessário que, para que o exercício da democracia seja assegurado em um Estado, existam condições, previamente estabelecidas, que viabilizem uma discussão entre a maioria e a minoria e permitam a solução destas discussões de forma consensual, inviabilizando, desta forma, as aristocracias, como afirma Hans Kelsen:

“A discussão livre entre maioria e minoria é essencial à democracia porque esse é o modo de criar uma atmosfera favorável a um compromisso entre maioria e minoria, e o compromisso é parte da própria natureza da democracia. O compromisso significa a solução de um conflito por meio de uma norma que não se conforma inteiramente

aos interesses de uma parte, nem contradiz inteiramente os interesses da outra. Na medida em que, numa democracia, os conteúdos da ordem jurídica também não são determinados exclusivamente pelo interesse da maioria, mas são o resultado de um compromisso entre os dois grupos, a sujeição voluntária de todos os indivíduos à ordem jurídica é mais facilmente possível que em qualquer outra organização política. Precisamente por causa dessa tendência rumo ao compromisso, a democracia é uma aproximação do ideal de autodeterminação completa.⁵²

Desta forma, é essencial que a democracia seja inserida no texto normativo que visa conferir legitimidade à ordem política e legitimação àqueles que exercem, ainda que na condição de representantes, o poder político. É preciso prever a democracia em uma norma que confira legitimação ao poder e que, ao mesmo tempo, limite o exercício deste poder, ainda que este possua a aceitação da grande maioria. Esta função, de legitimação da ordem política, afirma Canotilho, é uma das funções próprias da constituição⁵³.

A democracia constitucional é, portanto, fruto da normatização da democracia. É dizer, a democracia está para as ciências sociais assim como a democracia constitucional está para as ciências jurídicas. Ou seja, é a forma de realização de poder escolhida pela soberania popular no momento em que o Estado é instituído enquanto sociedade política e organizada.

É, também, instrumento de limitação da própria soberania popular, uma vez que a inserção da democracia na Constituição visa evitar que maiorias eventuais não atentem – e violem – os próprios interesses do povo e, em alguns casos, inviabilizem a discussão e consenso entre maiorias e minorias:

“Supondo-se que a ordenação do Estado possa ser determinada apenas pelos que estão interessados nela, supondo-se, pois, resolvida a questão da forma de governo, apresenta-se o verdadeiro e exato problema: que conteúdo deverá dar às leis feitas por ele mesmo? Nem mesmo os democratas radicais poderão afirmar que com a questão da forma do governo também, será resolvida a do conteúdo político, ou seja, do justo, e melhor conteúdo da ordem do Estado. Esta poderia ser a opinião apenas de quem achasse que o povo, só o povo tem a posse da verdade e o sentido do bem. Tal opinião só poderia fundar-se na hipótese religioso-metafísica de que o povo e só ele tomaria posse da

⁵² Kelsen, Hans. “Teoria Geral do Direito e do Estado”. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 412.

⁵³ Canotilho, J.J. Gomes. 1998, p. 1274.

sabedoria por via sobrenatural. Isto significa acreditar num direito divino do povo, tão inadmissível quanto a investidura divina de um príncipe.”⁵⁴.

Não bastante, a constitucionalização das teorias clássicas da democracia significa, também, na incorporação, ao texto constitucional, de suas mais diversas acepções. Neste sentido, Canotilho indica a presença dos elementos procedimentais e materiais da democracia na Constituição portuguesa, ressaltando-se que tal afirmação também é válida quando analisamos a Constituição Federal de 1988:

“Da mesma forma que o princípio do estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais. Com efeito, a Constituição Portuguesa de 1976 respondeu normativamente aos problemas da legitimidade-legitimação da ordem jurídico-constitucional em termos substanciais e em termos procedimentais: normativo-substancialmente, porque a constituição condicionou a legitimidade do domínio político à prossecução de determinados fins e à realização de determinados valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais pluralismo de expressão e organização político democrática); normativo-processualmente, porque vinculou a legitimação do poder à observância de determinadas regras e processos (*Legitimation durch Verfahren*).”⁵⁵.

Ainda, anota Canotilho, apenas após a apropriação das várias dimensões possíveis da democracia (a democracia enquanto um método de exercício do poder e a democracia enquanto um conjunto de preceitos que condicionam e informam o exercício deste poder) é que “se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio* e *ethos* da democracia”⁵⁶. Assim, a democracia constitucional impõe a adoção de determinados postulados das teorias democráticas representativas e das teorias democráticas participativas:

“Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo

⁵⁴ Kelsen, Hans. “A democracia”. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 103-104.

⁵⁵ Canotilho, J. J. Gomes. Op. cit., 1998, p. 277.

⁵⁶ Idem, p. 278.

crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”⁵⁷.

Por ser a Democracia Constitucional a forma pela qual os aspectos das teorias clássicas da democracia apresentam-se positivados, nosso objeto de estudo limitar-se-á aquilo vigente em nosso ordenamento jurídico. Os aspectos sociais e econômicos do voto – a despeito de relevantes – possuem relevância secundária neste trabalho.

Na conformação constitucional brasileira, a Democracia Constitucional assume, claramente, uma conformação de princípio dirigente do Estado e, ao mesmo tempo, técnica procedimental que disciplina quem e como deve exercer o poder político.

A despeito da necessária correlação entre os aspectos material e formal da democracia, o presente trabalho trata apenas da feição formal da democracia e, especificamente, dos direitos políticos, entendidos como normas jurídicas que disciplinam o poder de participação dos cidadãos na formação e exercício da soberania popular.

3.4. Democracia representativa.

A democracia direta é aquela consagrada na Grécia antiga, onde todos os cidadãos eram instados a se manifestar diretamente sobre os negócios do Estado. Reuniam-se todos nas ágoras e era posta em discussão determinada medida. Sobre a democracia direta, Georges Burdeau ensina que:

“el gobierno directo supone que el pueblo se gobierna directamente El mismo. Consiste en la aplicación integral de la idea democrática. Los individuos se reúnen en una plaza pública o en un campo y deciden los asuntos públicos.”⁵⁸.

Contudo, atualmente, a adoção de uma democracia direta é impossível, em virtude do enorme número de pessoas que podem participar nos negócios do Estado (basta imaginarmos, por exemplo, que nas últimas eleições, realizadas no ano de 2014, havia

⁵⁷ Idem, p. 278.

⁵⁸ BURDEAU, Georges. “Derecho Constitucional e Instituciones Politicas”. Madri: Editora Nacional, 1981, p. 175.

mais de cento e trinta e cinco milhões de eleitores), o que torna impossível a reunião de todos em uma praça pública. Nesse sentido, anota Paulo Bonavides que:

“Não seria possível ao Estado moderno adotar técnica de conhecimento e captação da vontade dos cidadãos semelhante àquela que se consagrava no Estado-cidade da Grécia. Até mesmo a imaginação se perturba em supor o tumulto que seria congregar em praça pública toda a massa do eleitorado, todo o corpo de cidadãos, para fazer as leis, para administrar.

Demais, o homem da democracia direta, que foi a democracia grega, era integralmente político. O homem do Estado moderno é homem apenas acessoriamente político, ainda nas democracias mais aprimoradas, onde todo um sistema de garantias jurídicas e sociais fazem efetiva e válida a sua condição de “sujeito” e não apenas “objeto” da organização política.”⁵⁹.

O próprio Burdeau assinala que, dada a impossibilidade material da democracia direta, atualmente praticada em apenas alguns rincões, o povo buscou outras maneiras de manifestar suas posições políticas, dentre elas a escolha de representantes eleitos:

“Pero, como es materialmente imposible que se reúna todas las veces que tiene que tomar una decisión, el pueblo instituye que realizarán los actos administrativos corrientes y se reserva las cuestiones más importantes, sobre todo la confección de las leyes.

Este procedimiento idílico de gobierno, que el próprio Rousseau reservaba al pueblo de Dios, ya no es hoy más que una curiosidad histórica. Existe todavía en algunos cantones suizos (Glaris, Unterwalden, Appenzell), donde cada año los ciudadanos de estos Estados minúsculos se reúnen em ‘Landsgemeinde’ pra votar las leyes, designar los funcionarios y nombrar los diputados de las asambleas federales”⁶⁰.

Assim, dada a impraticabilidade desta modalidade de democracia, surgiu, a partir do Século XVIII, a ideia de democracia representativa, onde o povo se faz presente indiretamente na atuação estatal, através de representantes eleitos para tanto. Nesse sentido, Robert Dahl pontifica que:

“Em 1820, James Stuart Mill descreveu o ‘sistema de representação’ como ‘a grandiosa descoberta dos tempos modernos’. Invenção inovadora, grandiosa descoberta: essas palavras nos ajudam a apreender um pouco da emoção que sentiram os reformadores democráticos ao desvendar o pensamento democrático tradicional e perceberam que

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 352.

⁶⁰ Idem.

seria possível criar uma nova espécie de democracia, enxertando a prática medieval da representação na árvore da democracia antiga.

Eles estavam certos. Em essência, o processo de ampliação levou a um governo representativo baseado em um *demos* inclusivo, ajudando a atingir a concepção moderna da democracia.”⁶¹.

Nas democracias representativas, o povo ainda é o titular do poder (mesmo porque, se não o fosse, estaria descaracterizada a democracia), contudo, não o exerce diretamente, mas o faz através de representantes, investidos em cargos políticos. Nesse sentido:

“Segundo a definição tradicional, um governo é ‘representativo’ porque e na medida em que os seus funcionários, durante a sua ocupação do poder, refletem a vontade do eleitorado e são responsáveis para com este. Segundo essa definição ‘um governo de funcionários, sejam legislativos, executivos ou judiciários, nomeados ou selecionados por outros processos, que não a eleição popular, ou então que, caso escolhidos por um eleitorado democraticamente constituído não refletem, na verdade, a vontade da maioria dos eleitores, ou cuja responsabilidade para com os eleitores não pode ser imposta, não é verdadeiramente representativo’.”⁶².

José Afonso da Silva, neste sentido, ressalta que a democracia representativa o povo é a “fonte primária do poder” que, em razão de diversos fatores como a extensão territorial, a densidade demográfica e a complexidade dos problemas sociais, não pode dirigir os negócios do Estado diretamente, motivo pelo qual “outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente”⁶³.

Na democracia representativa, nesse sentido, tem-se uma participação popular “indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo”⁶⁴.

Norberto Bobbio anota que na democracia representativa o povo outorga àqueles que elege um mandato, uma vez que esta é “a forma de governo em que o povo

⁶¹ DAHL, Robert A.. Op. cit., 2001, p. 120.

⁶² KELSEN, Hans. Op. cit., 2000, pp. 413-414.

⁶³ SILVA, José Afonso da. “O sistema representativo, democracia semidireta e democracia representativa”. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, 2003, pp. 97.

⁶⁴ Idem.

não toma ele mesmo as decisões que lhe dizem respeito, mas elege seus próprios representantes, que devem por ele decidir”⁶⁵.

Nesse sentido, a representação popular, e conseqüentemente uma parcela da soberania popular, é exercida de um mandato, em que o mandatário é credenciado ao exercício do poder “com liberdade absoluta para agir, buscando o melhor para o seu titular, o povo”. Assim, o mandato eletivo, afirma Djalma Pinto, é a “mais notável conquista para a consolidação da democracia, cuja característica reside em atribuir aos cidadãos a exclusiva titularidade do poder”⁶⁶.

O mandato representativo, nesta acepção, é a grande inovação da democracia representativa em comparação à democracia direta: é através deste que o verdadeiro detentor do poder político – o povo – exerce a sua soberania. É, como afirma Geraldo Ataliba, a “pedra de toque do sistema, o mandato põe-se como referência dos demais institutos informadores da República. Estes devem ser estudados e avaliados em função daqueles.”⁶⁷.

Contudo, é importante frisar que nas democracias representativas, o conceito de mandato é distinto do conceito de mandato imperativo, verificado em um modelo francês de democracia, anterior à Revolução Francesa, em que o parlamentar eleito era juridicamente obrigado a seguir a vontade – só e só – de seus eleitores⁶⁸.

O mandato, nas democracias representativas contemporâneas, confere ao mandatário o poder de decidir os meios e formas de realizar o bem geral, de forma desvinculada da vontade exclusiva de seus eleitores – tendo apenas o dever moral de observá-la – de forma que se abandonam os interesses particulares em prol do interesse geral⁶⁹.

Nesse sentido, Paulo Bonavides ensina que o mandato representativo possui quatro traços característicos, quais sejam: a generalidade, uma vez que o mandatário não

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. “Liberalismo e Democracia”. São Paulo: Brasiliense, 1989, pp. 33-34.

⁶⁶ PINTO: Djalma. “Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal: noções gerais”. São Paulo: Atlas, 2003, p. 89.

⁶⁷ ATALIBA, Geraldo. “República e constituição”. São Paulo: Malheiros, 2011, 92.

⁶⁸ ATALIBA, Geraldo. Op. cit., 2011, pp. 94-98.

⁶⁹ Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 84-85.

representa apenas um território, uma população ou um partido político, mas representa a nação em seu conjunto; a liberdade, uma vez que o representante exerce o seu mandato com absoluta autonomia da vontade, não podendo ser coagido por qualquer ação externa; a irrevogabilidade, pois o mandatário não pode ser destituído das funções que lhe foram atribuídas; e a independência, pois o mandatário não está vinculado, exclusivamente, à vontade de seus eleitores⁷⁰.

Assim, a democracia representativa é aquela em que o povo permanece sendo o único detentor da soberania, contudo, esta é exercida através de representantes investidos em um mandato representativos e escolhidos através do instrumento objeto de estudo do presente trabalho: o voto.

3.5. Democracia semidireta.

O ordenamento jurídico pode prever, também, elementos próprios das democracias representativas e – ao mesmo tempo – formas de participação do povo próprias das democracias diretas. Ocorrendo a existência de características tanto da democracia direta quanto da indireta, existirá uma democracia semidireta:

“Aunque sea inconcebible un gobierno directo puro em nuestros días, la experiencia constitucional nos muestra la vitalidad de las instituciones del gobierno semidirecto, que combina la idea representativa y la democracia pura. La nación instruye representantes, hay assembleas, pero sobre las cuestiones más importantes, sobre todo legislativas, el pueblo se reserva el poder de decisión. Los procedimientos por los cuales lo ejerce son el veto, la iniciativa y el referéndum”⁷¹.

Nas democracias semidiretas, afirma Paulo Bonavides, o povo “não é apenas um colaborador político, consoante se dá na democracia indireta, mas também colaborador jurídico. O povo não só elege, como legisla.”⁷².

A democracia direta, no Brasil, manifesta-se através de quatro instrumentos constitucionais, quais sejam: (a) ação popular, alçada, inclusive, à categoria de direito

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 2011, pp. 336-338.

⁷¹ BURDEAU, Georges. Op. cit., 1981, p. 176.

⁷² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2011, p. 355.

fundamental do cidadão brasileiro, prevista no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal⁷³; (b) iniciativa popular, prevista no artigo 14⁷⁴, III, de nossa Lei Maior, que permite aos cidadãos apresentarem projetos de lei ao legislativo, dêe que subscrito por um número considerável de eleitores; (c) referendo popular, previsto no artigo 14, II, da Constituição, caracterizado pela consulta à população sobre um projeto legislativo já elaborado; e, finalmente, (d) do plebiscito, insculpido no artigo 14, I, da Constituição Federal, caracterizado pela consulta à população de uma questão política, antes da elaboração de um projeto pelo legislativo.

A primeira forma de exercício da democracia direta, no Brasil, é através da lei de iniciativa popular. A iniciativa é o ato que deflagra a criação de uma lei. Este processo poderá ser iniciado tanto pelos representantes do povo (Presidente da República, Deputados, Senadores, Comissão da Câmara dos Deputados, Comissão do Senado Federal, Comissão do Congresso Nacional) e por certos órgãos não democráticos⁷⁵, como pelos próprios cidadãos, através da iniciativa popular.

Com efeito, a iniciativa popular é a possibilidade de o povo apresentar projetos de lei ao Poder Legislativo, dêe que este projeto esteja referendado por uma quantidade considerável de eleitores. Sobre esta modalidade de participação direta do cidadão no Governo, José Afonso da Silva, com muita clareza, ensina que:

“a *iniciativa popular* pela qual se admite que o povo apresente projetos de lei ao legislativo, desde que subscritos por número razoável de eleitores, acolhida no art. 14, III, e regulada no art. 61, § 2º; o projeto precisa ser subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuídos pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (...).”⁷⁶.

⁷³ “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

⁷⁴ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores (quando tratar-se de normas atinentes ao Poder Judiciário) e o Procurador-Geral da República (quando a matéria legislativa versar sobre o Ministério Público Federal).

⁷⁶ SILVA, José Afonso. Op. cit., 2008, p. 141.

O referendo popular, por sua vez, é modalidade de atuação direta do cidadão no Estado através da consulta da opinião pública acerca de um projeto de lei já aprovado pelo Congresso, de maneira que o projeto somente será aprovado se concedido o aval do corpo democrático. O referendo, portanto, ratifica determinada medida legislativa.

Assim, o referendo popular:

“se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio chefe do executivo, de sorte que o projeto se terá por aprovado apenas se receber votação favorável do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-á rejeitado”⁷⁷.

O plebiscito, por sua vez, em muito se assemelha ao referendo popular, diferindo deste no momento de realização da consulta popular. Ao passo que este é realizado após a elaboração do projeto pelo legislativo, o plebiscito é realizado antes da elaboração do projeto, para dirimir questão de relevância. Visa, portanto, “decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa”⁷⁸. O plebiscito, portanto, autoriza a adoção da medida pelo Poder Legislativo.

A ação popular, por sua vez, viabiliza a participação direta do cidadão na condição de “fiscalizador” do Poder Público. Esta “garante, em última análise, o direito democrático de participação do cidadão na vida pública, baseando-se no princípio da legalidade dos atos administrativos e no conceito de que a coisa pública é patrimônio do povo”⁷⁹.

A ação popular é o instrumento que permite ao cidadão “controlar” a atuação de seus representantes, que deverão fazê-la de acordo com o interesse público. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos ensina que:

“Dá-se, na verdade, a consagração de um direito político, de matriz nitidamente democrático, à ajuda do qual o cidadão ascende à condição de controlador da legalidade administrativa. Com pena de mestre, José Afonso da Silva versa o tema: ‘Como já vimos, a ação popular constitui um instituto de democracia direta, e o cidadão que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2008, p. 142.

⁷⁸ Idem, p. 142.

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. “A tutela jurisdicional dos interesses difusos”, in RePro 14-15, p. 38.

de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade. Diretamente, é certo, o interesse defendido não é do cidadão, mas da entidade pública ou particular sindicável e da coletividade, por consequência. Mas é seu também, como membro da coletividade.”⁸⁰.

O entendimento de que, no Brasil, existe uma democracia semidireta decorre, também, da leitura do parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição Federal, que estatui que “todo poder emana do povo, que o exerce *por meio de representantes eleitos ou diretamente*”.

É inafastável a conclusão, portanto, que no ordenamento jurídico vigente no Brasil, a democracia possui elementos próprios da imediatividade, em que o cidadão atua diretamente na vida política do Estado (como nos casos em que ajuíza uma ação popular, com fundamento no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal, ou em que apresenta uma representação aos Tribunais de Contas, com fulcro no artigo 74, § 2º, também da Constituição Federal), e elementos de representatividade, no qual o poder é exercido através de representantes eleitos.

⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 246.

4. Direitos políticos e sufrágio.

4.1. Os direitos políticos.

Para o presente trabalho, direitos políticos – conforme será demonstrado – são o conjunto de normas jurídicas, com a finalidade de conferir aos cidadãos brasileiros instrumentos que possibilitem a sua participação no governo, seja votando, sendo votado, ou seja, ainda, nele intervindo diretamente.

José Afonso da Silva, neste sentido, ensina que os direitos políticos constituem técnicas com a finalidade de efetivar, e regulamentar, a participação do povo nos negócios do estado:

“O regime representativo desenvolveu técnicas destinadas a efetivar a designação dos representantes do povo nos órgãos governamentais. A princípio, essas técnicas aplicavam-se empiricamente nas épocas em que o povo deveria proceder à escolha dos seus representantes. Aos poucos, porém, certos modos de proceder foram transformando-se em regras, que o direito positivo sancionara como normas de agir. Assim, o direito democrático de participação do povo no governo, por seus representantes, acabara exigindo a formação de um conjunto de normas legais permanentes, que recebera a denominação de *direitos políticos*.”⁸¹.

Ainda, José Antônio Pimenta Bueno afirma que “os direitos políticos são prerrogativas, atributos, faculdades ou poderes de intervenção dos cidadãos no governo de seu país, intervenção essa mais ou menos ampla, direta ou indireta, segundo a intensidade do gozo desses direitos”⁸².

Antônio Carlos Mendes ensina que os direitos políticos descrevem situações em que o cidadão brasileiro poderá participar ativamente nos negócios do Estado, seja votando, seja sendo votado, ou, ainda, fiscalizando diretamente os atos do poder público:

“Os direitos políticos decorrem, pois, de situações subjetivas expressas ou implicitamente contidas em preceitos e princípios constitucionais, reconhecendo aos brasileiros o poder de participação na condução dos negócios públicos: (a) votando, (b) sendo votado, inclusive investindo-se em cargos públicos e (c) fiscalizando os atos do

⁸¹ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 2008, p. 344.

⁸² BUENO, José Antônio Pimenta. “Direito público brasileiro e a análise da Constituição do Império”. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 458.

poder público visando ao controle da legalidade e da moralidade administrativa”⁸³.

Dada a relevância destes direitos, Norberto Bobbio afirma que “os direitos políticos exigem regras constitucionais instituidoras de direitos e garantias dos cidadãos, por meio das quais informam a vontade coletiva, a qual será imposta ao Estado, estabelecendo seus objetivos, formas e limites de atuação”⁸⁴.

É através destes direitos, anota José Jairo Gomes, que as pessoas intervêm e participam no governo, ressaltando que os direitos políticos não são conferidos a todos os habitantes do território, mas apenas àqueles que preencham determinados requisitos previstos na Constituição Federal⁸⁵.

Considerando o disposto no texto constitucional, José Afonso da Silva afirma que “os direitos políticos consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular”⁸⁶.

A Constituição Federal de 1988 trata dos direitos políticos no Capítulo IV, do Título II, trazendo um conjunto de normas que regula o exercício da soberania popular e dispondo que esta será exercida através do sufrágio e do voto. No presente capítulo, será abordada a conformação dos direitos políticos enquanto direitos fundamentais e, em segundo momento, apresentaremos a sua conformação constitucional.

4.2. Os Direitos políticos enquanto direitos fundamentais.

A relevância dos direitos políticos e a sua inclusão no rol de direitos humanos não é uma construção atual; pelo contrário: os direitos políticos figuram nas primeiras declarações de direitos humanos – e continuaram a configurar nestas declarações até a atualidade.

⁸³ MENDES, Antônio Carlos. Op. cit., 1994, p. 73.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. “Teoria Geral da Política: a filosofia e as lições dos clássicos”. Trd. Daniela Baccacia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 419.

⁸⁵ GOMES, José Jairo. “Direitos Políticos”. In Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n° 100, jan./jun. 2010, p. 107.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 2008, p. 345.

A “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia”, de 1776, dispõe em seu artigo 6º, que as eleições de representantes do povo devem ser livres e que todos aqueles que se dediquem à comunidade e com consciência do “interesse comum permanente” têm direito de voto e não podem ser submetidos à nenhuma lei que não tenha sido elaborada sem o seu consentimento⁸⁷.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prevê em seu artigo 6º que a lei é a expressão da vontade geral e que todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de seus representantes, para a sua formação⁸⁸.

O artigo 21, da Declaração Universal de Direitos Humanos, dispõe que toda pessoa tem direito de participar no governo de seu país, seja diretamente, seja através de representantes livremente escolhidos para tanto, através de eleições periódicas por sufrágio universal e de um procedimento que assegure a liberdade do voto⁸⁹.

Nas Américas, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, prevê em seu artigo XX o direito de sufrágio e participação – diretamente ou através de representantes democraticamente eleitos – de toda pessoa legalmente capacitada⁹⁰.

⁸⁷ “Section 6. That elections of members to serve as representatives of the people, in assembly ought to be free; and that all men, having sufficient evidence of permanent common interest with, and attachment to, the community, have the right of suffrage and cannot be taxed or deprived of their property for public uses without their own consent or that of their representatives so elected, nor bound by any law to which they have not, in like manner, assembled for the public good.”

⁸⁸ “La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.”

⁸⁹ “Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.”

⁹⁰ “Artículo XX. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.”

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) em seu artigo 23 prevê e regulamenta o exercício dos Direitos Políticos pelos cidadãos:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Este artigo consagra os direitos políticos na OEA, dando-lhes sua conformação e impõe aos Estados que utilizem instrumentos que possibilitem ao cidadão a participação no governo, seja votando, sendo votado, ou seja, ainda, nele intervindo diretamente, bem como que adotem medidas que assegurem diversos direitos decorrentes da faceta material da democracia, em especial a liberdade de pensamento e de expressão, assim como afirmou a Corte Interamericana de Direitos Humanos quando do julgamento do caso Ricardo Canese vs. Paraguai:

“La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí.”⁹¹.

⁹¹ Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguai, sentença proferida em 31 de agosto de 2004, parágrafo 90.

Ao julgar o caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, a Corte Interamericana reafirma o vínculo íntimo entre a democracia – e consequentemente os direitos políticos – e os direitos humanos:

“Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático”⁹².

Néviton Guedes afirma que é “evidente, pois, a natureza jusfundamental dos direitos políticos”, tanto por estes estarem inseridos no Título da Constituição dedicado aos direitos fundamentais, como “porque a ninguém ocorreria negar a dignidade constitucional das condutas que os direitos políticos asseguram”⁹³.

A inserção dos direitos políticos no rol de direitos fundamentais – constituindo um subsistema destes – é, também, a conclusão de José Jairo Gomes, que consigna que “o desenvolvimento desse subsistema é sobremodo relevante, pois significa a institucionalização daqueles direitos e dos valores que expressam, e isso é essencial para otimizar a proteção destes”⁹⁴.

O reconhecimento dos direitos políticos enquanto direitos fundamentais acarreta, afirma Néviton Guedes, uma série de consequências quanto à sua qualidade e significados jurídicos; à sua dimensão na ordem jurídica; à sua intensidade e à forma das restrições que se lhe possam impor; seus titulares e destinatários; e quanto ao Direito Eleitoral e aos demais ramos do Direito⁹⁵.

Assim, dado o fato dos direitos políticos configurarem parcela dos direitos fundamentais, seu núcleo essencial está protegido das alterações legislativas e constitucionais casuísticas, ainda que motivadas pela maioria da população.

⁹² Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentença proferida em 06 de agosto de 2008, parágrafo 140.

⁹³ GUEDES, Néviton. “Comentários ao artigo 14, da Constituição Federal”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. “Comentários à Constituição do Brasil” (Coords.). São Paulo: Saraiva/Almedina., 2013, p. 659.

⁹⁴ GOMES, José Jairo. *Op. cit.*, 2010, p. 113.

⁹⁵ GUEDES, Néviton. *Op. cit.*, 2013, pp. 659-660.

4.3. Conceito de sufrágio.

O direito de sufrágio é instrumento de realização do princípio democrático, através deste legitima-se a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, fixa-se a organização e distribuição dos poderes. Configuram, portanto, a faceta procedimental das democracias constitucionais.

Nesse sentido, o sufrágio confunde-se com a técnica procedimental que disciplina quem e como deve exercer o poder político e, conseqüentemente, com o rol de direitos que disciplinam a participação democrática do povo no Estado.

A Constituição Federal trata nos seus artigos 14 a 17 dos direitos políticos e, do *caput* do artigo 14, decorre a conclusão de que o direito de sufrágio é, no ordenamento jurídico brasileiro, a expressão dos direitos políticos.

O direito de sufrágio, analisado ao lume da Constituição Federal, corresponde ao direito subjetivo, de titularidade de todos aqueles que possuem nacionalidade brasileira e exercitável apenas por aqueles que realizam o alistamento eleitoral de manifestar opiniões. Nesse sentido, realizando prudente análise do artigo 14 da Constituição Federal, Antônio Carlos Mendes ensina que:

“O sufrágio é um direito público subjetivo. Decorre do art. 14 e parágrafos da Constituição Federal de 1988 e tem o seguinte conteúdo normativo que resulta da letra do preceito: (a) o sufrágio é *universal* e o alistamento obrigatório, (b) o *voto é direito, secreto, obrigatório e igual* para todos. Por outro lado, implicitamente, denota-se que o *voto é, também, pessoal*”⁹⁶.

De acordo com José Afonso da Silva, o sufrágio conforma o direito constitucional do cidadão de votar, ser votado e de participar diretamente nos negócios do Estado:

“O sufrágio (do latim *suffragium* = aprovação, apoio) é, como nota Carlos S. Fayat, um direito público subjetivo de natureza política que tem o cidadão de eleger, ser eleito e participar da organização e da atividade do poder estatal. É um direito que decorre diretamente do

⁹⁶ MENDES, Antônio Carlos. Op. cit., 1994, p. 74.

princípio de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes *eleitos* ou diretamente.”⁹⁷.

Assim, o direito de sufrágio possui duas vertentes distintas: (a) assegura ao cidadão a possibilidade de atuar ativamente nos negócios do Estado através do voto; e (b) garante a possibilidade de o cidadão ser eleito para qualquer cargo público, pleiteando votos.

Nesta concepção, “segundo a nossa Constituição, portanto, no seu âmbito de proteção, o direito ao sufrágio assegura não apenas o direito eleitoral ativo (capacidade de votar), como também o direito eleitoral passivo (a elegibilidade, ou a capacidade de ser votado)”⁹⁸.

É conclusão lógica, portanto, que, a despeito de das palavras voto e sufrágio serem empregadas como se designassem a mesma realidade, a Constituição – e em especial o *caput* do artigo 14 – lhes dão significados distintos: o sufrágio é instrumento da soberania popular e será exercido, ativamente, através do direito ao voto.

Logo, o direito ao voto constitui um subsistema do direito de sufrágio, assim como o direito de pleitear votos. Esta é, também, a conclusão de Néviton Guedes:

“(…) sendo o sufrágio a essência do direito político subjetivo e, como tal, pode ser ativo ou passivo, sendo, segundo o texto constitucional universal. É também, em qualquer de suas manifestações (sufrágio ativo ou passivo) igual, livre e direto. Já o voto, conquanto seja uma das condutas abarcadas pelo âmbito de proteção do direito fundamental ao sufrágio, certamente uma das mais importantes, de forma alguma é a única expressão ou conduta protegida pela norma de direito fundamental que protege o sufrágio.”⁹⁹.

O direito de sufrágio, no ordenamento jurídico brasileiro, assume duas feições distintas: ora manifesta-se ativamente, através do direito ao voto, ora passivamente, através das elegibilidades.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 1994, p. 349.

⁹⁸ GUEDES, Néviton. Op. cit., 2013, p. 664.

⁹⁹ Idem, pp. 663-664.

4.4. Espécies de Direitos Políticos.

Decorre do texto constitucional que o sufrágio constitui duas categorias distintas de direitos: pode manifestar-se ativamente, através do exercício do direito ao voto, ou passivamente, outorgando aos cidadãos brasileiros a possibilidade de candidatarem-se a cargos eletivos, pleiteando votos em eleições.

O sufrágio, e conseqüentemente os direitos políticos, podem ser divididos, portanto, em duas espécies distintas: os direitos políticos ativos, que dizem respeito ao direito ao voto e os direitos políticos passivos, que disciplinam a possibilidade de o cidadão brasileiro pleitear votos.

4.4.1. Direitos políticos ativos.

A espécie dos direitos políticos ativos diz respeito à possibilidade de o cidadão brasileiro manifestar sua opinião através do direito ao voto em eleições.

A Constituição Federal estatui que o sufrágio é universal e será exercido através do voto direto, secreto e universal. O direito ao voto será objeto de capítulo próprio, onde serão analisados os seus elementos essenciais e a sua conformação na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, reconhecer que o sufrágio é universal significa afirmarmos que o direito ao voto não pode ser restringido pelo legislador infraconstitucional, sendo flagrantemente atentatória à Constituição Federal qualquer tentativa de impor restrições ao exercício deste direito. Essas restrições, contudo, podem ser impostas pelo Poder Constituinte Originário, dadas suas características de inicialidade e incondicionalidade.

O § 2º, do artigo 14, da Constituição Federal¹⁰⁰, ao impedir o alistamento eleitoral dos estrangeiros e dos conscritos, bem como dos absolutamente incapazes, caracterizados pela lei civil, impediu-os, impondo-lhes verdadeira restrição de exercer o

¹⁰⁰ “Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o serviço militar obrigatório, os conscritos.”.

“ius suffragii”. Referidas restrições, como nota Antônio Carlos Mendes, dão a forma, o conteúdo e o alcance desse direito público subjetivo:

“Contudo, existem restrições enunciadas por preceitos e princípios constitucionais que, assim, dão a forma, o conteúdo e o alcance desse direito público subjetivo. Portanto, não desfrutam do sufrágio: (os inalistáveis, a teor do § 2º do art. 14 da Constituição Federal de 1988, entendendo-se nessas condições os (b) estrangeiros e (c) os conscritos. Também (d) os absolutamente incapazes, na acepção da lei civil, não são alistáveis.”¹⁰¹

Decorre, também, do artigo 14, da Constituição Federal, a obrigatoriedade do voto para os maiores de dezoito anos e a sua facultatividade para os analfabetos, maiores de setenta anos e maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos. Assim, para aqueles maiores de dezoito anos e menores de setenta, o sufrágio é um “direito-dever”, possuindo verdadeiras características sinalagmáticas¹⁰², onde ambas as partes envolvidas possuem direitos e deveres.

Deve-se ressaltar, aqui, que o sufrágio ativo é exercido através do direito ao voto: este, portanto, é espécie de direitos políticos e não se confunde com o sufrágio.

4.4.2. Direitos políticos passivos.

Finalmente, o “ius honorum” expressa a possibilidade do cidadão, atendidos certos requisitos legalmente previstos, angariar votos, com vistas à investidura em um cargo onde representará os interesses dos verdadeiros detentores do poder: o povo.

É, portanto, o direito subjetivo público de pleitear aos eleitores a designação para ocupar, durante um certo lapso temporal, um mandato político no Legislativo ou no Executivo, atendidos certos pressupostos e requisitos previstos em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, Antônio Carlos Mendes:

¹⁰¹ MENDES, Antônio Carlos. Op. cit., p. 75.

¹⁰² Uma relação sinalagmática, para o direito privado, é aquela “em que cada um dos contraentes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, pois produz direitos e obrigações para ambos, tendo por característica principal o *sinalagma*, ou seja, a dependência recíproca de obrigações; daí serem também denominados contratos sinalagmáticos.” O mesmo aplica-se neste caso. (DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro”. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2009, p. 76).

“Elegibilidade significa o direito de ser votado. Logo, o elegível é o cidadão apto a ser eleito, isto é, receber votos. Portanto, trata-se de *aptidão* do cidadão de apresentar-se candidato, postulando o voto dos eleitores.

A elegibilidade, porém, é uma aptidão jurídica. Pressupõe a reunião de condições determinadas pelo Direito positivo. Esses pressupostos têm, no Direito brasileiro, fundamento constitucional. Todavia, a lei ordinária federal poderá *regulamentar* as condições constitucionalmente previstas.”¹⁰³.

O exercício do direito subjetivo público está condicionado à certos pressupostos que decorrem da leitura do artigo 14, § 3º, da Constituição Federal. Estes são: (i) a nacionalidade brasileira; (ii) o pleno exercício dos direitos políticos; (iii) o alistamento eleitoral; (iv) o domicílio eleitoral na circunscrição; (v) a filiação partidária; e, finalmente (vi) a idade mínima.

O pressuposto da nacionalidade brasileira não é exclusivo do “*ius honorum*”. Este é, em verdade, um pressuposto ao exercício de todas as modalidades de direitos políticos. Com efeito, a nacionalidade brasileira é um requisito para a titularidade dos direitos políticos. Contudo, Antônio Carlos Mendes, sempre com muita propriedade, relembra-nos de uma única ocasião onde a nacionalidade brasileira é um pressuposto exclusivo da elegibilidade:

“Há uma única hipótese, todavia, em que a nacionalidade brasileira tem relevância enquanto pressuposto de elegibilidade. Trata-se das eleições presidenciais. O art. 12 e seu § 3º, I, da Constituição Federal de 1988 exigem que cargos de *Presidente* e *Vice-Presidente da República* sejam ocupados por *brasileiros natos*. Esse preceito fixa o conteúdo do art. 14, § 3º, I, da Constituição Federal de 1988 e estipula que *brasileiro nato* é condição de elegibilidade.”¹⁰⁴.

Logo, a condição de nacionalidade brasileira originária somente será um verdadeiro pressuposto da elegibilidade quando houver expressa exigência da Constituição Federal. Em todos os outros casos, a nacionalidade brasileira, seja originária, seja adquirida, é, na verdade, um pressuposto para a titularidade dos direitos políticos.

Outro pressuposto para a elegibilidade é o pleno exercício dos direitos políticos. Estes, tal qual afirmado anteriormente, somente são exercíveis após o alistamento eleitoral daqueles que possuem nacionalidade brasileira. Assim, o

¹⁰³ MENDES, Antônio Carlos. Op. cit., p. 102.

¹⁰⁴ Idem, p. 103.

pressuposto previsto no artigo 14, § 3º, III, da Constituição Federal, acaba por abranger o pressuposto do alistamento eleitoral, previsto no inciso seguinte.

Com efeito, além do alistamento, para o “pleno exercício dos direitos políticos” é necessário o cumprimento de certos deveres impostos aos cidadãos. Relembre-se que, tal qual afirmado anteriormente que o sufrágio é um “direito-dever”, com características sinalagmáticas, onde ambas as partes envolvidas possuem direitos e obrigações. Pois bem, para haver o pleno exercício dos direitos políticos é imprescindível que o cidadão esteja em dia com estas obrigações decorrentes do “ius suffragii”.

Ao lado destes pressupostos, existe, ainda, a exigência de uma idade mínima para pleitear-se um cargo eletivo. Ao passo que o direito de votar é exercitável, de acordo com o artigo 14, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal, pelos maiores de dezesseis anos, dêz que devidamente alistados, o “ius honorum” somente é exercitável pelos maiores de dezoito anos, ocasião em que poderão pleitear o cargo de Vereador, a teor do disposto no artigo 14, § 3º, VI, “d”, da Constituição Federal.

Outro pressuposto ao exercício do “ius honorum” constitucionalmente previsto é o domicílio eleitoral na circunscrição. O domicílio eleitoral é a circunscrição eleitoral onde o cidadão exerce sua vida política. Não se confunde, assim com o seu domicílio civil. Nesse sentido, é firme a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, “*verbis*”:

DOMICILIO ELEITORAL. NAO SE CONFUNDE COM DOMICILIO CIVIL. FATOS QUE DEMONSTRAM A EXISTENCIA DO DOMICILIO ELEITORAL. PROVA.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 6369, Acórdão nº 8246 de 03/10/1986, Relator(a) Min. ROBERTO FERREIRA ROSAS, Publicação: BEL - Boletim Eleitoral, Volume 424, Página 766)

DIREITO ELEITORAL. CONTRADITÓRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA. DOMICÍLIO ELEITORAL. CONCEITUAÇÃO E ENQUADRAMENTO. MATÉRIA DE DIREITO. MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - O conceito de domicílio eleitoral não se confunde com o de domicílio do direito comum, regido pelo Direito Civil. Mais flexível e elástico, identifica-se com a residência e o lugar onde o interessado tem vínculos políticos e sociais.

II - Não se pode negar tais vínculos políticos, sociais e afetivos do candidato com o município no qual, nas eleições imediatamente anteriores, teve ele mais da metade dos votos para o posto pelo qual disputava.

(...)

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 16397, Acórdão nº 16397 de 29/08/2000, Relator (a) Min. JACY GARCIA VIEIRA, Publicação: DJ -

Diário de Justiça, Data 09/03/2001, Página 203 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 12, tomo 3, Página 153)

Finalmente, o último dos pressupostos para a elegibilidade é a filiação partidária. Decorre deste pressuposto o monopólio dos partidos políticos na apresentação das candidaturas. Com efeito, sem estar filiado a um partido político, um cidadão não poderá exercer o “ius honorum”.

Sobre a necessidade de filiação partidária, Antônio Carlos Mendes ensina que:

“os partidos políticos têm o *monopólio* ou a exclusividade na apresentação de candidaturas. Esse *monopólio* exclui a possibilidade de candidaturas isoladas ou independentes.

Desta forma, o eleitor, para ser candidato, deve filiar-se tempestivamente, a partido político. Esse lapso temporal estatuído por lei ordinária federal é constitucional e integra as condições de elegibilidade.”¹⁰⁵.

Salta aos olhos, assim, a característica principal deste plexo de direitos: garantem ao cidadão, desde que atendidos certos requisitos, a possibilidade de pleitear um cargo eletivo, que deverá ser alçado através da captação de votos.

¹⁰⁵ MENDES, Antônio Carlos. Op. cit., 1994, p. 106.

5. Garantias institucionais inerentes ao voto.

5.1. Natureza jurídica do voto.

A adoção de uma democracia constitucional propriamente dita impõe que os Estados adotem não apenas um conjunto de ideais democráticos de liberdade, igualdade e fraternidade. É preciso, também, a apropriação de instrumentos e procedimentos que viabilizem a participação do povo no Estado.

É dizer: não basta a mera declaração de que o Estado adota a democracia enquanto forma de governo. A Constituição do Estado deve prever e adotar – de forma irrevogável – ambas facetas da democracia: formal e material.

Os direitos políticos, neste cenário, integram – principalmente – a faceta formal das democracias constitucionais, uma vez que regulam a forma de participação do povo nos negócios do Estado, dispondo sobre procedimentos que conferem ao cidadão direitos subjetivos de manifestar suas opiniões.

São o conjunto de normas jurídicas que estabelecem procedimentos e processos que viabilizam que o cidadão vote, seja votado ou, ainda, participe diretamente na formação da vontade estatal.

Isoladamente considerado, o voto nada mais é do que a expressão de uma vontade. Aquele que vota manifesta a sua vontade em algum processo decisório: condôminos votam em uma assembleia condominial; desembargadores e ministros manifestam suas opiniões através de votos; parlamentares manifestam sua aquiescência – ou não – a determinado projeto de lei através do voto, etc.

A depender do ordenamento jurídico em que está inserido, o voto pode assumir distintas duas naturezas jurídicas, ora apresenta-se enquanto um direito, ora apresenta-se enquanto uma função.

No final do século XVIII, conforme anota Carré de Malberg, o direito ao voto era inserido em um conceito de soberania individual e, portanto, muitas vezes considerado um “derecho original, innato em la persona del ciudadano”¹⁰⁶.

Contudo, o próprio Carré de Malberg anota que esta concepção rousсенiana do direito ao voto enquanto decorrência de um conceito de soberania individual é ultrapassada, por dois motivos distintos: cria um verdadeiro paradoxo, pois ao mesmo tempo em que afirma que todos os cidadãos são soberanos, que exige que a vontade da minoria se submeta à vontade das maiorias – sendo anulada e submetida por esta – e que nada, em um Estado, pode se pretender soberano anteriormente à Constituição, que fixa a organização estatal¹⁰⁷.

De acordo com Carré de Malberg, o voto apresenta-se enquanto uma função em razão de três motivos distintos¹⁰⁸. O primeiro destes motivos é o fato de que os cidadãos somente exercem uma parcela da soberania popular em virtude do texto constitucional, de forma que, quando um cidadão vota, não o faz como detentor de um direito natural, mas em virtude de um direito outorgado e derivado do texto constitucional. O segundo motivo que conforma o voto enquanto uma função é fato de que o cidadão, ao votar, não atua por conta própria, como pessoa distinta ou anterior ao Estado, mas exerce uma atividade estatal em nome e por conta do Estado. Finalmente, o terceiro destes motivos diz respeito ao fato de que o eleitor somente poderá votar dentro de limites e sob as condições que a constituição determina.

¹⁰⁶ MALBERG, R. Carré de. “Teoria General del Estado”. Trad. DEPETRE, José Lión. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 1183.

¹⁰⁷ No original: “En primer lugar, la idea de una soberanía individual del ciudadano es inconciliable con la realidad positiva, que exige que la voluntad de la minoría se sometía a la voluntad de la mayoría y sea jurídicamente ineficaz con respecto a esta última. Este es un punto que há sido terminantemente establecido por Esmein especialmente (Eléments, 7ª ed., vol. I, p. 356) y también por Duguit (L’Etat, vol. I, pp. 85-86). Observan estos autores que el ciudadano no puede ser a la vez soberano y estar sometido a la voluntad de otros ciudadanos, aunque éstos estuviessen em mayoría.

(...)

En segundo lugar, la doctrina que ve em el derecho de sufragio um derecho individual de soberanía comete un error fundamental con respecto a la naturaleza real y a los orígenes de la soberanía. Nadie, em el Estado, puede pretenderse soberano com anterioridad a la Constitución originaria que fija la organización estatal. La razón decisiva de ello es que la soberanía solo se origina por efecto de esta organización. (...). (MALBERG, R. Carré de. Op. cit., 2001, pp. 1184-1186).

¹⁰⁸ Nesse sentido, MALBERG, R. Carré de. “Teoria General del Estado”. Trad. DEPETRE, José Lión. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 1186-1187.

Esta concepção de voto enquanto função estatal, afasta o voto do conceito de direito inerente ao cidadão: apenas atendidos específicos requisitos previstos no texto constitucional é que o cidadão poderá exercer a função de votar. A respeito desta concepção, Carlos S. Fayat anota que:

En definitiva, la tesis de que la función de elector no es un derecho, se basa en el principio de la soberanía nacional. En el seno de la nación no puede existir otro poder que el poder nacional mismo. Por consiguiente, cuando el ciudadano ejerce el poder nacional, este poder, en sus manos, debe considerarse como una dependencia o u.ia emanación del poder mismo de la nación. Así el elector aparece como un funcionario nacional, como un agente de ejercicio del poder nacional. De ahí también que la nación —según este criterio—, es dueña de determinar las condiciones para el ejercicio del sufragio por parte de sus miembros, considerándose ciudadanos "activos" aquellos ciudadanos que cumplen o reúnen las condiciones establecidas. Esto hace del derecho electoral una función constitucional. De ahí que no obstante el sufragio universal, se mantenga en el fondo la distinción entre ciudadanos activos y pasivos; que se determinen las condiciones de adquisición y ejercicio del derecho de sufragio; que se establezcan distinciones personales por edad, sexo, domicilio, dignidad o prestigio, limitaciones que no podrían imponerse si el sufragio fuera un derecho natural o un derecho individual inherente a la ciudadanía.¹⁰⁹

Carré de Malberg assinala, também, que ao investir o cidadão da função de votar, a constituição não lhe atribui apenas a possibilidade de emitir um voto, mas também lhe impõe o dever de votar:

“Al habilitar al ciudadano para la elección, la Constitución no sólo le confiere la potestad de emitir un voto, sino que le impone también el deber de votar. El elector está obligado a votar, del mismo modo que el juez está obligado a juzgar o que el administrador está obligado a cumplir los actos de su función”¹¹⁰.

Esta possível natureza jurídica do voto, portanto, funda-se no princípio de que o eleitor é um elemento do Estado, cuja concepção é dada pela constituição vigente – e, portanto, que não decorre, diretamente, de um conceito de soberania popular – e que ao emitir o seu voto, o eleitor exerce uma função estatal. Ou seja, o “eleitor é tão somente instrumento ou órgão de que se serve a nação para criar o órgão maior – o corpo

¹⁰⁹ FAYT, Carlos S.. “Derecho Político”. Buenos Aires: La Ley, 2006, 9ª ed., vol. II, p. 183.

¹¹⁰ MALBERG, R. Carré de. Op. cit., 2001, p. 1197.

representativo – a que delega o poder soberano, do qual todavia se conserva sempre titular.”¹¹¹. Essa concepção, de acordo com José Afonso da Silva, possui:

“(…) forte conteúdo fascista de um Estado absorvente, que não reconhece o princípio da soberania popular, identifica o interesse da coletividade com o dos detentores do poder, e coloca o cidadão a serviço destes, não lhe permitindo a manifestação de vontade livre e autônoma, porque sujeita e subordinada a uma *razão de Estado*, ditada pelos interesses dominantes.”¹¹².

A concepção do voto enquanto um direito, por sua vez, decorre de um entendimento que remonta à antiguidade romana de que o voto é o direito do cidadão expressar, publica ou secretamente, sua vontade em um assunto ou negócio público, para decidir uma eleição ou uma tomar uma resolução de interesse geral, tal qual ensina Rafael Bielsa¹¹³. Paulo Bonavides afirma que:

“Quanto ao sufrágio-direito, resulta da concepção de que, sendo o povo soberano, cada indivíduo, como membro da coletividade política, é titular de parte ou fração da soberania. Toma-se o povo numa acepção quantitativa; faz-se do sufrágio a expressão da vontade própria, autônoma, primária, de cada indivíduo componente do colégio eleitoral; admite-se enfim que o voto sendo um direito — seu exercício será facultativo e que o mais lógico para a natureza do mandato seria considerá-lo imperativo e não representativo.”¹¹⁴.

Ainda, por ser uma forma de exercício dos direitos políticos, o voto deverá ser, conseqüentemente, um direito político. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que “o voto é ato político que materializa, na prática, o direito público subjetivo de sufrágio (...) portanto, a ação de emitir-lo é também um direito, e direito subjetivo”¹¹⁵. Carlos S. Fayat também afirma que o voto é um direito, uma vez que decorre do sufrágio:

“El sufragio es un derecho político. Los derechos políticos se caracterizan por objetivarse en diversas funciones relacionadas con la organización y, en esencia, con el poder de la comunidad sobre sí. Con el poder que ésta tiene de constituirse y organizarse política y jurídicamente y, hecho esto, de elegir a las autoridades para los distintos centros de poder organizado y aun participar en las decisiones políticas. El sufragio no puede ser aislado de su significación política, de su conexión con el poder, con la organización política y el ordenamiento de la comunidad. La energía política, en cuanto actividad de la vida

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2011, p. 294.

¹¹² SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 2008, p. 357.

¹¹³ BIELSA, Rafael. “Derecho Constitucional”. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1969, pp. 213/214.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 2011, p. 295.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 2008, p. 357.

humana social, tiene sede individual. Esa actividad, en conexión con la organización, se despliega en actos relacionados con el poder político. Esa energía política reconocida a los miembros activos de la comunidad nacional comprende un conjunto de facultades o atribuciones que concurren a cristalizar el poder político en instituciones objetivas y a asegurar su actividad mediante la elección de los individuos en quienes éste habrá de encamarse en la concreta realidad histórica. A esa energía política y a su manifestación a través de actos de elección y participación, la llamamos sufragio.”¹¹⁶.

Acerca da natureza jurídica do voto, José Afonso da Silva assinala que este é, também, uma função social – pois traduz o instrumento de atuação da soberania popular – e um dever social. Ou seja, sua natureza jurídica é a de direito público subjetivo, mas, ao mesmo tempo, possui fortes elementos próprios das ciências sociais:

“Daí se conclui que o voto é um direito público subjetivo, uma função social (função da soberania popular na democracia representativa) e um dever. Dever jurídico ou dever social? Não resta dúvida de que é um dever social, dever político, pois, ‘sendo necessário que haja governantes designados pelo voto dos cidadãos, como é da essência do regime representativo, o indivíduo tem o dever de manifestar sua vontade pelo voto. Esse dever sócio-político do voto independe de sua obrigatoriedade jurídica. Ocorre também onde o voto seja facultativo. Mas, como simples dever social e político, seu descumprimento não gera sanção jurídica, evidentemente.”¹¹⁷.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos também entende que o voto constitui um direito do cidadão, essencial para a existência da democracia:

“El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos”¹¹⁸.

A concepção do voto enquanto um direito, portanto, decorre do fato deste ser o ato que materializa o direito público subjetivo de sufrágio. É instrumento da soberania popular e da democracia constitucional assegurado a todos os cidadãos de um determinado Estado.

¹¹⁶ FAYAT, Carlos S.. Op. Cit., 2005, p. 187.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 2008, p. 358.

¹¹⁸ Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Op. cit., parágrafo 145.

5.2. Elementos essenciais do voto democrático.

Assim como na democracia, em que as ciências jurídicas apropriaram-se dos conceitos das ciências sociais – e considerando que o voto, por ser um dos instrumentos das democracias constitucionais, possui a mesma evolução teórica – partiremos de uma análise dos elementos considerados essenciais pelas ciências sociais para que o voto seja efetivamente, democrático, para, então, analisarmos os elementos essenciais próprios das ciências jurídicas.

O voto, para ser efetivamente um instrumento da democracia, e não um instrumento de outras formas de governo, tais como as tiranias ou autocracias, deve ser, inafastavelmente, universal, livre, igual, direto secreto e significativo, tal qual afirma Gianfranco Pasquino:

“Já ninguém põe em causa que o voto ‘democrático’ deve ser universal, ou seja, estendido a todos; livre, ou seja, isento de constrangimentos; igual, no sentido de que todos os votos tenham o mesmo valor; directo, isto é, dirigido à eleição de candidatos ou à atribuição de mandatos aos partidos, sem intervenções de permeio; secreto, ou seja, expresso ao abrigo dos olhos e das sanções de outrem, especialmente dos detentores do poder político, económico, social e religioso; e significativo, produzindo efeitos sobre a distribuição do poder político, em termos de cargos e de lugares.”¹¹⁹.

Para que o voto seja um instrumento efetivo da soberania popular – e, conseqüentemente, constitua legítima expressão da vontade do povo – deve possuir alguns elementos que viabilizem a sua eficácia. Nesse sentido, Meirelles Teixeira afirma que:

“Para que o voto constitua a legítima expressão da vontade do povo, isto é, da soberania nacional, é evidente que deve revestir-se de eficácia política, e ainda que represente a vontade real do eleitor, vale dizer, que seja cercado de tais garantias que possa dizer-se sincero, autêntico.

Se um voto lançado na urna não repercutir, potencialmente embora, de algum modo, na formação dos poderes e dos órgãos do Estado, e daí, no próprio governo da coisa pública, será um voto ineficaz. Ora, um voto desta natureza seria a contradição da ideia democrática de que a origem do poder está no consentimento, na adesão, e ainda mais: de que todos os cidadãos devem concorrer para a formação da vontade estatal. E se o voto não for ainda sincero, isto é, autêntica expressão da vontade, do sentir, do consentimento de quem o dá, falseada estará em sua própria origem, a vontade da nação.

¹¹⁹ PASQUINO, Gianfranco. “Curso de Ciência Política”. Trad. de Ana Sasseti da Mota. Portugal, São João do Estoril: Principia, 2002, p. 118.

Donde, em geral todas as técnicas, todos os sistemas eleitorais visam, precipuamente, dar a todos os votos a necessária eficácia, e revesti-los das maiores garantias de sinceridade, de autenticidade.”¹²⁰.

Xavier Torrens afirma que todos estes elementos são condições necessárias para a democracia e a inexistência de somente uma destas reduziria o voto a um instrumento não democrático, à um instrumento que pode ser restringido, não livre, desigual e indireto¹²¹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou no sentido de que o direito e a oportunidade de votar devem ser exercidos segundo determinadas condições: “regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”¹²².

Tais elementos são essenciais para que o cidadão possa exercer, livremente, o seu direito ao voto. Devemos, portanto, analisá-los à luz da Constituição Federal de 1988, para, então, afirmarmos se o voto, no Brasil, é efetivamente um instrumento da democracia.

5.3. O voto na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, dispõe que a soberania popular “será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”.

Em seu artigo 14, a Constituição Federal dá ao voto a qualificação de direito público subjetivo, elevando-o à categoria de instrumento do sufrágio e, conseqüentemente, da soberania popular: é através do voto, previsto no artigo 14, da Constituição Federal, que o cidadão brasileiro – e conseqüente o detentor da soberania – manifesta a sua opinião. De acordo com José Afonso da Silva, o sufrágio é um “direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de

¹²⁰ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Op. Cit., 1991, pp. 509-510.

¹²¹ TORRENS, Xavier. “Los Sistemas Electorales”. In Miguel Caminal Badia (coord.). “Manual de Ciencia Política”. Madri: Editorial Tecnos, 1996, p. 346.

¹²² Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Op. cit., parágrafo 149.

participar da organização e da atividade do poder estatal”¹²³. É, portanto, o direito subjetivo do cidadão brasileiro em (i) votar, (ii) ser votado e (iii) participar ativamente nos negócios do Estado.

Meirelles Teixeira enfatiza que é através deste instrumento que se efetiva a titularidade do poder político pelo povo, concretizando, desta forma, alguns dos princípios e preceitos da democracia constitucional:

“É pelo voto que se exerce a soberania, isto é, se adotam as decisões políticas fundamentais, os princípios jurídicos supremos de organização do Estado e de realização dos fins estatais, expressos todos na Constituição. É ainda pelo voto que se instituem os órgãos governamentais que, em nome do povo, devem exercer soberania. É pelo voto que se concretiza, enfim, o governo democrático, como já vimos, baseado no consentimento, na adesão livre, da maioria dos cidadãos, por aqueles fatores de consciência, de eficácia psicológica, que um sistema de normas, ou um programa de vida comum, exerce na alma dos homens. É pelo voto, afinal, que se realiza no Estado, aquele ‘status’ de equilíbrio, resultante das diferentes tendências contidas nas vontades e opiniões de conteúdo político, existentes na comunidade estatal.”¹²⁴.

Ressaltando a importância do voto enquanto um instrumento da soberania popular, Cármen Lúcia Antunes Rocha destaca que o “voto é poder. O voto é o verbo mais vigoroso do cidadão. É a sua voz que se faz soar para a plenificação da democracia representativa.”¹²⁵.

Nesse sentido, o voto é o instrumento que materializa, na prática, os princípios constitucionais da democracia, soberania popular e o direito público subjetivo de sufrágio, pois, tal qual afirma José Afonso da Silva, “não fosse assim, o direito de sufrágio, que se aplica na prática pelo voto, seria puramente abstrato, sem sentido prático”¹²⁶.

¹²³ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 2008, p. 349.

¹²⁴ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Op. Cit., 1991, pp. 503-504.

¹²⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Justiça Eleitoral e representação democrática”. In: ROCHA, Cármen Lucia Antunes e VELLOSO, Carlos Mario da Silva (coords.). “Direito Eleitoral”. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 377.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 2008, p. 357.

Ainda, considerando que os direitos políticos possuem a conotação de direito fundamental, conforme demonstrado, e o direito de sufrágio insere-se no rol dos direitos políticos, o voto é, também, um direito público subjetivo fundamental.

A Constituição Federal de 1988, visando garantir que o voto atenda aos requisitos de eficácia, sinceridade e autenticidade, e possa, conseqüentemente, ser um efetivo instrumento do sufrágio, atribuiu-lhe as seguintes características: o voto há de ser universal, livre e secreto, e com valor igual para todos.

5.4. Universalidade.

O primeiro dos elementos constitucionais do voto é a sua universalidade: o voto universal é aquele assegurado a todos os cidadãos, sem restrições relacionadas à requisitos como a riqueza (voto censitário), capacidade dos eleitores (voto capacitário) ou classe social e racial (voto aristocrático ou racial).

A Constituição de 1988, em seu artigo 14, dispõe que o sufrágio – e não o voto – será universal. Contudo, como uma das formas de exercício do sufrágio é o voto, conforme já demonstrado, o voto deverá ser, de acordo com a constituição, universal.

Paulo Bonavides anota que não há voto completamente universal. Sempre existirá restrições, de algum tipo, com relação ao voto: “excluídas as restrições de riqueza ou capacidade, estamos já em presença do sufrágio universal, que, todavia, não se estendendo indiferentemente a todas as pessoas, comporta limitações”¹²⁷.

Nesse sentido, a Constituição Federal elenca como restrições ao exercício do voto o a nacionalidade, a idade, o alistamento eleitoral, a capacidade física ou mental, o serviço militar e a residência. Acerca de algumas destas restrições ao exercício do sufrágio, e conseqüentemente do voto, Antônio Carlos Mendes afirma que:

“Contudo, existem restrições enunciadas por preceitos e princípios constitucionais que, assim, dão a forma, o conteúdo e o alcance desse direito público subjetivo. Portanto, não desfrutam do sufrágio: (os inalistáveis, a teor do § 2º do art. 14 da Constituição Federal de 1988,

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2011, p. 299.

entendendo-se nessas condições os (b) estrangeiros e (c) os conscritos. Também (d) os absolutamente incapazes, na acepção da lei civil, não são alistáveis.”¹²⁸.

O requisito de nacionalidade, tal qual lançado na Constituição Federal, é um pressuposto para o exercício de todas as modalidades de direitos políticos. A aquisição dos direitos políticos, em nosso ordenamento jurídico vigente, dá-se com a aquisição da nacionalidade brasileira. Contudo, apenas a nacionalidade brasileira não é o suficiente para assegurar o exercício dos direitos políticos e – conseqüentemente – do voto. Para tanto, será necessária a cidadania, obtida mediante o alistamento eleitoral, na forma da lei. Nesse sentido, José Afonso da Silva ensina que:

“*Cidadania*, já vimos, qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. *Cidadão*, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas conseqüências. *Nacionalidade* é o conceito mais amplo do que a cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão.”¹²⁹.

Com efeito, com a nacionalidade brasileira adquire-se, conseqüentemente, o direito de participar no governo, seja ativamente, seja passivamente. Contudo, referido direito de participação somente será exercido após o alistamento eleitoral, ocasião em que é adquirida a cidadania, sendo conferida ao indivíduo a condição de eleitor. Assim, temos que todo cidadão possui nacionalidade brasileira, mas nem todos aqueles que a possuem são eleitores. Sobre o alistamento, Joel J. Cândido:

“É através do alistamento, qualificando-se o indivíduo perante a Justiça Eleitoral, que se opera sua inscrição no corpo eleitoral.

Assim sendo, o alistamento eleitoral, mais que mero ato de integração do indivíduo ao universo de eleitores, é a viabilização do exercício efetivo da soberania popular, através do voto e, portanto, da consagração da cidadania.”¹³⁰.

Disto decorre o segundo dos requisitos constitucionais para o exercício do voto: a idade. O alistamento eleitoral somente é deferido aos nacionais que possuam mais de dezesseis anos, a teor do disposto no artigo 14, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal.

¹²⁸ MENDES, Antônio Carlos. Op. cit., 1994, p. 75

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2008, pp. 345/346.

¹³⁰ CÂNDIDO, Joel J.. “Direito Eleitoral Brasileiro”. Bauru, SP: EDIPRO, 2004, p. 77.

O § 2º, do artigo 14, da Constituição Federal¹³¹, ao impedir o alistamento eleitoral dos estrangeiros e dos conscritos, bem como dos absolutamente incapazes, caracterizados pela lei civil, impediu-os, impondo-lhes verdadeira restrição, de exercer o direito ao voto. São as restrições relacionadas à capacidade física ou mental, e ao serviço militar.

Finalmente, a restrição relacionada à residência diz respeito a necessidade de o eleitor estar submetido às decisões do mandatário: o cidadão brasileiro não poderá exercer o seu direito ao voto em todas as circunscrições eleitorais, uma vez que não participará das decisões políticas tomadas em regiões distintas.

É consequência lógica da federação brasileira: assim como os representantes eleitos possuem um âmbito de atuação restrito, os eleitores somente poderão participar na escolha dos mandatários nas respectivas circunscrições eleitorais em que se inserem.

Estas são as únicas restrições admitidas ao voto universal e somente, podem ser impostas pelo Poder Constituinte Originário, dadas suas características de inicialidade e incondicionalidade.

Qualquer outra espécie de restrição ao voto universal – sejam veiculadas através de emendas constitucionais, sejam previstas na legislação infraconstitucionais – configuram, inequivocamente, em descaracterização do voto democrático.

5.5. Imediaticidade.

O elemento de imediaticidade do voto, também previsto no *caput*, do artigo 14, da Constituição Federal, significa que a vontade do eleitor é “colhida” diretamente, sem a participação de eleitores qualificados.

¹³¹ “Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o serviço militar obrigatório, os conscritos.”.

No dizer de Néviton Guedes, a imediatividade do voto “veda todo e qualquer processo eleitoral no qual, realizada a eleição, entre eleitor e eleito se interponha alguma instância que, consoante critérios seus, escolha de fato o representante popular”¹³².

Meirelles Teixeira aponta que as eleições diretas constituem um processo mais democrático que as eleições indiretas, uma vez que os cidadãos escolhem os seus representantes diretamente:

“Se, como é obvio, na eleição direta a ação dos eleitores se faz sentir mais eficazmente, e de um modo imediato, na escolha dos governantes, é fácil concluir-se que a eleição indireta constitui um processo mais democrático que a indireta. A eleição indireta pode ser um meio de introduzir-se um elemento censitário no sufrágio universal, quando se exigirem dos eleitores de segundo grau certos requisitos de fortuna, capacidade intelectual, etc., não exigidos para os eleitores do primeiro grau.”¹³³.

O voto direto, anota Xavier Torrens, é necessário por dois motivos distintos: cada membro da sociedade está capacitado para tomar suas próprias decisões e de acordo com suas próprias preferências e, ainda, o voto deve ser direto pois o direito ao voto é intransferível¹³⁴.

A Constituição Federal, e o procedimento eleitoral adotados no Brasil, atendem a este elemento do voto: o cidadão vota diretamente em seus representantes, independentemente de intermediários.

Deve-se ressaltar que o voto, no sistema proporcional, em que um parlamentar depende da votação obtida por outros colegas de partido e legenda, não deixa de ser direto, assim como afirma Gilmar Mendes:

“Não retira o caráter de eleição direta a adoção de modelo proporcional para a eleição da Câmara dos Deputados (CF, art. 45, *caput*), que faz a eleição de um parlamentar depender dos votos atribuídos a outros colegas de partidos ou à própria legenda. É que, nesse caso, decisivo para a atribuição do mandato e o voto concedido ao candidato ou ao partido e não qualquer decisão a ser tomada por órgão delegado ou intermediário. Anota Canotilho, porém, que ‘se a votação por lista escolhida pelos partidos tem sido considerada como compatível com o princípio da imediação, já o abandono do partido na

¹³² GUEDES, Néviton. Op. cit., 2013, p. 669.

¹³³ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Op. cit., p. 516.

¹³⁴ TORRENS, Xavier. Op. cit., 1996, p. 351.

lista do qual foi eleito pode levantar problemas se o princípio da imediaticidade for analisado com o devido rigor”.¹³⁵.

Ou seja, nas eleições proporcionais, o eleitor vota, diretamente, no candidato, ou no partido político, ou na coligação. Consequentemente, o cargo pertence ao partido político e não ao mandatário, motivo pelo qual lhe é vedado mudar de partido após as eleições, conforme já decidido em inúmeras oportunidades pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Assim, considerando que no Brasil o voto é dado pelo cidadão diretamente àquele que pretende eleger, sem nenhum intermediário (eleitores qualificados), está presente, em nosso ordenamento jurídico, o elemento de imediaticidade do voto.

5.6. Igualdade.

O artigo 14, da Constituição Federal, atribui ao voto a característica da igualdade. Conformer o voto enquanto igualitário, significa que este terá valor igual para todos, independentemente das condições do eleitor, concretizando o princípio do “one man, one vote”.

É importante destacar, aqui, que o voto igual significa que cada eleitor deve ter assegurado o mesmo número de votos, independentemente da pessoa que os emita, ao passo que mediante o sufrágio plural pode o eleitor acumular vários votos numa mesma circunscrição ou votar mais de uma vez em distintas circunscrições ou colégios eleitorais.

Canotilho, acerca do voto igual, assinala que a forma mais comum que não observância deste elemento essencial do voto decorre da fixação, arbitrária e tendenciosa, de distritos eleitorais para a obtenção de resultados favoráveis a determinado candidato ou partido:

“O princípio da igualdade de voto exige que todos os votos tenham a mesma eficácia jurídica igual, ou seja, o mesmo peso. O voto deve valor de resultado (consideração igual para a distribuição de mandatos). Este princípio não é hoje, em geral, perturbado pelas formas históricas de

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Curso de direito constitucional”. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 859.

discriminação, mas pode sê-lo pela manipulação dos círculos eleitorais. Daí a insistência dos autores na caracterização do voto igual: igual peso numérico (Zahlwert) e igual valor quanto ao resultado (Erfolgswert). No sistema maioritário, o valor de resultado dos votos é tendencialmente desigualitário, pois o candidato menos votado não tem qualquer ‘resultado’. Mesmo assim, o princípio do voto igual é aqui importante para evitar a falsificação dos resultados através da delimitação arbitrária de círculos (gerrymandering) ou através da grandeza desigual dos círculos eleitorais (mallapportionment) ou seja, ‘geometria de círculos eleitorais’.”¹³⁶.

Deve-se ressaltar que, no Brasil, o sistema proporcional e a fixação do número de deputados que representam cada Estado (CF, art. 45, par. 2º) pode significar, *prima facie*, uma exceção ao elemento da igualdade do voto, uma vez que um candidato, para se eleger em determinado Estado deve angariar uma quantidade infinitamente inferior de votos do que candidato de Estado diverso.

Contudo, é importante ressaltar que o sistema proporcional, no Brasil, não significa uma exceção à igualdade do voto, uma vez que o voto do eleitor será concedido em determinada circunscrição eleitoral e – dentro desta – terá o mesmo peso que o voto dos demais eleitores.

Assim, o voto possui o elemento da igualdade em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o voto de cada cidadão possui o mesmo peso e valor, não havendo que se falar em voto plural.

5.7. Voto secreto.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 14, atribui, também, ao voto a sua característica de ser secreto, viabilizando a livre manifestação de vontade do eleitor.

Tal elemento do voto é essencial para que se assegure a liberdade do voto, a lisura e a legitimidade das eleições, visando a concretização dos princípios constitucionais da democracia e isonomia e acarretando na proibição de que o eleitor sofra qualquer tipo de coação com a finalidade de obter um determinado resultado nas eleições:

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., 1998, p. 292.

“A liberdade de voto significa a proibição de exercer todo o tipo de coacção sobre os eleitores, quês pelo lado do Estado quer pelo lado privado, com o fim de forçar a votação com determinado conteúdo. Com este objectivo, não deve, portanto, ser exercida qualquer coacção no sentido de alguém se abster das eleições nem forçar a votar a favor ou contra um determinado candidato ou num determinado partido.”¹³⁷.

O voto secreto visa assegurar a independência moral e material do eleitor, constitui verdadeira salvaguarda contra pressões externas anteriores e posteriores à votação, conforme ensina Paulo Bonavides:

“Em defesa do mesmo, aduz-se que é a máxima garantia de independência moral e material do eleitor, contra o peso das pressões políticas a que ficaria ele sujeito se seu voto fora dado a descoberto. Com efeito, essas pressões podem vir do governo mesmo ou dos partidos que têm o poder nas mãos, bem como da Igreja, dos sindicatos, da classe patronal, fazendo pois delicadíssima para o eleitor a opção entre sua consciência e seus interesses imediatos.

A liberdade individual ficaria com o sufrágio público consideravelmente diminuída, e o eleitor teria de mover-se num círculo fechado, sob o império de intimidações, ameaças de perseguição, promessas, enfim, numa só palavra: da corrupção.

Transcorridas as eleições, ainda o eleitor que houvesse obedecido estritamente às suas convicções mais profundas, estaria exposto à violência ou às retaliações do adversário que galgara o poder.”¹³⁸.

A preocupação de se assegurar o voto secreto é de suma relevância no Brasil e assegura a legítima manifestação de vontade do eleitor. Sampaio Dória, em 1925, já apontava a relevância do sigilo do voto para que seja assegurada a livre formação da vontade do eleitor:

“Comparae, agora, em synthese, o que é o voto a descoberto e o que será o voto secreto.

O a descoberto possibilita a venalidade do eleitor. O secreto a inutilisa.

O a descoberto esmaga a consciência cívica. O secreto assegura a liberdade do eleitor.

O a descoberto degenera a democracia em governo de meia dúzia, torna inviáveis os partidos de princípios, e afasta das urnas os melhores eleitores. O secreto attrae as capacidades para o exercício do voto, insufla e sustenta os partidos de princípios, e faz triumphar a vontade do povo nos governos.

A superioridade, pois, do sigillo se impõe.”¹³⁹,

¹³⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. “Teoria Geral do Estado”, Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 257.

¹³⁸ BONAVIDES. Paulo. Op. cit., 2011, p. 307.

¹³⁹ SAMPAIO DÓRIA, A de. “O espirito das democracias”. São Paulo: Ed. Monteiro Lobato, 1925, p. 79.

O Código Eleitoral (Lei 4.737/65), em seu artigo 103, prevê que o sigilo do voto será assegurado mediante o uso de cédulas oficiais em todas as eleições, o isolamento do eleitor em cabine indevassável, a verificação da autenticidade da cédula pelos mesários e no emprego de urna que assegure a inviolabilidade do voto¹⁴⁰.

Paulo Henrique dos Santos Lucon anota que a despeito das providências listadas no artigo 103, do Código Eleitoral, estarem voltadas às eleições realizadas com o emprego das cédulas de papel, o dispositivo permanece em vigor, uma vez que a despeito da utilização da urna eletrônica em todo o país, deve-se considerar que, diante de um mau funcionamento da urna eletrônica, sem a possibilidade de sua substituição por outra, a votação deverá prosseguir com o uso de cédulas de papel¹⁴¹.

Na urna eletrônica, os instrumentos destinados a assegurar o sigilo do voto estão previstos nos artigos 59 e 66, da Lei nº 9.504/1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.740/2003¹⁴². De acordo com os artigos citados, a urna eletrônica deverá

¹⁴⁰ Art. 103. O sigilo do voto é assegurado mediante as seguintes providências:

- I - uso de cédulas oficiais em todas as eleições, de acordo com modelo aprovado pelo Tribunal Superior;
- II - isolamento do eleitor em cabine indevassável para o só efeito de assinalar na cédula o candidato de sua escolha e, em seguida, fechá-la;
- III - verificação da autenticidade da cédula oficial à vista das rubricas;
- IV - emprego de urna que assegure a inviolabilidade do sufrágio e seja suficientemente ampla para que não se acumulem as cédulas na ordem que forem introduzidas.

¹⁴¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 148.

¹⁴² Art. 59. A votação e a totalização dos votos serão feitas por sistema eletrônico, podendo o Tribunal Superior Eleitoral autorizar, em caráter excepcional, a aplicação das regras fixadas nos arts. 83 a 89.

§ 1º A votação eletrônica será feita no número do candidato ou da legenda partidária, devendo o nome e fotografia do candidato e o nome do partido ou a legenda partidária aparecer no painel da urna eletrônica, com a expressão designadora do cargo disputado no masculino ou feminino, conforme o caso.

§ 2º Na votação para as eleições proporcionais, serão computados para a legenda partidária os votos em que não seja possível a identificação do candidato, desde que o número identificador do partido seja digitado de forma correta.

(...)

§ 5º Caberá à Justiça Eleitoral definir a chave de segurança e a identificação da urna eletrônica de que trata o § 4º.

§ 6º Ao final da eleição, a urna eletrônica procederá à assinatura digital do arquivo de votos, com aplicação do registro de horário e do arquivo do boletim de urna, de maneira a impedir a substituição de votos e a alteração dos registros dos termos de início e término da votação.

Art. 66. Os partidos e coligações poderão fiscalizar todas as fases do processo de votação e apuração das eleições e o processamento eletrônico da totalização dos resultados.

§ 1º Todos os programas de computador de propriedade do Tribunal Superior Eleitoral, desenvolvidos por ele ou sob sua encomenda, utilizados nas urnas eletrônicas para os processos de votação, apuração e totalização, poderão ter suas fases de especificação e de desenvolvimento acompanhadas por técnicos indicados pelos partidos políticos, Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público, até seis meses antes das eleições.

§ 2º Uma vez concluídos os programas a que se refere o § 1º, serão eles apresentados, para análise, aos representantes credenciados dos partidos políticos e coligações, até vinte dias antes das eleições, nas

possuir recursos que, mediante a assinatura digital, permitam o registro digital de cada voto e a identificação da urna em que foi registrado.

Além do registro digital de cada voto, sem a identificação do eleitor, a urna eletrônica deverá, ao final da eleição, permitir a assinatura digital do arquivo de votos e a aplicação do registro de horário e do arquivo do boletim da urna, de maneira a impedir a substituição de votos e a alteração dos registros da votação.

Acrescente-se, também, que o desenvolvimento dos programas de computador utilizados nas urnas eletrônicas poderá ser acompanhado por técnicos indicados pelos partidos políticos, Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público. Ainda, a legislação eleitoral permite que sejam apresentadas impugnações aos programas utilizados nas urnas eletrônicas, providências que visam assegurar o sigilo do voto.

Desta forma, o sigilo do voto é essencial para que se assegure a sua liberdade, resguardando o cidadão de pressões externas e de coação de qualquer tipo, elemento previsto na Constituição Federal e que a legislação infraconstitucional, em diversos dispositivos, visa tutelar.

dependências do Tribunal Superior Eleitoral, na forma de programas-fonte e de programas executáveis, inclusive os sistemas aplicativo e de segurança e as bibliotecas especiais, sendo que as chaves eletrônicas privadas e senhas eletrônicas de acesso manter-se-ão no sigilo da Justiça Eleitoral. Após a apresentação e conferência, serão lacradas cópias dos programas-fonte e dos programas compilados.

§ 3º No prazo de cinco dias a contar da data da apresentação referida no § 2º, o partido político e a coligação poderão apresentar impugnação fundamentada à Justiça Eleitoral.

§ 4º Havendo a necessidade de qualquer alteração nos programas, após a apresentação de que trata o § 3º, dar-se-á conhecimento do fato aos representantes dos partidos políticos e das coligações, para que sejam novamente analisados e lacrados.

§ 5º A carga ou preparação das urnas eletrônicas será feita em sessão pública, com prévia convocação dos fiscais dos partidos e coligações para a assistirem e procederem aos atos de fiscalização, inclusive para verificarem se os programas carregados nas urnas são idênticos aos que foram lacrados na sessão referida no § 2º deste artigo, após o que as urnas serão lacradas.

§ 6º No dia da eleição, será realizada, por amostragem, auditoria de verificação do funcionamento das urnas eletrônicas, através de votação paralela, na presença dos fiscais dos partidos e coligações, nos moldes fixados em resolução do Tribunal Superior Eleitoral.

§ 7º Os partidos concorrentes ao pleito poderão constituir sistema próprio de fiscalização, apuração e totalização dos resultados contratando, inclusive, empresas de auditoria de sistemas, que, credenciadas junto à Justiça Eleitoral, receberão, previamente, os programas de computador e os mesmos dados alimentadores do sistema oficial de apuração e totalização.

5.7.1. A “impressão do registro da votação” prevista na PEC 182/2007.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 182/2007, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, prevê a alteração do artigo 14, da Constituição Federal, para que, “no processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada votação, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado”¹⁴³.

A grande modificação legislativa com a inserção, na Constituição Federal, deste dispositivo é a impressão dos registros de votação, que poderão ser relacionados ao eleitor.

Tal alteração no texto constitucional visa, de acordo com o parlamentar que a apresentou, viabilizar uma auditoria nas eleições, pois, somente através da impressão do “registro” do voto é que o resultado das eleições poderá ser conferido. Contudo, a possibilidade de relacionar o voto aquele que o emitiu descaracteriza, flagrantemente, o voto sigiloso.

Conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes, “a preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático”.

O Supremo Tribunal Federal, dada a relevância do sigilo do voto, já afirmou que deve ser declarada nula a cédula eleitoral assinalada de modo a poder identificar o eleitor¹⁴⁴. Ou seja, a possibilidade de identificação daquele que emitiu o voto acarreta, inequivocamente, a sua nulidade.

¹⁴³ Proposta de Emenda à Constituição nº 182, de 2007. Emenda Aglutinativa nº 60:

“Art. 15. O art. 14 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

‘Art. 14 (...)

§ No processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada votação, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

§ O processo de votação não será concluído até que o eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto, após impresso e exibido pela urna eletrônica, e o voto que efetuou.

§ No processo estabelecido nos parágrafos anteriores será garantido o total sigilo do voto.”

¹⁴⁴ “O princípio do sufrágio universal vem conjugado, no art. 14 da Constituição, à exigência do sigilo do voto: não o ofende, portanto, a decisão que entende nula a cédula assinalada de modo a poder identificar o eleitor.” (AI 133.468-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-2-1990, Plenário, DJ de 9-3-1990.)

A impressão do registro de votação viabiliza, desta forma, a identificação do eleitor e, conseqüentemente, torna nulos todos os votos que passem por este procedimento, uma vez que afasta o elemento de sigilo do voto.

Assim, entende-se que tal proposta de alteração da Constituição Federal é flagrantemente inconstitucional e espera-se que tal emenda não seja referendada pelo Senado Federal¹⁴⁵.

5.8 O voto obrigatório.

O parágrafo primeiro, do artigo 14, da Constituição Federal, estatui que o voto é obrigatório para os maiores de dezoito e menores de setenta anos, tradição esta iniciada com o Código Eleitoral de 1932.

Com efeito, é de suma relevância para o tema a contextualização histórica do Código Eleitoral de 1932: a implementação da obrigatoriedade do voto foi uma consequência direta do baixo comparecimento dos eleitores, o que, à época, era entendido como um comprometimento da credibilidade das instituições democráticas. Nesse sentido, Joaquim Francisco de Assis Brasil, em obra publicada em 1931, afirma que:

“Mas é conveniente ao interesse social que todos os cidadãos capazes se inscrevam eleitores e citem sempre que for o caso d’isso. A abstenção eleitoral (de que adiante se tratará especialmente) é um mal que vicia nas próprias fontes a ordem social. Convém evitá-la. O meio mais seguro de obtê-la é fazer das eleições uma coisa séria, honesta e eficiente; mas não são inocuas nem desprezíveis certas providências legais, tendentes a fazer com que a totalidade dos cidadãos se aliste e vote.”¹⁴⁶.

A obrigatoriedade do voto decorre do entendimento – já ultrapassado, como demonstrado – de que o voto constitui uma função, ou seja, de que o eleitor é um órgão

¹⁴⁵ Quando da elaboração do presente trabalho, a Emenda Constitucional nº 182/2007, assim como a Emenda Aglutinativa nº 60, haviam sido aprovadas, em primeiro turno, pela Câmara dos Deputados em sessão realizada no dia 16 de junho de 2015.

¹⁴⁶ ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. “Democracia Representativa: do voto e do modo de votar”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931, p. 86.

do Estado e, portanto, exerce uma função estatal ao emitir o seu voto. Nesse sentido, Nelson de Souza Sampaio afirma que:

“Do exposto, conclui-se que o voto tem, primordialmente, o caráter de uma função pública. Como componente do órgão eleitoral, o eleitor concorre para compor outros órgãos do Estado também criados pela constituição. Em geral, porém, as constituições têm deixado o exercício da função de votar a critério do eleitor, não estabelecendo sanções para os que se omitem. Nessa hipótese, as normas jurídicas sobre o voto pertenceriam à categoria das normas imperfeitas, o que redundaria em fazer do sufrágio simples dever cívico ou moral. Somente quando se torna obrigatório, o voto assumiria verdadeiro caráter de dever jurídico. Tal obrigatoriedade foi estabelecida por alguns países, menos pelos argumentos sobre a natureza do voto do que pelo fato da abstenção de muitos eleitores, – fato prenhe de conseqüências políticas, inclusive no sentido de desvirtuar o sistema democrático. Nos pleitos eleitorais com alta percentagem de abstenção, a minoria do eleitorado poderia formar os órgãos dirigentes do Estado, ou seja, Governo e Parlamento.”¹⁴⁷.

Contudo, o voto é um direito público subjetivo, motivo pelo qual, José Afonso da Silva afirma que a obrigatoriedade do voto prevista na Constituição Federal não significa que o eleitor deve emitir o seu voto, mas que deve comparecer à seção eleitoral e depositar a sua cédula de votação na urna:

“Aquela obrigatoriedade não impõe ao eleitor o dever jurídico de emitir necessariamente o seu voto. Significa apenas que ele deverá comparecer à sua seção eleitoral e depositar sua cédula de votação na urna, assinando a folha individual de votação. Pouco importa se ele votou ou não votou, considerado o voto não o simples depósito da cédula na urna, mas a efetiva escolha de representante, dentre os candidatos registrados. A rigor, o chamado voto branco não é voto. Mas, com ele, o eleitor cumpre seu dever jurídico, sem cumprir o seu dever social e político, porque não desempenha a função instrumental da soberania popular, que lhe incumbia naquele ato.”¹⁴⁸.

Nesta acepção, a obrigatoriedade do voto não se coaduna com a sua conformação de direito público subjetivo. Contudo, o ordenamento jurídico pode prever – assim como o fez o brasileiro – a obrigação de o eleitor dirigir-se à seção eleitoral, ainda que para não emitir nenhuma opinião.

¹⁴⁷ SAMPAIO, Nelson de Souza. “Eleições e Sistemas Eleitorais”, in Revista de Jurisprudência – Arquivos do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1º trimestre de 1981, p. 66

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 2008, p. 358.

5.8.1. O voto e a irrenunciabilidade aos direitos fundamentais.

O voto em si, por ser um direito fundamental assegurado a todos os cidadãos brasileiros não pode ser obrigatório, sob pena de descaracterização do instituto. Impor ao cidadão que se desloque à sua secção eleitoral e manifeste-se, ainda que esta manifestação não tenha nenhum valor jurídico, é uma escolha do Poder Constituinte.

Ao afirmarmos que o cidadão pode escolher em não votar, cria-se um paradoxo com uma das principais características atribuídas aos direitos fundamentais: a irrenunciabilidade.

Considerando que o detentor de um direito fundamental não pode renunciá-lo, assim como afirma parte da doutrina, o cidadão não poderia, portanto, renunciar ao direito de votar e deveria, conseqüentemente, manifestar-se, sempre de forma positiva nas em eleições.

Contudo, tal posição não se coaduna com o conceito de voto livre, pois configura verdadeira coação ao eleitor. Nesse sentido, deve-se analisar a possibilidade de renúncia à direito fundamental, para que possamos concluir pela possibilidade, ou não, da renúncia ao voto.

5.8.2. Conceito de renúncia a direitos fundamentais.

Para delimitarmos, com propriedade, o instituto da renúncia à direitos fundamentais, mister se faz tomarmos emprestados alguns conceitos próprios do direito privado, especialmente o da renúncia à direitos.

A renúncia à direitos patrimoniais é tema amplamente debatido e discutido. Clóvis Bevilacqua, em 1925, já afirmou que a “renúncia é um acto pelo qual o titular de um direito delle se despoja”¹⁴⁹. E continua delineando um traço relevante da renúncia sobre o qual nos debruçaremos com mais detenção adiante: “mas deixar simplesmente de

¹⁴⁹ BEVILAQUA, Clovis. “Theoria Geral do Direito Civil”. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1927, p. 363.

exercer um direito não importa renuncial-o; a renúncia deve deduzir-se de circunstâncias que a pressupponham claramente”¹⁵⁰.

Pontes de Miranda, por sua vez, afirma que “tanto no direito público como no direito privado, há o negócio jurídico unilateral pelo qual se desinveste alguém, renunciante, de direito, pretensão, ação ou exceção de que é titular”¹⁵¹.

Mais recentemente, Sílvio de Salvo Venosa ensina que: “quem abandona um direito, com tal declaração de vontade, o renuncia. Em princípio podem ser renunciados todos os direitos disponíveis, reais, pessoais e intelectuais. Pode-se renunciar à propriedade, à posse, à herança, à patente de invenção, ao direito autoral”¹⁵².

Desta forma, pode-se conceituar a renúncia como o ato unilateral através do qual o detentor de um direito abdica deste mesmo direito. É, portanto, causa extintiva de direito.

Contudo, o transplante desmedido de tal conceito importaria graves consequências à teoria dos direitos fundamentais. Existem traços de semelhança, tal qual anota Pedro Augustin Adamy¹⁵³, mas, a renúncia a direitos fundamentais possui certas características que a diferenciam da renúncia à direitos patrimoniais disponíveis, especialmente com relação à sua extensão e ao tempo de vigência.

Possuir um direito fundamental, ensina Ronald Dworkin, é como possuir um trunfo em um jogo de cartas: o trunfo prevalece sobre todas as demais cartas, mesmo que de maior valor de face – ou, trazendo para a nossa cultura, possuir um direito fundamental equivale a possuir uma “manilha” em um jogo de truco. Aplicado ao direito, este

¹⁵⁰ Idem, p. 364.

¹⁵¹ MIRANDA, Pontes. “Tratado de Direito Privado”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo XXXI, p. 25.

¹⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos”. São Paulo: Atlas, 2006, p. 295.

¹⁵³ Nesse sentido: “De início, pode-se referir à situação comum a todas as renúncias no direito público: a existência prévia de uma posição jurídica protegida por norma de direito fundamental que, por força da expressão da vontade, consentindo o seu titular, sofre um enfraquecimento diante do Estado interventor (...)”. ADAMY, Pedro Augustin. “Renúncia à direito fundamental”. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 25/26.

entendimento resulta no seguinte conceito: ter um direito fundamental significa ter uma posição privilegiada em relação ao Estado¹⁵⁴.

Neste sentido, Jorge Reis Novais ensina que:

A metáfora dos trunfos tem sua cunhagem em Dworkin para quem direito como trunfo significa que as posições jurídicas individuais que assentam no direito natural a igual consideração e respeito que o Estado deve a cada indivíduo funcionam como *trunfos* contra preferências externas, designadamente contra qualquer pretensão estatal em impor ao indivíduo restrições da sua liberdade em nome de concepções de vida que não são as suas e que, por qualquer razão, o Estado considere como merecedoras de superior consideração. Neste sentido se fala em direitos como *trunfos* que ‘entrincheiram’ os bens de liberdade e autonomia individual contra decisões políticas, mesmo que estas se pretendam justificar na necessidade de limitação da liberdade individual em nome da obtenção do bem da comunidade como um todo ou de uma concepção de *vida boa*’.¹⁵⁵

Ainda, outro aspecto a ser considerado quando tratamos da renúncia à direitos fundamentais é a vedação ao retrocesso de direitos fundamentais: de acordo com esta regra, uma vez consagrado o direito fundamental – uma vez concedido um “trunfo” ao cidadão – este não poderá ser privado deste direito, sem alternativas ou compensações. Neste sentido, vale trazer à colação os ensinamentos de Cristina Queiróz (mister ressaltar que a despeito da Autora referir-se aos direitos fundamentais “sociais” tal entendimento é aplicável aos direitos fundamentais como um todo):

“Se assim é, somos forçados a concordar com Müller quando refere que a tese da ‘irreversibilidade’ dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados acaba por assumir a função de ‘guarda de flanco’ desses direitos e pretensões no seu conjunto, garantindo o grau de concretização já obtido, transformando-se, por assim dizer, numa espécie de ‘densificação’ de direitos fundamentais. Em termos breves, a ideia de que, ainda que os direitos de natureza prestacional não imponham uma obrigação de ‘avançar’, estabelecem, contudo, uma proibição de ‘retroceder’ (...).”¹⁵⁶.

A relevância da vedação ao retrocesso é tamanha que muitos doutrinadores já afirmam que a impossibilidade de retrocesso constitui limite ao Poder Constituinte

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. “Taking rights seriously”. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 194 e ss.

¹⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. “Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria”. Coimbra: ed. Coimbra, 2006, p. 28.

¹⁵⁶ QUEIRÓZ, Cristina. “O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática social”. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p. 68.

Originário, um poder originalmente tomado pela doutrina como ilimitado e não-jurídico¹⁵⁷.

Assim, não se pode desconsiderar os relevantes aspectos elencados que impõe uma diferenciação entre a renúncia à direitos patrimoniais disponíveis e a renúncia à direitos fundamentais.

Tomando como base o conceito de renúncia tomado do direito privado e considerando as características dos direitos fundamentais, podemos conceber a renúncia à direitos fundamentais enquanto (i) a situação onde o titular de direitos fundamentais, (ii) de forma unilateral e (iii) por indivíduo capaz e sem nenhum vício de consentimento, (iv) “abre mão” de certa posição assegurada pelo direito fundamental de que é titular e permite que o Poder Público interfira mais intensamente em sua vida, (v) por um determinado espaço de tempo e revogável a qualquer momento e (vii) dentro de limites inerentes ao próprio direito fundamental renunciado.

O conceito adotado não tem a pretensão de definir o instituto da “renúncia à direitos fundamentais”, mas, tão somente procura explicitar alguns de seus aspectos mais relevantes e que o diferenciam de outros institutos.

Com efeito, o primeiro destes aspectos é que apenas o titular de direitos fundamentais pode destes renunciar. Este primeiro elemento decorre do direito privado, uma vez que, tal qual já ensinava Pontes de Miranda, “se alguém renuncia a direito, pretensão, ação ou exceção, que não tem, há efeito mínimo, que é o de estabelecer-se, na lide que acaso surja, a preliminar de ter havido renúncia”¹⁵⁸.

Com relação aos direitos fundamentais, diferentemente, a renúncia não surtiria efeito algum. Isto porque, como a renúncia à direitos fundamentais é uma permissão para que o Poder Público interfira de forma mais intensa no rol de direitos fundamentais do cidadão, renunciar à um direito fundamental inexistente – ou ainda não consolidado – equivale a conceder “carta branca” para o Estado, o que não pode ser admitido sob pena de incorrerem em arbitrariedades. Neste sentido, Jorge Reis Novais ensina que: “como elemento unificador comum a todas essas situações há sempre uma

¹⁵⁷ Neste sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., 1997, p. 75.

¹⁵⁸ MIRANDA, Pontes. Op. cit. 1984, p. 25.

norma de direito fundamental, que, por força da expressão de vontade de seu titular, sofre um enfraquecimento face ao estado ou a entidades públicas” (g.n.)¹⁵⁹.

O segundo aspecto do conceito proposto diz respeito à unilateralidade da renúncia, também emprestado do direito privado: a renúncia é ato unilateral, pois, se bilateral fosse, não haveria renúncia, mas uma transação. E não se trata de acordo, mas de manifestação do cidadão que concorda com uma maior interferência do Estado em seu rol de direitos.

Ainda, a unilateralidade da renúncia confunde-se com o terceiro aspecto do conceito adotado: somente o titular capaz e sem nenhum vício de consentimento pode renunciar à direito fundamental.

Com efeito, o conceito de capacidade e ausência de vício de consentimento, na temática da renúncia à direito fundamental, é distinto daqueles conceitos próprios do direito privado.

A capacidade, para o direito civil é não incidência em nenhuma das causas legalmente previstas de incapacidade (previstas no Código Civil, arts. 3º e 4º). Contudo, tal conceito de capacidade jurídica é irrelevante para os direitos fundamentais, uma vez que se discute, aqui, o seu exercício de fato.

Neste sentido, Pedro Augustin Adamy assinala que:

“Um exemplo singelo aclara a situação: pode-se restringir a liberdade de crença de uma criança ou adolescente em virtude de serem considerados incapazes pela lei civil? A resposta, obviamente, é negativa. O recém-nascido ou a criança que, mesmo indiretamente, professam alguma fé estão claramente fazendo uso das posições jurídicas que lhes são garantidas e protegidas pelo direito fundamental previsto no art. 5º, inc. VI da CF/1988. A mera incapacidade civil não os torna *incapazes* para o exercício do direito fundamental à liberdade de crença e religião. Da mesma forma, a incapacidade não torna inviável juridicamente a ‘livre manifestação do pensamento’(art. 5, inc. IV) e a ‘livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação’(art. 5, inc. IX).”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2006, p. 215.

¹⁶⁰ ADAMY, Pedro Augustin. Op.cit., 2011, p. 60.

Contudo, afirmar que todos são capazes para exercer direitos fundamentais não é o mesmo que afirmar que todos são capazes de renunciar destes: a renúncia a direito fundamental impõe a observância de certos requisitos semelhantes àqueles do direito civil. Desta forma, a questão da capacidade, no âmbito dos direitos fundamentais, pode ser resumida da seguinte forma: o exercício destes direitos não depende da capacidade civil, mas para a renúncia é imprescindível a capacidade para os atos da vida civil.

Ainda, a questão dos vícios de consentimento é deveras delicada e distinta do instituto análogo próprio do Direito Civil. Isto porque o Estado detém o monopólio da coação e coerção. Desta forma, a questão dos vícios de consentimento, especialmente da coação, é muito mais delicada na renúncia à direitos fundamentais. Neste sentido, Pedro Adamy consigna que: “somente será livre e voluntária a declaração de vontade quando o titular do direito fundamental possuir alternativas reais (...) caso contrário sua manifestação estará vinculada a outras necessidades ou condicionamentos, não sendo integralmente a representação de sua autonomia”¹⁶¹.

O quarto elemento do nosso conceito de renúncia à direitos fundamentais tem relação direta com o conceito e função dos direitos fundamentais proposto por Ronald Dworkin: se estes funcionam como trunfos – ou “manilhas” em um jogo de truco – que colocam o cidadão em posição privilegiada com relação ao Estado, a renúncia a um direito fundamental é o “enfraquecimento” deste trunfo. Ou seja, o cidadão concorda que, em certas situações, o Estado possuirá a carta de maior valor e – conseqüentemente – posição privilegiada. Neste sentido, Jorge Reis Novais afirma que:

“Nos casos de direitos fundamentais que referimos, bem como na grande maioria das situações práticas da vida real, a questão que se coloca é normalmente a de um compromisso individual e voluntário de um cidadão não invocar, temporariamente, perante a entidade pública, uma determinada posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental.”¹⁶².

Ou seja, a renúncia à direito fundamental é, em outras palavras, a ocasião em que o indivíduo se compromete a não invocar seu trunfo – em não suscitar que possui

¹⁶¹ Idem, p. 67.

¹⁶² NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2006, p. 219.

uma posição privilegiada em relação ao Estado – e a aceitar determinada restrição ao exercício de seu direito.

O quinto elemento do conceito proposto diz respeito à temporalidade e à revogabilidade da renúncia. Com efeito, estes elementos do conceito têm relação direta com a vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais: se esta “regra” que veda o retrocesso em matéria de direitos fundamentais é tão importante ao ponto de vincular o Poder Constituinte, é lógico que vincule, também os particulares.

Ou seja, a renúncia à direito fundamental não pode servir como exceção à regra que veda o retrocesso em matéria de direitos fundamentais: não há um retrocesso, não há a perda de direito fundamental, o que ocorre no instituto analisado é o compromisso que o cidadão assume de não invocar determinado direito. Disto, portanto, decorre a temporalidade e a revogabilidade da renúncia. Ou seja, o cidadão (auto) limita seus direitos fundamentais e realiza esta limitação – sempre – sob reserva de revogação.

Da mesma forma, uma renúncia feita sem um prazo determinado é, na verdade, uma extinção do direito. Aqui, portanto, a renúncia diferencia-se da renúncia própria do direito privado: no direito civil, a renúncia é causa extintiva das obrigações; a renúncia à direito fundamental, por sua vez, constitui um compromisso de não invocação de determinada posição privilegiado por determinado período de tempo. Neste sentido, Adamy afirma que “para que não haja uma renúncia que aniquile o próprio direito, deverão ser respeitados todos os limites advindos da própria natureza dos direitos fundamentais, bem como o fato de que a renúncia seja dada a prazo certo (...).”¹⁶³.

Finalmente, o último elemento do conceito proposto diz respeito aos limites da renúncia à direito fundamental. Com efeito, tal qual visto anteriormente, há uma regra que veda, peremptoriamente, qualquer retrocesso em matéria relacionada à direitos fundamentais. Como conciliar, então, a renúncia à direitos fundamentais com tal regra? Para se responder tal questão, devemos nos atrelar à dois pressupostos da renúncia: (i) o cidadão não renuncia ao direito fundamental em si, mas compromete-se a não o invocar

¹⁶³ ADAMY, Pedro Augustin. Op. Cit., 2011, p. 116.

em determinadas situações e (ii) tal compromisso não pode abarcar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Com efeito, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em sua acepção absoluta pode ser conceituado como “as condições básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”¹⁶⁴. Nesta concepção, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, “tende a identificar-se com a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁶⁵.

Com relação à acepção relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, este tal qual assinala Jorge Reis Novais, tende a ser absorvido pela necessidade de observância do princípio da proporcionalidade, que não merece, no presente trabalho, maiores digressões, sob pena de fuga da temática proposta.

Desta forma, a renúncia à direitos fundamentais nunca é absoluta, e nem poderia sê-lo, mas deve obedecer à certos limites constituídos pelo mínimo existencial.

A afirmação de que os direitos fundamentais são irrenunciáveis não está completamente correta.

O direito fundamental em si é irrenunciável, contudo, um cidadão poderá comprometer-se em não invocar uma posição privilegiada – tutelada por direito fundamental – em determinadas situações, permitindo que o Estado interfira de forma menos sutil em sua vida.

Tal comprometimento distancia-se da possibilidade de “não exercício” repetidas vezes invocada pela grande maioria da doutrina: o não exercício é permitido pela ordem jurídica, ou seja, o “não exercício” pode ser qualificado como uma espécie de exercício de um direito fundamental. A renúncia, diferentemente, é a manifestação de que não será utilizado, temporariamente, um trunfo.

¹⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

¹⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2006, p. 279.

Negar a existência da possibilidade de renúncia à direito fundamental é, ao mesmo tempo, limitar a fruição de direitos fundamentais – especialmente o da livre iniciativa – e dissociar, completamente, a teoria da prática

5.8.3. Possibilidade de renúncia ao direito de votar.

Considerando a possibilidade de renúncia a direito fundamental, é conclusão lógica a possibilidade de o cidadão renunciar ao voto.

Tal conclusão coaduna-se, também, com uma concepção do voto enquanto manifestação de vontade: assim como o cidadão manifesta a sua vontade através do voto, o ato de não votar constitui, também, uma manifestação de vontade.

Ademais, os números relativos às últimas eleições presidenciais brasileiras levam-nos à constatação de que, deduzindo-se do total do eleitorado a soma das abstenções com os votos nulos e brancos, em grande parte decorrentes de erro do eleitor durante o ato de votar, ter-se-ia praticamente o número de eleitores que votaria se o voto não fosse obrigatório: em torno de cinquenta por cento, percentual de comparecimento às urnas semelhante ao da última eleição norte-americana, recentemente realizada.

O eleitor que comparece às urnas contra a vontade, apenas para fugir às sanções previstas pela lei, não está praticando um ato de consciência; nesse caso, ele tenderá muitas vezes a votar no primeiro nome que lhe sugerirem, votando em um candidato que não conhece (fato que estimula a cabala de votos na boca das urnas, promovida pela mobilização de aliciadores de votos que o poder econômico propicia), ou a votar em branco, ou, ainda, a anular o seu voto.

O voto facultativo significa a plena aplicação do direito ou da liberdade de expressão. Caracteriza-se mais como um direito subjetivo do cidadão do que um dever cívico e, para ser pleno, esse direito deve compreender tanto a possibilidade de se votar como a consciência determina, quanto a liberdade de abster-se de votar sem sofrer qualquer sanção do Estado.

6. Conclusão.

Considerando todo o exposto, podemos concluir que o voto, principal e mais difundido instrumento da soberania popular, é um direito fundamental constitucionalmente assegurado ao cidadão brasileiro.

Esta conformação do direito ao voto, contudo, demanda a existência das seguintes premissas: um ordenamento jurídico que resguarde a soberania popular, positivando – no texto constitucional – princípios e preceitos próprios da democracia, bem como a existência de determinados elementos intrínsecos ao voto democrático.

É de suma importância, portanto, que a soberania popular seja um princípio fundamentador da ordem constitucional democrática, condicionando a legitimação do poder político à participação dos cidadãos e, ao mesmo tempo, conforme uma limitação do poder estatal.

Nesse sentido, para que a soberania popular seja, efetivamente, um fundamento da ordem jurídica, a forma de governo adotada deve ser a democrática e o ordenamento jurídico deve prever certas condições que assegurem a livre manifestação de vontade das maiorias e das minorias.

A democracia, condição necessária para que a soberania popular seja um fundamento da ordem jurídica, contudo, é conceito próprio das ciências sociais que pode assumir diversas acepções.

Dentre todas as acepções possíveis da democracia, assume a concepção de método que regula a participação popular no exercício do poder público e ao mesmo tempo, condiciona e impõe a atuação do Estado no sentido de assegurar prerrogativas como eleições livres, justas e periódicas; a liberdade de expressão; acesso à fontes de informação diversificadas, resguardadas pela liberdade de imprensa; a autonomia para a criação de associações e instituições políticas e, especialmente, a cidadania inclusiva, decorrência lógica do princípio da isonomia.

Somente quando um Estado assegura estes dois aspectos da democracia, o formal e o material, em uma Constituição é que pode ser entendido como um Estado

Democrático de Direito, pois, assim como exemplificado, diversos Estados podem adotar esta denominação, sem o serem de fato.

Quando tais acepções da democracia, são alçadas à categoria de normas constitucionais que vinculam todo o Estado e asseguram direitos aos cidadãos, é que podemos afirmar a existência de uma democracia constitucional, que condiciona o exercício da soberania popular à normas previamente estabelecidas e de caráter cogente.

A Constituição pode prever, também, diversos instrumentos de otimização da democracia constitucional, dentre estes, especialmente, a representatividade, que ao mesmo tempo que assegura a titularidade do poder ao povo, dispensa que este reúna-se, em assembleias gigantescas sempre que necessária a tomada de decisões.

A Constituição Federal de 1988, além de estabelecer instrumentos de representatividade, prevê, também, certos elementos próprios das democracias diretas (tais como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular), motivo pelo qual podemos concluir que o ordenamento jurídico brasileiro conforma uma democracia semidireta.

Dentre as distintas feições da democracia, formal e material, o presente trabalho preocupou-se, especificamente, com o seu aspecto formal, ou seja, o conjunto de normas procedimentais que disciplinam a participação do cidadão brasileiro nos negócios do Estado.

Esta feição formal da democracia constitucional brasileira, como vimos, pode ser equiparada aos direitos políticos, que configuram parcela dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro e disciplinam os instrumentos necessários ao exercício da soberania popular.

Nesta acepção, a Constituição Federal de 1988, nos artigos 14 a 17, disciplina o exercício do direito de sufrágio, expressão dos direitos políticos que possui duas vertentes distintas: assegura ao cidadão a capacidade eleitoral passiva (ou seja, o direito de pleitear votos em eleições) e a capacidade eleitoral ativa (que assegura ao cidadão o direito ao voto).

Assim, é evidente que o sufrágio não se confunde com o voto, objeto de nosso estudo: o sufrágio é direito fundamental que pode ser exercido através dos direitos, também fundamentais, ao voto e à possibilidade do cidadão brasileiro em pleiteá-los.

Contudo, para que o direito ao voto, um dos instrumentos do direito de sufrágio, seja, na prática, um instrumento da democracia constitucional, o ordenamento jurídico – e em especial a Constituição – deve prever e assegurar certas prerrogativas, quais sejam, a sua universalidade, imediaticidade, igualdade e liberdade.

Afirmar que o voto é universal significa dizer que este direito deve ser assegurado a todos os cidadãos, sem qualquer tipo de restrições, especialmente se relacionadas à requisitos como a riqueza, capacidade ou classe social e racial dos cidadãos.

A Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 14, reconhece o sufrágio – e conseqüentemente – o voto enquanto direitos universais: é dizer, tal disposição constitui, ao mesmo tempo, uma vedação ao legislador constituído (que não poderá, de nenhuma forma, restringir o exercício do direito ao voto) e uma imposição ao poder público, que deverá envidar esforços no sentido de evitar qualquer tipo de restrição.

O segundo dos elementos essenciais ao voto democrático é a sua imediaticidade: o direito ao voto somente será, efetivamente, um instrumento da soberania popular e da democracia constitucional se a vontade do eleitor for colhida diretamente, sem a participação de intermediários.

A Constituição Federal também prevê e assegura este elemento do voto: no Brasil o voto é dado pelo cidadão de forma direta aquele que pretende eleger. Não existem – e nem poderão existir – eleitores qualificados ou intermediários de qualquer tipo.

O elemento da igualdade do direito ao voto, por sua vez, é decorrência lógica do princípio da isonomia. Afirmar que o direito ao voto é igual significa dizer que a manifestação de cada cidadão terá o mesmo peso e relevância, o que também é assegurado, e ao mesmo tempo imposto, pela Constituição Federal de 1988.

Finalmente, o quarto – e último – elemento essencial do direito ao voto, a sua liberdade, é assegurado, essencialmente, através do voto sigiloso. Somente através do voto secreto é que a manifestação de vontade do cidadão poderá ser isenta de pressões externas de qualquer tipo.

Esta característica essencial do voto democrático é assegurada pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional, que vedam qualquer possibilidade de identificação do emitente da manifestação de vontade do cidadão brasileiro.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, através de diversos instrumentos, visa assegurar todos os elementos essenciais à caracterização do voto democrático, motivo pelo qual podemos afirmar que o voto, em sua atual conformação constitucional e infraconstitucional, constitui um direito fundamental e instrumental da soberania popular e da democracia constitucional.

Pretende-se, portanto, com o presente trabalho, estabelecer os limites à atuação do legislador constituído, que deve objetivar, sempre, a tutela de tais elementos essenciais do voto. Qualquer manifestação que, de alguma forma, possa configurar mácula às características do direito ao voto democrático deve ser, de pronto, rechaçada pelos órgãos constitucionalmente incumbidos de tutelar os princípios constitucionais da soberania popular e da democracia.

7. Bibliografia.

ADAMY, Pedro Augustin. “Renúncia à direito fundamental”. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. “Democracia Representativa: do voto e do modo de votar”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.

ATALIBA, Geraldo. “República e constituição”. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alberto Ribeiro de. “A teoria da soberania de Jean Bodin”. São Paulo: Unimarco Editora, 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. “A democracia na constituição”. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro, “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILAQUA, Clovis. “Theoria Geral do Direito Civil”. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1927, p. 363.

BIELSA, Rafael. “Derecho Constitucional”. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1969.

BOBBIO, Norberto. “Liberalismo e Democracia”. São Paulo: Brasiliense, 1989.

BOBBIO, Norberto. “Liberalismo y democracia”. México: FCE, 1989.

BOBBIO, Norberto. “O futuro da democracia”. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. “Teoria Geral da Política: a filosofia e as lições dos clássicos”. Trad. Daniela Baccacia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; e, PASQUINO, Gianfranco. “Dicionário de Política”. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986.

BONAVIDES, Paulo. “Ciência Política”. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. “Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo a crise contemporânea”. São Paulo: Malheiros, 2010.

BROOM, Herbert. “A collection of legal maxims classified and illustrated”. Londres: A. Maxwell and Son, 1845.

BUENO, José Antônio Pimenta. “Direito público brasileiro e a análise da Constituição do Império”. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

BURDEAU, Georges. “A democracia”. Publicações Europa-América, s. l., 3ª Ed., 1975.

BURDEAU, Georges. “Derecho Constitucional e Instituciones Politicas”. Madri: Editora Nacional, 1981.

CÂNDIDO, Joel J.. “Direito Eleitoral Brasileiro”. Bauru, SP: EDIPRO, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Constituição dirigente e vinculação do legislador”. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito constitucional e teoria da constituição”. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional”. Coimbra: Almedina, 1981, vol. 2.

Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentença proferida em 06 de agosto de 2008.

Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguai, sentença proferida em 31 de agosto de 2004.

DAHL, Robert A. “Poliarquia”. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EdUSP, 1997.

DAHL, Robert A.. “Sobre a democracia”. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Ed. UNB, 2001.

DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro”. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2009.

DWORKIN, Ronald. “Taking rights seriously”. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FAYT, Carlos S.. “Derecho Político”. Buenos Aires: La Ley, 2006, 9ª ed..

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, José Jairo. “Direitos Políticos”. In Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, nº 100, jan./jun. 2010.

GONÇALVES FILHO, Manoel Gonçalves. “Princípios fundamentais do Direito Constitucional”. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

GONÇALVES JÚNIOR, Carlos. “Atividade Normativa da Justiça Eleitoral”. 2013. 98 fls. Tese (doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), São Paulo.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “A tutela jurisdicional dos interesses difusos”, in RePro 14-15.

GUEDES, Néviton. “Comentários ao artigo 14, da Constituição Federal”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. “Comentários à Constituição do Brasil” (Coords.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

HABERAS, Jürgen. “Direito e democracia: entre facticidade e validade”. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAURIOU, André. “Derecho constitucional e instituciones políticas”. Barcelona: Ariel, 1931.

HESSE, Konrad. “A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)”. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. “A democracia”. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Malheiros, 2000

KELSEN, Hans. “Teoria Geral do Direito e do Estado”. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000

LIJPHART, Arend. “Modelos de democracia. Desempenho e padrões de governo em 36 países.”. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LIJPHART, Arend. “Patterns of Democracy: government forms and performance in thirty-six countries”. New Heaven, EUA: Yale University Press, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MALBERG, R. Carré de. “Teoria General del Estado”. Trad. José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Econômica, 2001.

MENDES, Antônio Carlos. “Introdução à teoria das inelegibilidades”. Ed. Malheiros: São Paulo, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Curso de direito constitucional”. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. “Teoria do Estado e da Constituição”. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

MIRANDA, Pontes. “Tratado de Direito Privado”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo XXXI.

NOVAIS, Jorge Reis. “Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria”. Coimbra: ed. Coimbra, 2006.

PASQUINO, Gianfranco. “Curso de Ciência Política”. Trad. de Ana Sasseti da Mota. Portugal, São João do Estoril: Principia, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Soberania Popular y Estado de Derecho” in “Constitución: problemas filosóficos”. Coord. LAPORTA, Francisco J.. Madrid: Ministerio de la Presidencia, Secretaria General Tecnica, Centro de Publicaciones, 2003.

PINTO: Djalma. “Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal: noções gerais”. São Paulo: Atlas, 2003.

QUEIRÓZ, Cristina. “O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática social”. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Do contrato social”. Trad. Antônio de P. Machado. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A., 1952.

SAMPAIO DÓRIA, A de. “O espirito das democracias”. São Paulo: Ed. Monteiro Lobato, 1925.

SAMPAIO, Nelson de Souza. “Eleições e Sistemas Eleitorais”, in Revista de Jurisprudência – Arquivos do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1º trimestre de 1981.

SILVA, José Afonso da. “Curso de direito constitucional positivo”. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. “O sistema representativo, democracia semidireta e democracia representativa”. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, 2003.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. “Curso de direito constitucional”. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TOCQUEVILLE, Alexis de. “A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático”. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2005.

TORRENS, Xavier. "Los Sistemas Electorales". In Miguel Caminal Badia (coord.). "Manual de Ciencia Política". Madri: Editorial Tecnos, 1996.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. "Direito Eleitoral". Belo Horizonte, MG, Brasil: Del Rey, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. "Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos". São Paulo: Atlas, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. "Teoria Geral do Estado", Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.