

## A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A REFORMA POLÍTICA

JOSÉ AFONSO DA SILVA\*

### 1. COLOCAÇÃO DO TEMA

1. Há muito que se vem falando numa reforma política no Brasil. Pode-se dizer que a postulação de uma reforma política começou pouco depois da promulgação da Constituição de 1988. Isso pode soar um pouco estranho, porque uma das funções de uma constituição nova consiste precisamente em realizar uma reforma política de profundidade. Ora, se depois dela ainda se pleiteia uma tal reforma, isso quer dizer, em última análise, que ela não o fez, ou, pelo menos, não o fez tanto quanto deveria.

2. Não resta dúvida de que a Constituição de 1988 instituiu uma nova ideia de Direito e uma nova concepção de Estado (*O Estado Democrático de Direito*), que se fundamentam em princípios e valores que incorporam um componente de transformação da situação existente, que as elites não aceitam e repudiam. Esse conteúdo ideológico de transformações sociais provoca ataques e críticas que assumiram uma dimensão política total, na medida em que aparece como o resultado da negação prévia de toda a concepção que lhe serve de fundamento.

Mais de uma vez tenho dito que ela não é a Constituição ideal de nenhum grupo nacional. Mas, também, tenho sempre afirmado que ela muda o eixo do constitucionalismo brasileiro com inovações de relevante importância voltadas para a realização de uma democracia preocupada com o destino do povo.

3. Igualmente tenho reconhecido que fatores de variada natureza interferem com a sua eficaz vigência. Talvez se possa dizer, como resumo de tudo, que a sua parte velha embaraça a aplicação da parte nova, porque ela deixou praticamente intacta a estrutura de poderes. Enfim não concluiu a reforma do Estado.

É é aqui que se põe a temática da questionada *reforma política*.

---

\* Prof. Titular aposentado da FADUSP.

## 2. REFORMAR O QUÊ PARA QUÊ?

4. A Constituinte falhou na organização do poder. Um dos arraigados elementos da cultura política brasileira consiste na primazia do Poder Executivo e na tradicional desconfiança no Poder Legislativo. Larga camada do povo mais carente acalenta a cultura paternalista, que vem do coronelismo, e espera do Chefe do Poder Executivo, em todos os níveis de governo, a solução de seus problemas e dificuldades pessoais. Daí decorre um presidencialismo monárquico e personalista, que, não raro, tende a governar por cima dos demais Poderes. Esse centralismo presidencial assumiu feições exacerbadas no regime militar, em detrimento de um equilíbrio mais eficaz com os Poderes Legislativo e Judiciário<sup>1</sup>.

5. Essa foi a situação que a Constituinte encontrou. Desde logo, conscientizou-se de que uma de suas tarefas importantes seria reformar o sistema de poder. Ninguém se iludia, pretendendo instituir um Executivo fraco. Se não se estava construindo um “Estado mínimo”, segundo o figurino liberal, mas se da Constituição sairia um Estado forte, por certo que um tal Estado requereria um Executivo forte, embora sujeito a freios que o contivessem nos limites da legalidade constitucional. Não se aceitou a posição de que o Estado forte seja incompatível com a modernidade; antes, compreendeu-se que a modernização brasileira não prescindia do Estado. O equilíbrio de poderes não estará no enfraquecimento do Executivo, retirando dele o que só a ele deve corresponder. Estará no aparelhamento do Legislativo para o exercício de suas funções com eficiência e presteza.

6. Já se sabe a esta altura que a Constituição de 1988 não conseguiu realizar o equilíbrio de poderes, porque a hegemonia do Poder Executivo é notória.

O que é realizar o equilíbrio de poderes? Quando se pode afirmar que existe esse equilíbrio? Há sinal de que existe equilíbrio de poderes quando se efetiva, harmonicamente, a *representatividade* e a *governabilidade*. Então, a reforma política significa modificar a estrutura de poderes, com vista à realização harmônica da representatividade e da governabilidade.

## 3. GOVERNABILIDADE E REPRESENTATIVIDADE

7. *Governabilidade* e *governança*<sup>2</sup> são conceitos diferentes: Reserva-se o termo *governança* para os aspectos gerenciais e administrativos do Estado, e

---

1 Sobre isso, cf. Aspásia Camargo “As dimensões da crise”, em Aspásia Camargo e EII Diniz (orgs.), *Continuidade e Mudança no Brasil da Nova República*, São Paulo, Vértice, 1989, p. 29.

2 Sobre a governabilidade no Estado Democrático de Direito, cf. José Afonso da Silva, em Diego Valadès (editor), *Governabilidad y Constitucionalismo em América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 1-29.

*governabilidade* para o exercício do poder e suas relações. Não são, porém, conceitos estanques mas inter-relacionados já que a governança constitui também um fato ou um instrumento da governabilidade<sup>3</sup>. A distinção correlaciona-se com a reforma do Estado e reforma do aparelho do Estado. A primeira “refere-se à redefinição das funções do Estado, seu padrão de intervenção econômica e social, suas relações com o mercado e com a sociedade civil e mesmo entre seus próprios poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Por sua vez, reforma do aparelho do Estado diz respeito à reformulação da forma burocrática de administração e de prestação de serviços públicos, mediante novas ferramentas gerenciais, jurídicas, financeiras e técnicas, cujo objetivo consiste em aprimorar a capacidade de implementação de políticas públicas que produzam resultados, noutros termos, eficiência do agir estatal”<sup>4</sup>.

A *governança*, assim, é um processo pelo qual se colocam as instituições administrativas em condições de funcionamento eficiente e adequado ao desenvolvimento da governabilidade. Atua, pois, no aparelho burocrático do Estado para desemperrá-lo em favor da governabilidade.

8. A governabilidade no regime representativo, logicamente, não prescinde da *representatividade*. Significa, portanto, que não são atividades opostas, ainda que exista tensão entre ambas, precisamente porque sua convivência requer harmonia. *Representatividade* não se esgota no simples conceito de *representação política*, não basta a existência de eleições periódicas para se realizar a representatividade, embora esta requeira também um processo de escolha dos governantes e de controle de sua ação através de eleições competitivas<sup>5</sup>. A governabilidade é um modelo de representação “centrado mais sobre o efeito de conjunto do que sobre o papel de cada representante e que concebe o organismo representativo como um microcosmo que fielmente reproduz as características do corpo político”<sup>6</sup>. Vale dizer, a representatividade exige que o organismo representativo seja um espelho da paisagem sócio-política da Nação.

9. Governabilidade e representatividade envolvem todas as *formas políticas*. Se entendermos por forma política “a configuração do exercício e a organização do poder político, segundo uma interpretação ideológica numa estrutura social”<sup>7</sup>, então se concluirá que governabilidade e representatividade se

---

3 Sobre a distinção dos conceitos, cf. ainda Joan Prats I Catalá, “Governabilidade democrática na América Latina no final do século XX, em Luiz Carlos Bresser Pereira (Organizador), ob. cit., p. 272.

4 Leonardo Valles Bento, *Governança e Governabilidade na Reforma do Estado*, Barueri (SP), Manole, 2003, pp. 85-86.

5 Cf. Norberto Bobbio e outros, *Dicionário de Política*, Brasília, UnB/L.G. E, 2004, p. 1.106, verbete “Representação Política”.

6 Cf. Norberto Bobbio, ob. cit., p. 1102.

7 Cf. Jorge Xifra Heras, *Curso de Derecho Constitucional*, T. II, Barcelona, Bosch, 1968, p. 77.

entendem com os diversos graus da realidade política, ou seja, têm a ver com forma de governo, sistema de governo, organização dos poderes, sistema de partidos e sistema eleitoral.

Por outro lado, se *reformular* significa dar nova forma ou *refazer a forma*, concluiremos que uma *reforma política*, em sentido mais amplo, quer dizer refazer todas aquelas *formas políticas*. É claro que a forma de Estado não poderá ser objeto de reforma, já que se inclui no núcleo intangível da Constituição, segundo a previsão do art. 60, § 4º, I. A forma de governo não mais se inclui nesse núcleo, mas o povo, em plebiscito, já se definiu pela República e isso já está consumado. Também assim se deu em relação ao sistema de governo, tendo o povo optado pelo presidencialismo, ainda assim faremos algumas considerações sobre o tema.

#### 4. SISTEMA DE GOVERNO

10. Como disse acima, o povo, em plebiscito, já decidiu pelo presidencialismo. A questão que se coloca está em saber se, apesar dessa decisão; o sistema de governo pode ser objeto de reforma. Cármen Lúcia Antunes Rocha, agora Ministra do STF, entende que a decisão plebiscitária a favor da República não pode ser objeto de reforma, por se tratar de princípio fundamental, pelo que implicitamente continua núcleo intangível da Constituição. Mas, segundo ela, o sistema de governo tem tratamento e equacionamento jurídico-constitucional distinto.

“Não se encontrando entre os princípios fundamentais e desde que assegurado o princípio da separação de poderes, que é intocável pelo constituinte derivado, pode ser objeto de reforma, após a realização, se for ou se fosse o caso, de novo plebiscito, previsto por uma Emenda Constitucional.”<sup>8</sup>

11. O certo é que o presidencialismo monárquico e personalista tem sido considerado fonte geradora de problemas para a governabilidade democrática.

De fato, as relações Executivo-Legislativo são, no presidencialismo brasileiro, um complicador da governabilidade. São poderes independentes e sua relação se baseia no princípio de freios e contrapesos, de sorte de que as condições de mútua cooperação devem ser cuidadosamente construídas. O mais grave é que a harmonia entre os poderes e o correspondente mecanismo de freios e contrapesos assentam-se em critérios negativos de vetos mútuos. Esse sistema de vetos e concessões mútuas que caracteriza o mecanismo de freios e contrapesos torna a harmonia entre os poderes ainda mais limitada,

---

8 Cf. *República e Federação no Brasil*, Belo Horizonte, Del Rei, 1997, p. 90.

em razão do sistema pluripartidário que jamais possibilita surgir das urnas um governo com maioria parlamentar, daí o imperativo de formação de governo de coalizão, tarefa árdua que consiste em reunir em torno do governo no mínimo cinco formações partidárias, o que exige intensas negociações para se aprovar qualquer projeto de interesse governamental. Agrava essa situação o fato de ser muito frágil a vinculação partidária, já que o sistema eleitoral de representação proporcional favorece o destaque de pessoas, uma vez que a captação de votos para o quociente partidário é pessoal, elegendo-se pela legenda os nomes mais votados. Com isso, as negociações governamentais não se fazem tanto entre os partidos, mesmo quando alinhados ao governo, mas entre o governo e parlamentares isoladamente, o que importa profundo desgaste ao Presidente, especialmente porque essa negociação envolve sempre a necessidade de concessões de favores em troca de apoio de parlamentares, não raro mediante práticas de corrupção<sup>9</sup>.

12. O presidencialismo vem sofrendo, na América Latina, profunda reformulação. Diversas constituições latino-americanas criaram mecanismos que, sem prejuízo da governabilidade, quebram o personalismo monárquico do sistema presidencial.

O parlamentarismo parece equilibrar melhor as exigências de governabilidade e de representatividade, porque a harmonia e independência dos poderes se convertem num sistema de cooperação mútua e de responsabilidades recíprocas, de sorte que os conflitos políticos encontram mecanismos de solução eficaz, que confluem sempre para uma consulta ao povo que é efetivamente o árbitro que vai, em última instância, resolver qualquer crise de poder.

O certo, por outro lado, é que o parlamentarismo se torna cada vez menos parlamentarista, o presidencialismo suaviza-se com técnicas retiradas daquele. É que vai surgindo nas constituições contemporâneas um sistema de governo, entre o parlamentarismo e o presidencialismo, com resultado de estabilidade e eficiência que merece consideração. Trata-se de uma espécie de *Presidencialismo de Gabinete*, no qual ocorre uma divisão de tarefas entre Presidente e Conselho de Ministros, ministério que não é da confiança do parlamento como parlamentarismo, mas de confiança do Presidente. Então, em vez de se dizer, como consta do art. 76 da Constituição que *o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado*, dir-se-á: *o Presidente da República é o Chefe do Poder Executivo, que exerce por seus Ministros de Estado em Conselho*. Os Ministros reunidos formam o Conselho de Ministros.

---

<sup>9</sup> Cf. no mesmo sentido, Maria D'Alva Gil Kinzo, "Governabilidade, Estrutura Institucional e Processo decisório no Brasil", internet <<http://www.mct.gov.br/CEE/revista/Parcerias3/govern.htm>>.

Um Primeiro Ministro, que poderá assumir a direção de qualquer Ministério, é o Presidente do Conselho de Ministros, e presidirá as reuniões do Conselho. O Conselho de Ministro terá atribuições próprias, independentes das do Presidente da República, mas as reuniões do Conselho de Ministros destinadas a estabelecer a política de governo e a aprovar os planos de desenvolvimento serão sempre presididas pelo Presidente da República. Enfim, há variações possíveis, inclusive a possibilidade de voto de confiança sobre Ministros com a consequência de sua demissão etc.

## 5. BICAMERALISMO OU UNICAMERALISMO

13. Uma reforma política de profundidade teria que refazer o bicameralismo. O Senador Marcos Maciel, em discurso no Senado sobre reforma política, não chegou a propor mudança no bicameralismo, mas reconhece “que tanto o Executivo quanto o Legislativo - e não podemos esquecer as Casas do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal - ainda precisam, igualmente, de modernização em seus respectivos processos decisórios. Falamos muito e frequentemente sobre as reformas políticas e muitas vezes nos esquecemos de dizer que é fundamental ao Congresso para atender de forma ágil e hábil às grandes demandas da sociedade brasileira”.

No meu entender, para tanto, o melhor seria uma profunda reformulação do bicameralismo, incluindo a possibilidade de adoção do unicameralismo.

14. Essa é uma questão que já discuti amplamente num livro publicado em 1964, quando, então, optei pela posição de Kelsen, segundo a qual o sistema unicameral parece corresponder mais intimamente à ideia da democracia, pois o bicameralismo, típico da monarquia constitucional e do Estado federal, é sempre uma atenuação do princípio democrático<sup>10</sup>. Ainda penso assim. Não me convence o dogma de que não pode haver federalismo sem senado, que represente os Estados. É que o unicameralismo se adapta melhor aos povos em plena evolução, isto é, aos povos que precisam realizar transformações estruturais. O bicameralismo emperra mudanças, o que vale dizer: emperra a governabilidade. Por outro lado, “mesmo nos Estados federais - o bicameralismo reflete um elemento antidemocrático no Estado contemporâneo. Todos os argumentos a seu favor visam tolher o progresso, a influência popular na formação das leis, contrariando o princípio da soberania popular. Pois, a doutrina constitucional contemporânea começa a reconhecer que a democracia se acomoda melhor no sistema unicameral, na medida em que considera o

---

10 Cf. *Teoría General Del Derecho y del Estado*, p. 354, cf. nosso *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*, pp.61-76.

bicameralismo uma instituição essencialmente destinada a canalizar e a temperar o elã da soberania popular”<sup>11</sup>, o que significa prejuízo à representatividade.

15. Meu pensamento ainda é este. Mas concedo em que não seja necessário adotar um unicameralismo puro. Assim já me pronunciei nos termos seguintes referindo-me ao bicameralismo desigual da Constituição de 1934, que dava ao Senado atribuições especiais:

“Esse conjunto de atribuições dava ao senado uma posição especial na organização constitucional de 1934, como um órgão típico da Federação, com forte tendência a se transformar num órgão de controle. Essa é a ideia matriz de um órgão incumbido de promover a coordenação dos poderes federais entre si. Pena é que a Constituição durou menos de três anos, não tendo havido tempo para experiências concretas. Aí está um sistema que talvez valesse a pena retomar numa reforma do Poder Legislativo, caracterizando um sistema como bicameralismo desigual, mais do que como unicameralismo imperfeito, como, às vezes, se pensa.”<sup>12</sup>

## 6. SISTEMA PARTIDÁRIO

16. Os partidos políticos se tornaram peças fundamentais no processo político democrático dos nossos dias, como fenômenos que permeiam todas as instituições governamentais; com eles a concepção do princípio da divisão de poderes sofreu profunda alteração. Uma das consequências da função representativa dos partidos é que o exercício do mandato que o povo outorga a seus representantes se faz por intermédio deles, que, desse modo, estão de permeio entre o povo e o governo, não no sentido de simples intermediários entre dois pólos opostos ou alheios entre si, mas como instrumento por meio do qual o povo governa<sup>13</sup>. Num sistema de partidos programáticos e estruturalmente estáveis e organizados isso seria benéfico ao relacionamento harmônico entre os poderes. A dificuldade, contudo, é que o grau de institucionalização partidária no Brasil sempre foi muito fraco.

De tudo isso decorre que *o sistema partidário é instável e altamente fragmentado*. A instabilidade provém da inconstância de seus filiados que mudam de partido com frequência sem a menor cerimônia. Isso complica a governabilidade parlamentar, pois, como observado, as relações do Poder Executivo com o Poder Legislativo acabam não sendo institucionais, mas sujeitas a um

---

11 Cf. José Afonso da Silva, *Processo Constitucional de Formação das Leis*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 82. Também Vitor Nunes Leal, “O Sistema Bicameral e a Elaboração das leis na Constituição de 1946”, *RDA* 8/434.

12 Cf. José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 84.

13 Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24. ed., p. 408.

desgastante processo de negociação individual. Isso sem falar nas exigências de cargos na administração, de concessões de canais de televisão e outras vantagens que sempre acompanham essas negociações que, como a recente experiência vem mostrando, conflui para a formação de corrupção sistêmica.

17. Por outro lado, a *fragmentação partidária* se caracteriza pelo elevado número de partidos com representação no Congresso Nacional, alguns com pequeníssima representação; os quatro maiores partidos tinham, quando iniciou a legislatura (2007-2010), uma representação de 91, 84, 74 e 71 Deputados, o quinto cai para 49, seguindo-se mais quatro com 26, 26, 22 e 21, depois vêm 15, 12, 6, 5, 4, 3, e mais quatro com 1 Deputado cada um<sup>14</sup>. Essa fragmentação constitui, sem dúvida, um sério problema para a governabilidade, porque não se consegue uma maioria parlamentar, a ela essencial, numa Câmara com 518 Deputados e um Senado com 81 Senadores, senão por meio de uma coalizão de no mínimo cinco partidos, já que dificilmente é possível uma coligação que envolva mais de dois dos grandes partidos. E mesmo assim não se pode confiar em que isso garanta uma maioria estável num sistema partidário de baixa disciplina. Praticamente se tem que renovar essa coalizão a cada votação de matéria importante de iniciativa do Poder Executivo, e o pior, por via de negociação individual direta.

18. As propostas para a correção dessas distorções se atêm a três pontos: a) exigência de fidelidade partidária; b) adoção da cláusula de barreira, como meio de conter a fragmentação partidária; c) adoção do voto de legenda.

Quanto à *fidelidade partidária*, que não foi regulamentada, o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) em decisão confirmada pelo STF (Supremo Tribunal Federal), entendeu que ela é ínsita ao sistema de representação proporcional, considerando que os votos obtidos não pertencem aos candidatos e, sim, aos partidos políticos. Portanto, ao desligar-se do partido para filiar-se a outro, o eleito perde o mandato.

A tese é correta, mas a decisão ficou confusa porque estabeleceu que a regra firmada só era aplicável nos casos que surgissem depois de sua prolação. Ficou mais confusa, porque, se a tese é aceitável no que tange às eleições proporcionais, já é de duvidosa validade para as eleições majoritárias de Senador e de Chefes de Poder Executivo. No entanto, o TSE estendeu a decisão também a eles.

Tudo isso mostra que está faltando normas legais para disciplinar adequadamente a questão.

19. A *cláusula de barreira* (preferível: *cláusula de desempenho*) foi adotada pelo art. 13 da Lei 9.096/1995, segundo o qual só teria direito de funcionamento

---

14 Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 396.

parlamentar, em todas as Casas Legislativas, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtivesse o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos válidos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles. Essa regra deveria ser aplicada a partir da presente legislatura, tanto que alguns partidos que não obtiveram as percentagens aí previstas se fundiram ou se incorporaram a outros para fugir às consequências. Mas o STF, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 1351, decidiu pela inconstitucionalidade da cláusula de desempenho prevista naquele art. 13.

A cláusula de desempenho é problemática, porque se ela evita a proliferação dos chamados “partidos de aluguel”, também constitui empecilho ao desenvolvimento de partidos programáticos e sérios.

20. Demais, como pondera Virgílio Afonso da Silva:

“É preciso deixar claro que, como já discutido em outras passagens deste trabalho, a existência de vários partidos não pode ser considerada isoladamente como um problema. A razão é simples: se a sociedade é heterogênea, não há como querer, artificialmente, homogeneizar a representação política, simplesmente deixando de lado aqueles que não alcancem uma percentagem do total de votos.”

“O que deve ser discutido é a representatividade dos partidos e não o seu número. Se há muitos partidos porque há muita fragmentação na sociedade, não há como não aceitar esse fato. Mas não é bem essa a situação vivida atualmente no Brasil. Nosso quadro partidário não é fragmentado simplesmente porque espelha a fragmentação da sociedade. A sobrevivência de partidos políticos sem representatividade é, muitas vezes, garantida pelo sistema eleitoral. (...) Em suma, quando aqui se fala em partido que tenha alguma representatividade, a referência é àqueles partidos que tenham obtido um número de votos igual ou superior ao quociente eleitoral.”

“Pois bem, o sistema eleitoral brasileiro possibilita a obtenção de mandatos por partidos que não satisfaçam o conceito de representatividade acima expressado. Nosso número excessivo de partidos não é, portanto, decorrência de uma fragmentação social, mas de uma questão técnica de nosso sistema eleitoral.”<sup>15</sup>

Por isso, o autor entende que para solucionar o problema do excesso de partidos não é necessária uma cláusula de barreira, fixada aleatoriamente, porque a solução para esse tipo de distorção está na proibição das coligações partidárias que são responsáveis pela eleição de candidatos de partidos sem representatividade. Anota que nas eleições de 1994 [seu livro é de 1999], sete partidos, que, por falta de apoio popular, não conseguiriam, por si, o quociente

---

15 Cf. Sistemas Eleitorais, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 165 e 166.

eleitoral, que significa um mínimo de representatividade, puderam, no entanto, fazer representantes na Câmara dos Deputados<sup>16</sup>.

Ora, se a adoção da cláusula de desempenho pode ser tida como inconstitucional, a proibição de coligações não o pode.

## 7. SISTEMA ELEITORAL

21. *Sistema eleitoral* forma com o *sistema de partidos* os dois mecanismos de expressão da vontade popular na escolha dos governantes. São, pois, os dois pilares do princípio representativo. Neles se consubstancia a base da representatividade dos organismos governamentais. Os partidos procuram organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar o seu programa de governo. *Sistema eleitoral* é o conjunto de técnicas e procedimentos destinados a organizar a representação do povo no território nacional.

A combinação dessas técnicas e procedimentos é que proporciona o aparecimento de diferentes sistemas eleitorais que, fundados no modo de realizar a representação, se distinguem em sistema majoritário, pelo qual a representação em dado território cabe aos candidatos que obtiveram a maioria absoluta ou relativa dos votos, e o sistema de representação proporcional, pelo qual a representação em determinado território se distribui em proporção às correntes ideológicas ou de interesse integradas nos partidos concorrentes<sup>17</sup>.

22. As discussões sobre a reforma política sempre têm em sua agenda a reforma do sistema eleitoral, por se atribuir defeitos e distorções ao sistema proporcional que nos rege segundo o art. 45 da Constituição. Ele propicia ferrenha disputa entre candidatos do mesmo partido na busca de elevar o número de votos nominais, que decidem a indicação do eleito em cada partido. Cada candidato se transforma em competidor de seus próprios correligionários em luta mais aguçada até do que com os candidatos de partido adversário. A deformação peculiar que a representação proporcional vem gerando no Brasil é um tipo de *efeito corporativo*. Assim é que corporações religiosas, profissionais, culturais ou de defesa de interesses específicos fazem inscrever, nos vários partidos políticos, candidatos comprometidos com seus interesses e lutam por sua eleição em detrimento da representação partidária de interesses da coletividade como um todo, daí bancadas, p. ex., de evangélicos, por cima dos partidos dos respectivos membros.

---

16 Cf. ob. cit., pp. 166 e 178.

17 Estou aqui sintetizando manifestações que já fiz em outros escritos, cf., p. ex., "Partidos políticos e sistemas eleitorais: o caso brasileiro", *Revista da Procuradoria Geral do Estado [de São Paulo]*, n. 17, pp. 287 e ss.

23. O sistema proporcional é caracterizado por sua forte representatividade, mas não tanto à governabilidade. Por essa razão é que certas correntes políticas e mesmo doutrinárias pleiteiam sua substituição pelo sistema majoritário, distrital, ou pelo sistema misto de tipo alemão, que se entendem mais favoráveis à governabilidade. Essa questão foi enfrentada por Virgílio Afonso da Silva nos seguintes termos:

“Se a disputa entre sistema majoritário e sistemas proporcionais é, basicamente, uma disputa entre governabilidade e representatividade, a questão mais importante a ser feita só pode ser a seguinte: em que medida cada um desses sistemas proporciona, respectivamente, a esperada governabilidade ou a desejada representatividade?”<sup>18</sup>

Pondera ele, em seguida, que, levando em conta os países com democracia e sistemas eleitorais consolidados, os sistemas proporcionais conseguem mais facilmente aliar seu objetivo precípua - uma representação justa - a uma estabilidade governamental razoável, enquanto, no caso dos sistemas majoritários, o cenário é diferente. No que se refere ao objetivo principal, à governabilidade, o resultado já é aleatório. “Assim, ao contrário do que ocorre com objetivo principal dos sistemas proporcionais, que é inerente ao sistema; o objetivo principal dos sistemas majoritário pode ser considerado como uma mera expectativa”.

“Em suma [concluí, mais adiante], não há, como se falar em qualquer possibilidade de conciliação entre governabilidade e representatividade no caso dos sistemas majoritários; visto que a distorção por eles provocada, neste segundo campo, é inerente ao sistema e que, para agravar a situação, nem mesmo no campo da governabilidade há alguma segurança.”<sup>19</sup>

24. Por entender-se que o sistema majoritário favorece a governabilidade, mas é pobre em representatividade, enquanto o sistema proporcional é pródigo em representatividade, mas nem tanto em governabilidade, é que certas correntes pleiteiam a adoção, entre nós, do sistema misto de tipo alemão, por pensarem que este conciliará as suas exigências.

Isso é certamente um equívoco, porque o sistema alemão não é uma mistura ou uma conjugação do sistema majoritário e do sistema proporcional, porque ele se inclui entre os sistemas proporcionais. De fato, o sistema funciona do seguinte modo: “(a) cada Estado federado é dividido em um número de distritos correspondentes à metade das cadeiras a que tem direito no Parlamento: (b) cada partido apresenta dois tipos de candidatos: um candidato para concorrer à eleição majoritária uninominal no interior de cada um dos vários distritos e uma lista de candidatos com ordem previamente definida pelo partido (lista bloqueada); (c) cada eleitor dispõe de dois votos, referentes às duas formas de

18 Cf. ob. cit., p. 147.

19 Cf. ob. cit., pp. 147 e 148.

candidaturas: no primeiro deles, vota no candidato do seu distrito e; no segundo, em uma das listas partidárias; (d) para o cálculo do número de cadeiras a que cada partido terá direito, são utilizados somente os segundos votos, ou seja, os votos dados para a lista partidária... que *essa distribuição não se refere somente à metade das cadeiras a preencher, como muito se ouve dizer; mas ao total delas*. Assim, se um Estado tem direito a trinta deputados no parlamento, essas trinta vagas são distribuídas segundo o método proporcional."<sup>20</sup>

25. Penso, no entanto, que o voto distrital no Brasil, seja no sistema majoritário, seja no sistema alemão, traz graves inconvenientes. Trata-se de um país muito diversificado, com áreas altamente urbanizadas e modernas e outras atrasadas, rarefeitas, com população dispersa; Os distritos seriam necessariamente muito diferentes uns dos outros, o que seria inadequado para a eleição uninominal majoritária. Além do mais, o voto distrital, especialmente o majoritário puro, perpetuará os velhos caciques partidários, obstando a renovação de lideranças políticas, mormente se a inscrição de candidaturas persistir na forma de indicação pelas comissões executivas dos partidos. Mas essa é outra mudança indispensável, para a democratização partidária.

O chamado *sistema misto* alemão vem angariando muitos adeptos. Há quem o ache mais aconselhável porque aproveita, também, as lideranças tradicionais, pois seria erro não aproveitá-las, conciliando sua experiência com a renovação das novas lideranças que esse sistema, por seu aspecto de voto de lista, propiciará<sup>21</sup>. Mas aqui, também, a dificuldade na formação dos distritos ainda é maior.

Em qualquer caso, há que se ter duas organizações distritais, uma para eleição dos Deputados Federais e outra para eleição dos Deputados Estaduais. Imaginemos o Estado do Amazonas, que elege oito Deputados Federais e vinte e quatro Deputados Estaduais, então terá que ser dividido em oito distritos para a eleição federal e em vinte e quatro para a estadual. Imaginem fazer oito distritos no Amazonas. Primeiro, o tamanho enorme desses distritos. Como conseguir neles um mínimo de homogeneidade, necessária ao princípio do tratamento isonômico dos candidatos? Agora, imagine-se isso no sistema misto em que a metade dos candidatos é eleita por lista partidária e a outra por votação distrital. Para tanto, o Estado terá que ser dividido em quatro distritos apenas. Como fazer isso: traçar do centro de Manaus quatro linhas norte-sul, leste-oeste, para envolver parte urbanizada e parte rural, florestal? As dificuldades são enormes.

---

20 Cf. mais amplamente, Virgílio Afonso da Silva, ob. cit., p. 81.

21 Essa opinião foi emitida por Franco Montoro, in Themístocles Brandão Cavalcanti, ob. cit., p. 336.

Demais, o sistema alemão funciona bem no clima alemão. Sua transposição para o Brasil, com sua profunda diferença em relação à Alemanha, pode trazer não a combinação das virtudes do sistema proporcional e do sistema distrital mas a conjugação de seus defeitos.

## 8. PROPOSTAS PARA A REFORMA DO SISTEMA PROPORCIONAL

26. Quero reafirmar nessa oportunidade de manifestação que fiz num velho texto de 1980: “o sistema de representação proporcional é o único sistema eleitoral capaz de instrumentar a formação de um regime democrático autêntico em oposição a sistemas oligárquicos dominantes; a experiência brasileira dos anos recentes demonstra isso com veemência impressionante, a ponto de os teóricos do sistema de dominação vigente [*ou seja, do regime militar, então vigente*] ficarem alertados e passarem a postular a aplicação do sistema majoritário por distritos eleitorais, com o que se tomaria possível o controle, a nível eleitoral, da representação partidária e, portanto, da efetiva representatividade dos partidos e, assim, da participação popular, de base, no processo político e na organização do poder governamental”. De fato, o sistema de representação proporcional foi o que possibilitou a sobrevivência das oposições concentradas no MDB e até a sua expansão. O sistema distrital não o possibilitaria.

27. No entanto, o meu apego ao sistema de representação proporcional não exclui a minha convicção de que ele precisa de profunda reformulação, pela adoção, não de sistema estrangeiro, mas da criação de algo novo, capaz de manter o sistema em sua essência com a eliminação dos seus defeitos e seus vícios.

Há diversas propostas nesse sentido. Vamos percorrer algumas delas, para delas construir um sistema nosso, sem transposições de sistemas de outros povos, que, por serem bons lá, não significam que se aclimassem ao nosso ambiente social e político, sendo mais provável incorporar-se aqui a sua caricatura, em vez de suas virtudes.

28. Uma das propostas é a da *representação proporcional a nível nacional*, mediante a formação do quociente eleitoral pela soma do total dos votos obtidos nos diferentes Estados, como propôs Osny Duarte Pereira: “Se os Partidos são nacionais” (...) para que não fosse falseada e nem diminuída a representatividade democrática, como ocorre atualmente, a contagem dos votos recebidos em diferentes Estados, qualquer que fosse o seu número deveria ser creditada à legenda nacional do Partido. Pelo regime atual, os partidos podem obter votos que permitiriam eleger, por vezes, dez deputados, e não conseguem nem a metade e até nenhum, dado o capcioso sistema em vigor, em que a soma

dos votos que não completarem o quociente local, ou que o excederem, ficam perdidos e a respectiva comunidade votante, privada de representação”<sup>22</sup>.

A proposta de Virgílio Afonso da Silva vai na mesma direção, nos termos seguintes:

“A proposta a ser feita neste trabalho é também pouco ortodoxa, porquanto rompe com a ligação entre circunscrição e unidades federativas, mas além disso, aponta firmemente na direção de uma proporcionalidade real. A solução definitiva para o problema do *malapportionment* é a definição de todo o território nacional como apenas uma circunscrição, a chamada circunscrição nacional única, adotada nos Países Baixos e em Israel. É fora de dúvida que esse tipo de circunscrição é o que maior proporcionalidade garante, além de evitar o *gerrymandering*. Outrossim, poder-se-ia fixar o número de deputados em algo perto dos 300 ou 350, já que não haveria a necessidade de um número elevado para satisfazer as disparidades regionais, que desapareceriam por completo.”

Acrescenta ainda que “a adoção de uma circunscrição nacional única não se coaduna com o tipo de lista adotada atualmente no Brasil, pois, em conjunto com listas não-hierarquizadas, que fazem com que a eleição de cada deputado dependa de sua votação pessoal, somente aqueles que tivessem muito dinheiro poderiam fazer uma campanha nacional para aumentar as chances de eleição”<sup>23</sup>.

Se fosse adotado tal sistema, por certo seria desnecessário estabelecer número de deputados por Estados. Mas a sistemática da representação proporcional sofreria aí profunda alteração e um princípio federativo - o da representação por Estado em função da respectiva população - cederia lugar a uma consideração unitária do território nacional para fins eleitorais, sem falar no risco de dominação dos Estados mais ricos e mais populosos sobre a representação dos demais Estados na Câmara dos Deputados<sup>24</sup>.

O melhor caminho parece ser o da revisão da proporcionalidade para sua adequação às populações dos Estados. Sem isso, a deformação perdurará mesmo com a eventual adoção do sistema distrital ou do misto.

---

22 Cf. Osny Duarte Pereira, *Constituinte: Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*. p. 40, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1987.

23 Cf. ob. cit., pp. 172 e 173.

24 Bem se sabe que, na teoria, não existe representação de Estados na Câmara dos Deputados, onde, segundo a Constituição, a representação é do povo, porque, segundo ela, o Senado é que representa os Estados. Mas, na prática, bem se sabe também que as bancadas partidárias, na Câmara, funcionam como representantes dos Interesses dos respectivos Estados, enquanto o Senado, cujos membros são eleitos por partidos, na prática se tem representação partidária que, em última análise, é representação do povo.

29. Bastante diferente, e também diverso do alemão, é o sistema misto proposto no *Anteprojeto de Constituição da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais* (dita Comissão Afonso Arinos). Aí se diz no seu art.169 que o sistema eleitoral será misto, elegendo-se metade da representação pelo critério majoritário, em distritos uninominais, concorrendo um candidato por partido, e metade através de listas partidárias. A soma dos votos obtidos, em todos os distritos, pelos candidatos de cada partido servirá de base para a distribuição das cadeiras, de modo a assegurar, quanto possível, a representação proporcional das legendas. Se o número de cadeiras obtidas por um partido, segundo o disposto no parágrafo anterior, for maior do que o de deputados eleitos pelo critério majoritário, o restante das vagas será preenchido pelos candidatos da respectiva lista, na ordem do seu registro. Previa-se que lei complementar regulasse o disposto nesse artigo de modo a assegurar a participação de todos os filiados na escolha e no ordenamento da lista partidária. Vê-se por aí que o eleitor vota apenas uma vez em cada distrito e no candidato à eleição majoritária. Os votos que cada partido obtivesse, em cada distrito por seu candidato majoritário, é que seriam somados para, formar o quociente eleitoral e o quociente partidário e assim designar os eleitos pelas listas partidárias. Não ficou expresso quem seria considerado eleito em cada lista até completar o quociente partidário. Reservou-se à lei complementar definir esse aspecto do sistema, mas parece implícito que deveriam reputar-se eleitos os candidatos classificados na lista partidária em face da votação que tenham tido dos filiados para sua inscrição nela.

30. Outra proposta que está em discussão é exatamente a do chamado *voto de legenda* ou *voto de lista*. Há, porém, três formas de listas partidárias: a) *lista aberta*, em que se permite ao eleitor reordenar a ordem dos candidatos, como lhe é facultado escolher diversos candidatos; b) *lista fechada e não-hierarquizada*, que não contém uma ordem definida de candidatos e o eleitor pode votar num dos candidatos de sua escolha ou votar apenas na lista (voto de legenda); c) *lista bloqueada e hierarquizada*, é uma lista fechada, com todos os candidatos do partido em uma ordem previamente definida na convenção partidária; o eleitor não pode modificá-la, por meio de votação nominal, porque só lhe cabe votar na lista como um todo (voto de legenda), considerando-se eleitos os candidatos na ordem estabelecida até onde alcançar o quociente partidário.<sup>25</sup> Esta é a forma que está em discussão no Congresso Nacional. A questão é precisamente a da formação da lista, que, no sistema vigente, é da competência das convenções partidárias que ainda têm que respeitar a regra de que os exercentes de mandatos terão lugar reservado na lista. O sistema só será democrático se a lista e a ordem dos candidatos nela inseridos decorrer de eleições dos filiados

---

25 Cf. pormenores em Virgílio Afonso da Silva, *ob.cit.*, pp. 45 e ss.

ao partido, no mínimo. Demais, a cultura política brasileira é muito nominalista, de modo que não é fácil o eleitor se conformar em votar em algo que, para ele, se revela Uma abstração: a legenda partidária. Se, além disso, se adotar o voto facultativo, como também se propõe, por certo que vamos ter enorme abstenção, pela ausência dos eleitores, que será grave prejuízo à representatividade.

O sistema fortaleceria os partidos e quebraria um dos elementos distorcidos do sistema, a que já fiz referência, que é o nominalismo em decorrência do voto nominal que eleva o eleito acima da legenda partidária.

31. Proposta interessante é a do chamado *Projeto Edgar Costa* (então Ministro do Supremo Tribunal Federal) - Segundo o autor, não se tratava de eleição por distrito ou de representação distrital, mas apenas de votação por distrito, com acatamento do princípio da representação proporcional. Proibia as alianças e coligações partidárias nas eleições de deputados federais e estaduais. Os Estados seriam divididos em distritos eleitorais quantos fossem seus representantes à Câmara dos Deputados e às respectivas Assembleias Legislativas, vedada a coincidência de pleitos de deputados federais e estaduais. Cada partido registraria apenas um candidato por distrito, mediante prévia escolha em convenção. Os eleitores votariam apenas na legenda partidária, o que, por si, estaria designando o respectivo candidato no distrito. Os votos, obtidos pelos partidos em todos os distritos na circunscrição ou Estado, seriam somados para, divididos pelos lugares a preencher, formar o quociente eleitoral. Por sua vez, a soma dos votos obtidos por cada partido em todos os distritos, dividida pelo quociente eleitoral, daria o quociente partidário, reputando-se eleitos, em cada partido, tantos candidatos quantos indicassem o respectivo quociente e na ordem da votação obtida nos vários distritos. Entendia o autor que os "assim eleitos, além da qualidade de representante do estado dentro do princípio constitucional da representação proporcional, desde que a sua eleição resultava da votação global nele obtido pelo partido, seria ao mesmo tempo um representante dos interesses do distrito ou região pelo qual fora eleito, onde maior se revelava a influência do mesmo partido"<sup>26</sup>. No mesmo sentido foi o Projeto de lei n. 38, de 1960, apresentado pelo então Senador Milton Campos, com a diferença de permitir a inscrição do mesmo candidato até em três distritos diferentes, sempre pelo mesmo partido, o que seria muito ruim, porque restringiria o número de candidatos por partido, obstando ou pelo menos tolhendo o surgimento de novas lideranças.

O sistema proposto por Edgar Costa/Milton Campos tem a virtude de ser mais caracteristicamente de representação proporcional. Elimina a luta áspera entre correligionários por ocasião das eleições. Faz diminuir o abuso do poder

---

26 In Themístocles Brandão Cavalcânti e outros, ob. cit., pp. 263-264.

econômico, embora, por si, não o elimine. Simplifica o processo de votar e de apurar a votação. Não gera efeitos corporativos. Não será simples técnica de representação das minorias, mas de representação proporcional de correntes político-ideológicas organizadas em partidos políticos. Poderia contribuir para o desenvolvimento de pequeno número de partidos políticos programáticos, desestimulando a formação de legenda de aluguel, como ocorre hoje. Restariam, contudo, as dificuldades de organização distrital em face da realidade do País.

## 9. VOTAÇÃO DISTRIAL E ELEIÇÃO PROPORCIONAL

32. Dessas propostas, especialmente da proposta Edgar Costa/Milton Campos, podemos construir um sistema de representação proporcional nosso, capaz de solucionar os problemas que ele tem gerado atualmente, e sem necessidade de emenda constitucional. Não seria eleição distrital, mas "votação por distrito, com acatamento do princípio da representação proporcional", como disse Edgar Costa.

Como o sistema é o proporcional, podemos aproveitar, na organização dos distritos, um de seus elementos que é o da apresentação de candidatos em número superior ao das cadeiras a serem preenchidas. A regra está no art. 10 da Lei 9.504/97, segundo o qual *cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmara Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher e, no caso de unidade da federação em que o número de lugares a preencher for abaixo de vinte, até o dobro dos lugares.*

Esse princípio pode ser utilizado na organização dos distritos na proposta ora apresentada, sabido que, quanto maior o número de distrito em dado território, mais fácil será obter homogeneidade, sabido também que a homogeneidade, em qualquer caso, será sempre muito relativa, ainda que certos elementos devam ser levados em conta; especialmente o número de eleitores deve ser o mais próximo possível entre os distritos. Além disso, distritos menores propiciarão eleições menos custosas, de modo que candidatos menos abonados possam concorrer em igualdade de condições com os abonados. Demais, o número de distritos deve ser elevado de modo a servir tanto às eleições para a Câmara dos Deputados como para a Assembleia Legislativa e, eventualmente, até para a eleição de Vereadores.

33. Digamos que cada Estado seja dividido em tantos distritos quanto for o triplo de sua representação na Câmara dos Deputados. Isso significa que vamos ter candidatos, em cada partido, na quantidade de três vezes mais o número de lugares na Câmara dos Deputados. Esses mesmos distritos serão usados para a eleição para a Assembleia Legislativa do Estado. Nos Estados cuja representação na Câmara dos Deputados seja de até doze Deputados,

também o número de candidatos corresponderá ao triplo dos lugares a serem preenchidos na respectiva Assembleia Legislativa. Em outros, não chegará a isso, mas será, no mínimo, mais que o dobro. Assim, a representação de São Paulo, na Câmara dos Deputados, é de setenta lugares, setenta Deputados no sistema proposto, será, portanto, dividido em duzentos e dez distritos (210), nos quais os candidatos dos partidos disputarão os votos dos eleitores.

#### 34. Como funcionará o sistema?

Cada partido poderá apresentar um candidato por distrito. Esses candidatos vão disputar os votos dos eleitores do distrito, para os respectivos partidos. Pode-se também votar só na legenda. Terminada a eleição, computados os votos válidos, auferidos por cada candidato nominalmente e pela legenda, processa-se tudo tal como está em vigor para a eleição proporcional. Ou seja, apuram-se o número de votos válidos obtidos por todos os partidos nos distritos, divide-os pelo número de lugares a serem preenchidos, obtendo-se assim o *quociente eleitoral*. Tomam-se, depois, os votos obtidos por cada partido, através da votação distrital, divide-os pelo quociente eleitoral para se ter, o *quociente partidário* de cada partido, ou seja, o número de candidatos que cada qual elegerá. Para a distribuição dos restos, usar-se-á a mesma técnica da *maior média* prevista no Código Eleitoral.

35. Fica o problema sério de quem será *eleito* por este sistema. Há diversas soluções possíveis. Uma delas pode ser a formação de lista partidária bloqueada e hierarquizada de tantos candidatos quantos sejam os distritos, de sorte que os eleitos serão os primeiros candidatos da lista até o limite do quociente partidário. Mas essa técnica terá uma dificuldade praticamente insuperável, qual seja a de que os candidatos em posições desfavoráveis na lista não farão esforço para a captação de votos. Então, é necessário estruturar um sistema que importe em estimular os candidatos de cada partido a lutar para obter o maior número de votos possível como se estivesse disputando eleição num sistema distrital majoritário. O sistema não é distrital. Portanto, o fato de o candidato ter a maioria dos votos do distrito só por si não lhe dará a eleição.

#### Então, como fazer?

O caminho, entre outros a ser mais bem pensado, pode ser este: Serão eleitos, em cada partido, até alcançar o quociente partidário, os candidatos que tiverem alcançado as melhores proporções de votos na votação distrital. Isso tem a vantagem de estimular os candidatos a lutar bravamente para alcançar o melhor resultado possível na disputa com os candidatos dos partidos adversários, sem luta intestina, sem disputa ferrenha entre candidatos do mesmo partido, como hoje, e, em princípio, sem efeitos corporativos.

36. Enfim, não encontraremos sistema perfeito. Teremos que buscar combinações que reünam o maior número de vantagens possíveis, mantendo

o sistema de representação proporcional, ainda que seja com profundas modificações técnicas, porque ele parece ser ainda o mais adequado à realidade brasileira.

### SUPREME COURT, FUNDAMENTAL RIGHTS AND HARD CASES

#### 10. CONCLUSÃO

Em conclusão, uma reforma política de profundidade seria conveniente, reformulando:

- a) O presidencialismo, para adotar um presidencialismo de gabinete;
- b) o bicameralismo, com adoção de um bicameralismo desigual, em que as Casas do Congresso Nacional não sejam duplicação das mesmas funções;
- c) redução para 420 o número de representantes na Câmara dos Deputados;
- d) disciplina legal da fidelidade partidária;
- e) adoção da cláusula de desempenho;
- f) proibição de alianças e coligações partidárias;
- g) adoção do sistema eleitoral de votação distrital e eleição proporcional.

principalmente as circunstâncias fáticas pertinentes à questão, as alegações são apresentadas de argumentos defendidos pelas partes e por fim, o voto é a decisão proferida pelo plenário do STF.

#### Abstract:

This article describes five cases, decided by the Brazilian Supreme Court in the past years, in which I have worked as a lawyer. All of them deal with important and controversial matters within the civil society. The paper focuses on the analysis of the following cases: (i) prohibition of reports; (ii) constitutionality of researches with embryonic stem cells; (iii) legal recognition of same-sex unions; (iv) non-attrition of the Italian citizen leftist senator Cesare Battisti and (v) the possibility of therapeutic application of embryo-fertilized oocytes of an infertile couple. In each case, there is a description of the factual circumstances relevant to the matter followed by a presentation of the parties' arguments and ending with a summary of the decision rendered by the Supreme Court.

1 Professor titular de direito constitucional da Universidade de Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor visitante da Universidade de Brasília - UnB, Universidade Estadual de Londrina, Universidade de Botucatu, Sorocaba e da Universidade de Wrocław, Polónia. Membro do Conselho Nacional de Direitos do Homem da Organização de Estados Americanos (OEA) em 2010. Possui a licenciatura pela UERJ, Mestrado de Direito, Tribunal Federal do Trabalho em RJ, e o doutorado em direito constitucional da UERJ. Representou o país no âmbito dos mecanismos preventivos para a Corte Interamericana de