

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ - UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA-PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR E SUPERAÇÃO DA
OBRIGATORIEDADE DO VOTO**

LELAND BARROSO DE SOUZA

Manaus/AM

Novembro/2011

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ - UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA–PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR E SUPERAÇÃO DA
OBRIGATORIEDADE DO VOTO**

LELAND BARROSO DE SOUZA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do
Título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Fernando Antônio de Carvalho Dantas

Manaus/AM

Novembro/2011

AGRADECIMENTOS

A Deus, razão primeira e última de todos os agradecimentos; a meu avô – Leland Juvêncio Barroso – ensinou-me a paixão pela leitura; à minha avó – Marinete Juvêncio Barroso – ensinou-me a beleza da retidão de caráter; a meu pai – Francisco Bezerra de Souza Filho – além do incentivo para estudar, foi um amigo incomparável; a minha mãe – Mariland Barroso de Souza – com ela aprendi todo o carinho e ternura, que raramente declaro, mas sinto, por todo o mundo; a minha esposa – Clair Oliveira Campos – ninguém a supera em companheirismo e amizade; a meu filho – Lamarck Rocha de Leland – cujas conversas, mesmo as mais breves, são sempre instigadoras; a minha filha – Sofia Campos de Leland – que a cada vinte minutos de trabalho, o interrompia, fazendo-me esquecer todo o cansaço que o trabalho científico provoca (neste momento, de produção desta dissertação, tem apenas um ano e dois meses); a meu Professor Orientador – Fernando Dantas – cientista do Direito e, acima de tudo, uma pessoa extraordinária, com ele, aprendi a pensar o direito; ao caríssimo amigo – Paulo Fernando de Brito Feitoza – um grande amigo, parece pouco, mas amigo, e como ele, é coisa raríssima, tem sido um grande incentivador e exemplo para mim.

DEDICATÓRIA

Para Clair. Ela, só ela, sabe as razões; Para Lamarck e Sofia. Além do imenso amor que me concedem e que me fazem sentir, ele, me provoca, me desafia a pensar sobre o “conhecereis a verdade e a verdade vós libertará”; ela, emociona-me com sua graça e ternura.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo *aporte* ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Manaus/AM, 25 de novembro de 2011

Leland Barroso de Souza

Mestrando

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
GG	Grundgesetz (Lei Fundamental)
VGH	Verfassungsgericht Hessen (Tribunal Constitucional de Hessen)

ROL DE CATEGORIAS

(1) Sufrágio

Designa o direito público subjetivo democrático, pelo qual um conjunto de pessoas – o povo – é admitido a participar da vida política da sociedade, escolhendo os governantes ou sendo escolhido para governar e, assim, conduzir o Estado.

(2) Voto

Representa o exercício do sufrágio, vale dizer, é a sua concretização. É o ato pelo qual os cidadãos escolhem os ocupantes dos cargos político-eletivos. Por ele, concretiza-se o processo de manifestação da vontade popular.

(3) Sistemas eleitorais

É o complexo de procedimentos empregados na realização das eleições, ensejando a representação do povo no poder estatal.

(4) Soberania popular

Revela-se no poder incontestável de decidir. Confere legitimidade ao exercício do poder estatal, que somente é alcançada pelo consenso expresso na escolha feita nas urnas.

SUMÁRIO

RESUMO	IX
ABSTRACT	X
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	3
O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	3
1.1 O QUE É O PODER CONSTITUINTE	3
1.2 EVOLUÇÃO DO PODER CONSTITUINTE	15
1.3 O PODER CONSTITUINTE NA CONTEMPORANEIDADE	26
CAPÍTULO 2	38
PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR	38
2.1 DEMOCRACIA E SOBERANIA	38
2.2 TIPOS DE SOBERANIA	51
2.3 A SOBERANIA DO POVO	61
CAPÍTULO 3	72
O VOTO COMO INSTRUMENTO DA SOBERANIA POPULAR	72
3.1 O SUFRÁGIO E O VOTO	72
3.2 SISTEMAS ELEITORAIS	84
3.3 VOTO E SOBERANIA POPULAR	99
CAPÍTULO 4	106
SOBERANIA POPULAR E A SUPERAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DO VOTO	106
4.1 VOTO COMO DIREITO OU DEVER E IMPERATIVO CATEGÓRICO	106
4.2 INCOMPATIBILIDADE ENTRE PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR E VOTO OBRIGATÓRIO	118
4.3 SUPERAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DO VOTO	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS	141
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	143

RESUMO

O presente trabalho desenvolve-se na intenção de procurar demonstrar que, em razão do princípio da soberania popular, a regra constitucional que prevê a obrigatoriedade do voto teria perdido sua força vinculativa, nada obstante, tratar-se de norma constitucional originária.

Não se cogita, evidentemente, da existência de hierarquia entre normas constitucionais, uma vez que no Brasil adota-se, sem exceção, o princípio da unidade da Constituição. O que se admite, é a possibilidade de existência de uma hierarquia axiológica, e, reconhece-se, esta hierarquia, ao princípio da soberania popular sobre a norma do voto obrigatório.

A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa: Princípio constitucional da soberania popular e sua eficácia.

Palavras-chave: Princípio, soberania popular, sufrágio, voto, sistemas eleitorais.

ABSTRACT

This dissertation intends to demonstrate that, because of the principle of popular sovereignty, the constitutional norm that establishes compulsory voting has lost its binding force, despite it being an ordinary constitutional norm.

Establishing a hierarchy among ordinary constitutional norms is not compatible with the principle of the unity of the constitution adopted, without exceptions, by the Brazilian constitutional system. What is admissible is the possibility of existence of an axiological hierarchy and the examination of this hierarchy in light of the principle of popular sovereignty with regards to the norm that establishes compulsory voting.

This dissertation is included the line of research: Constitutional principle of popular sovereignty and its efficacy

Key words: Principle, popular sovereignty, Suffrage, vote, electoral system.

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente dissertação é a demonstração de que a norma constitucional que prevê a obrigatoriedade do voto – CF, art. 14, § 1º, I -, teria perdido sua eficácia vinculativa em razão de sua superação pelo princípio da soberania popular expresso tanto no Preâmbulo da Constituição, como positivado em seu art. 1º, Parágrafo único.

O seu objetivo institucional é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

O seu objetivo científico é pesquisar sobre o princípio da soberania popular em contraste com a regra da obrigatoriedade do voto, ao escopo de se demonstrar a superação desta por aquele.

Para o equacionamento do problema são levantadas as seguintes hipóteses:

a) É possível reconhecer-se a existência de uma hierarquia axiológica entre o princípio constitucional da soberania popular e a regra constitucional da obrigatoriedade do voto;

b) O princípio constitucional da soberania popular é regra supralegal positivada na Constituição, o que autoriza reconhecer-se a perda de eficácia vinculante de outra norma constitucional que consigo contraste;

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, e são aqui sintetizados, como segue:

O Capítulo 1 trata do Poder Constituinte Originário, em razão da importância de seu estudo, para a definição de quem é, de fato, o titular da soberania. O estudo se desenvolve em três segmentos, tratando o primeiro deles sobre os diferentes conceitos de poder constituinte. O segundo tratará da evolução do poder constituinte. O terceiro, então, versará sobre o poder constituinte na contemporaneidade, com ênfase no seu significado para o entendimento da democracia e soberania popular.

O capítulo 2 discorre sobre o princípio da soberania popular. Serão abordados os diferentes tipos de soberania, demonstrando-se como esta se deslocou ao longo da história, no que pertine a figura do soberano, até, por fim,

localizar-se no povo como o reconhece nossa Constituição Federal. Cuida-se, de igual modo, da Democracia, por se tratar do regime no qual a soberania popular é exercida e legitimadora.

Ao seu turno, o capítulo 3 dedica-se ao voto como instrumento da soberania popular, analisando a evolução histórica do sufrágio, como uma daquelas convenções a legitimar o poder; como o direito ao mesmo foi sendo conquistado até alcançar o caráter de universal na atualidade e, perquirir-se-á acerca dos diferentes sistemas eleitorais, apresentando-se as características e vantagens de cada um deles. Daí será analisada a questão do voto como principal elemento de expressão da soberania popular.

O capítulo 4, que encerra a presente Dissertação, aborda a discussão do princípio da soberania popular e a superação da obrigatoriedade do voto. Estudará a questão de tratar-se o voto de um direito ou dever para, demonstrando-se tratar-se de direito, verificar a ocorrência de incompatibilidade entre o princípio e a regra, ambos de matriz constitucional, com o reconhecimento de que, o princípio da soberania popular levou a superação da obrigatoriedade do voto, anulando sua eficácia vinculante.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados os pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a possibilidade de a regra constitucional, que prevê a obrigatoriedade do voto, deixar de ser vinculativa, passando o voto a ser um ato de cidadania consciente.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação o Método utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

CAPÍTULO 1

O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

1.1 O QUE É O PODER CONSTITUINTE

Indiscutível a importância teórica e prática que a questão do Poder Constituinte assumiu na realidade brasileira; de tal modo que, seu conceito sempre foi alvo de diversas abordagens no âmbito do pensamento político e constitucional. Sendo essencial para se pensar as questões da origem do Estado e do Poder Soberano.

O primeiro capítulo deste trabalho, portanto, tem por finalidade trazer à colação as várias teorias que procuram definir o Poder Constituinte, analisando, para isso, a concepção racional-ideal de Emmanuel Sieyès; a perspectiva dialético-integral de Herman Heller; o decisionismo de Carl Schmitt; a visão sociológica de Ferdinand Lassale, bem como o pensamento de Antônio Negri.

O estudo se desenvolverá em três segmentos, tratando o primeiro deles sobre o que é o Poder Constituinte, onde serão abordados os diferentes conceitos acerca deste Poder. O segundo tratará da evolução do Poder Constituinte, vale dizer, como a compreensão sobre esse Poder desenvolveu-se ao longo da história do movimento de limitação do poder. O terceiro tópico versará sobre o Poder Constituinte na contemporaneidade, no qual se buscará demonstrar a evolução, não apenas do próprio conceito de Poder Constituinte, mas a importância de sua compreensão para o entendimento da Democracia e Soberania Popular.

Para Paulo Bonavides, o Poder Constituinte, do ponto de vista formal, isto é, considerado apenas de modo instrumental, é um mecanismo ou meio com que estabelecer a Constituição, a forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política¹.

Assim, o Poder Constituinte teria a função de criar normas jurídicas de valor constitucional, dando origem, portanto, à Constituição. Sendo, neste

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 143.

aspecto, inicial, já que nenhum outro poder existe acima dele, nem de fato nem de direito; autônomo, uma vez que somente ao titular cabe decidir qual a idéia de direito prevalente no momento histórico e que moldará a estrutura jurídica do Estado; e incondicionado, não se subordinando a qualquer regra de forma ou de fundo.

Para esse autor, o Poder Constituinte é essencialmente um poder de natureza política e filosófica, estreitamente ligado ao conceito de legitimidade dominante numa dada época. Nesse aspecto, é sempre poder primário, de ocorrência excepcional, agindo para criar a primeira Constituição do Estado ou as Constituições que posteriormente se fizerem necessárias.

Na concepção racional-ideal de Emmanuel Sieyès, o Poder Constituinte equivale à vontade da nação, em quem está centrado, o que o torna expressão de soberania e vontade geral nacional. Sendo essa vontade nacional, que se manifesta através do Poder Constituinte, permanente, ilimitada e incondicionada².

Ainda defendendo aquele autor que, por ser o governo de origem delegada, deve ter sua constituição, sendo esta resultado jurídico formal de um Poder – o Poder Constituinte – anterior e superior à Constituição e aos poderes do Estado, devendo sua titularidade repousar sobre a nação, que ele compreendia como “um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura”³. Ressalta o autor a perenidade do poder constituinte, não desaparecendo este após a promulgação da Constituição. Sendo a nação independente de toda forma, não poderia estar subordinada à Constituição escrita que ela estabeleceu através de seu Poder Constituinte.

A só elaboração da Constituição não tem o condão de fazer desaparecer o Poder Constituinte da Nação, que poderá sempre criar uma nova no momento em que seu interesse exigir. Apenas os poderes constituídos, isto é, aqueles que passam a existir com a Constituição, devem a esta obediência.

Diferencia o autor entre titularidade e exercício do Poder Constituinte, aquela pertence à nação, este à Assembléia Nacional Constituinte. Em suas próprias palavras “a comunidade não se despoja do exercício de sua

² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituição burguesa**: qu'est-ce que le tiers état. Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 55.

³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituição burguesa**: qu'est-ce que le tiers état. p. 4.

vontade. É sua propriedade inalienável”⁴. Portanto, para Emmanuel Sieyès, o titular do Poder Constituinte é o povo, sendo seu exercício efetuado pela Assembléia Nacional Constituinte que edita a Constituição.

Continuando em sua ênfase a independência da nação, afirma o jurista francês que: “Não só a nação não está submetida a uma Constituição, como ela não pode estar, ela não deve estar, o que equivale a dizer que ela não está”⁵. Desta forma, como a vontade da nação é o resultado das vontades individuais, como a nação é a reunião dos indivíduos, aduz o autor:

Seria possível dizer que uma nação pode, por um primeiro ato de sua vontade, não querer no futuro comprometer-se senão de uma maneira predeterminada? Primeiramente, uma nação não pode nem alienar, nem se proibir o direito de mudar; e, qualquer que seja sua vontade, ela não pode cercear o direito de mudança assim que o interesse geral o exigir. Em segundo lugar: com quem se teria comprometido esta nação? Eu entendo que ela pode obrigar seus membros, seus mandatários, e tudo o que lhe pertence; mas será que ela pode impor deveres a si mesma? O que é um contrato consigo mesma? Sendo as duas partes a mesma vontade, ela pode sempre desobrigar-se de tal compromisso⁶.

Foi Emmanuel Sieyès o primeiro a afirmar que a Constituição é obra do Poder Constituinte, de titularidade do povo, e não do poder constituído. Destarte, ao considerar o Poder Constituinte como o poder que dá origem ao ordenamento jurídico, sendo a Constituição, dentro de uma construção lógico-formal-hierarquizada, a lei fundamental e superior do ordenamento jurídico, firmou historicamente a distinção clássica do Direito Constitucional entre o Poder Constituinte – também chamado originário – e o poder constituído – também chamado derivado. Afirma o autor: “Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do Poder Constituinte”⁷.

É o Poder Constituinte, nessa noção de Emmanuel Sieyès, soberano, que institui a todos os outros e não é instituído por qualquer outro. Em outras palavras, é o próprio exercício ilimitado da soberania nacional; independente de qualquer forma ou procedimento; sendo originário no sentido em que cria o ordenamento jurídico; extraordinário, porquanto tem uma atuação excepcional; superior, por estar acima de qualquer autoridade; e direto, porque requer a intervenção do povo. Já o poder constituído são os poderes que estão

⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituição burguesa**: qu'est-ce que le tiers état. p. 47.

⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituição burguesa**: qu'est-ce que le tiers état. p. 50.

⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituição burguesa**: qu'est-ce que le tiers état. p. 50.

⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituição burguesa**: qu'est-ce que le tiers état. p. 49.

estabelecidos nos termos da Constituição. Sua existência legítima depende, portanto, que se atenha a ela.

Em sua análise do pensamento de Emmanuel Sieyès, diz Paulo Cruz que este forjou uma concepção racionalista, utilitária, individualista e fundamentalmente voltada para um produto jurídico, no sentido de ter a capacidade de produzir a norma jurídica fundamental – a Constituição – da Nação⁸.

Nestes termos, o Poder Constituinte Originário tem por função dar origem à organização fundamental de um determinado Estado, editando Constituição nova que substitui a anterior ou estabelecendo a inicial organização a novo Estado. Em qualquer dos casos, este Poder sempre cria uma nova ordem jurídica; seja a partir do nada, seja mediante a ruptura da ordem anterior e a implantação revolucionária de uma nova ordem.

Desta forma, aduz Francisco de Guimaraens, o conceito de Poder Constituinte está ligado à imagem de movimento infinito, da transformação ininterrupta, da revolução permanente; o poder de constituir algo absolutamente novo que se expressa ao longo de toda a modernidade e afirma a vida como fluxo ininterrupto de transformação. Poder Constituinte é movimento de criação do novo, do original e singular⁹. Diz ainda o autor anteriormente citado, “se o poder constituinte opera no plano de imanência, não havendo nada externo a tal movimento que o determine, tal poder é, necessariamente, ilimitado”¹⁰.

Em outras palavras, o Poder Constituinte não sofre qualquer condicionamento por nada que seja extrínseco ao movimento de constituição do real. De tal assertiva, deduz-se que, admitir ser o Poder Constituinte aquele mediante o qual se instaura um novo mundo e se constitui um novo real, conduz à afirmação de sua não-limitação.

E continua Francisco de Guimaraens, “da idéia de que o Poder Constituinte é a força de instauração de um novo registro de realidade, pode-se concluir que o mesmo é inicial”¹¹. Mas, o Poder Constituinte somente é inicial e

⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 68.

⁹ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 187.

¹⁰ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 85.

¹¹ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 85.

ilimitado caso também seja incondicionado. E, incondicionado porque não há forma prévia para sua expressão, não há mecanismos previamente configurados para o estabelecimento de novos registros de realidade.

Estas três características do Poder Constituinte antes referidas, diz Francisco de Guimaraens, evidenciam a absoluta radicalidade do Poder Constituinte:

Um poder que se expressa sem levar em consideração possibilidades ou modelos que não estejam inscritos no próprio processo de construção do real movimentado por ele. Poder constituinte é causa imanente, causa que não se afasta de seus efeitos ou tampouco sai de si para produzir. Trata-se de movimento infinito que constitui o existente¹².

Fixando então a diferenciação entre o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituído Derivado, apresenta aquele três características fundamentais alheias a este: inicial, ilimitado e incondicionado. É inicial, no sentido de que sempre inicia uma nova ordem, ou seja, não se funda em outro poder, sendo dele derivados os demais; nenhum poder existe acima dele, nem de fato, nem de direito. É ilimitado em face do direito positivo, isto é, não está jungido aos direitos e valores consagrados pela Constituição vigente enquanto se manifesta. Por fim, é incondicionado, visto não se subordinar a qualquer regra, tampouco tem fórmula prefixada para a sua manifestação.

Sobre o assunto diz Paulo Cruz: “O exercício do Poder Constituinte Originário decorre, sem dúvida, de um poder supra ou metajurídico, de conteúdo exclusivamente político e sociológico, sem qualquer traço estatal, não estando sujeito a qualquer outro poder preexistente”¹³.

Por outro lado, o Poder Constituinte Derivado é um poder jurídico, pois previsto em uma norma. É instituído pelo Poder Constituinte Originário e deste retira a sua força e a legitimidade, por isso, derivado. É subordinado, estando abaixo do Originário, sendo por este limitado e condicionado, só podendo agir pelas formas fixadas, nas condições impostas, não podendo ultrapassar os limites impostos para a sua atuação na própria Constituição.

Sobre o Poder Constituinte Derivado afirma Paulo Cruz:

Este pressupõe uma Constituição já em vigor, que lhe dá os limites e lhe impõe os modos de atuação. É um poder essencialmente jurídico, de exercício contido, que sofre as restrições definidas na própria

¹² GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica.** p. 86.

¹³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo.** p. 77.

Constituição e deixadas nela pelo Poder Constituinte Originário, que lhe é superior¹⁴.

Observa-se, portanto, quanto ao Poder Constituído Derivado, que é instituído pelo Poder Constituinte Originário e deste retira sua força e legitimação, caracterizando-se por ser derivado, pois provem de outro; subordinado, estando abaixo do Originário, sendo por este limitado; e, condicionado, só podendo agir conforme as formas fixadas, não podendo ultrapassar os limites impostos para sua atuação na própria Constituição.

Na perspectiva dialético-integral de Hermann Heller, o Poder Constituinte real e com capacidade de agir é situado historicamente a partir do Estado moderno, inexistindo tal noção jurídico-política na estrutura política da sociedade feudal, sendo a Revolução Francesa o momento histórico do aparecimento da categoria do Poder Constituinte¹⁵.

Para esse autor, “Pode considerar-se como Poder Constituinte aquela vontade política cujo poder e autoridade esteja em condições de determinar a existência da unidade política no todo”¹⁶. Para Herman Heller, a partir da Revolução Francesa essa vontade, ou poder, coube nominalmente à Nação ou ao Povo, mas de modo efetivo, no seu exercício, a uma classe, a burguesia, isto é, aquela parte do povo que adquire consciência política autônoma e passa a decidir acerca da forma de existência estatal, exercendo, por conseguinte, o Poder Constituinte.

Em sua concepção dialético-integral, Herman Heller atrela essa vontade a uma normação, não podendo, na verdade, haver uma dissociação entre elas, já que sem essa normação a massa humana não tem uma vontade capaz de decisão nem um poder capaz de ação, e muito menos autoridade.

Também para Herman Heller, o Poder Constituinte, como poder criador da Constituição, possui a soberania como característica essencial. Afirmando o autor: “É soberano o Poder (Constituinte) que cria o direito – a organização estatal”¹⁷.

Quanto à titularidade do Poder Constituinte pela classe burguesa, ensina Paulo Cruz que esta, tratando o Poder como elemento racional e

¹⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. pp. 76/77.

¹⁵ HELER, Hermann. **Teoria do estado**. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1968. p. 326.

¹⁶ HELER, Hermann. **Teoria do estado**. p. 327.

¹⁷ HELER, Hermann. **Teoria do estado**. p. 336.

sistemático, adotou o conceito daquele para expressar, através de uma Constituição política, a forma que melhor lhe convinha para organizar o Poder do Estado¹⁸.

Já Carl Schmitt, estabelece quatro conceitos de Constituição: o absoluto, o relativo, o positivo e o ideal. Sendo no conceito positivo de constituição que vai desenvolver a sua concepção de Poder Constituinte, afirmando o autor que: “Poder Constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo”¹⁹.

No decisionismo de Carl Schmitt, portanto, a decisão política é o elemento fundamental do ordenamento jurídico, sendo a norma jurídica fruto da decisão da comunidade política, não estando essa decisão subordinada à norma alguma. Desse modo, o Estado e o Direito, para ele, são frutos da decisão política esposada pela comunidade política através do Poder Constituinte. Afirma o autor:

Das decisões desta vontade se deriva a validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. As decisões, como minhas, são qualitativamente distintas das normas legais-constitucionais establecidas sobre sua base. Uma Constitución não se apóia em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validez. Se apóia em uma decisão política surgida de um Ser político, acerca do modo e forma do próprio Ser. A palavra “vontade” denuncia – em contraste com toda dependência a respeito de uma justiça normativa ou abstrata – o essencialmente existencial de este fundamento de validez. O Poder Constituinte é vontade política: Ser político concreto²⁰.

Também, para Carl Schmitt, há diferença entre o Poder Constituinte e a faculdade de revisão ou reforma constitucional. O Poder Constituinte é ilimitado e incondicionado no seu exercício, não estando subordinado a qualquer regulamentação jurídica ou procedimento. É, também, unitário e indivisível, sendo a base que abarca todos os outros poderes e divisões de poder.

¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 62.

¹⁹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2003. pp. 93/94. (Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como um todo).

²⁰ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. p. 94. (De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como mías, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base. Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser. La palabra “voluntad” denuncia – em contraste com toda dependência respecto de una justiça

Nesta percepção, o Poder Constituinte, mediante sua vontade apenas, decide sobre qualquer autêntico conflito constitucional que afronte as bases da decisão política de conjunto, como diz o autor:

Assim como uma disposição orgânica não esgota o poder organizador que possui autoridade e poder de organização, assim tampouco pode a emissão de uma Constituição esgotar, absorver e consumir o Poder Constituinte. Uma vez exercitado, nem por isso está acabado e desaparece o Poder Constituinte. A decisão política na Constituição não pode trabalhar contra seu sujeito, nem destruir sua existência política. Ao lado e por cima da Constituição, segue subsistindo essa vontade. Todo autêntico conflito constitucional que afete as bases mesmas da decisão política pode ser decidido, tão somente, mediante a vontade do Poder Constituinte mesmo. Também as lacunas da Constituição – a diferença das obscuridades e discrepâncias de opinião das leis constitucionais em particular – podem sanar-se, tão somente, mediante um ato do Poder Constituinte; todo caso imprevisto, cuja decisão afete a decisão política fundamental, é decidido por ele.²¹

Comentando a Revolução Francesa, Carl Schmitt diz que o povo francês encontrou em sua existência política sua forma de Nação, e que esta decisão consciente a favor de um certo modo e forma de existência – o ato através do qual o povo se dá uma Constituição, pressupõe o Estado, cujo modo e forma é fixado. Destarte, o Poder Constituinte do povo, ou melhor, sua doutrina, pressupõe a vontade consciente de existência política, e, portanto, uma Nação.

Assim sendo, para este ato criativo da Constituição, que exige o exercício da vontade consciente de existência política, não pode existir prescrição de nenhuma forma anterior de procedimento qualquer que seja, e muito menos para o estabelecimento do conteúdo da decisão política. Citando Emmanuel Sieyès, diz o autor: “Basta que a Nação queira”²².

Portanto, para Carl Schmitt, o Poder Constituinte não está vinculado a formas jurídicas e procedimentos; sendo o poder no qual repousam todas as faculdades e competências constituídas e acomodadas na Constituição. Para

normativa o abstracta – lo esencialmente existencial de este fundamento de validez. El poder constituyente es voluntad política).

²¹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. pp. 94/95. (Así como una disposición orgánica no agota El poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir El Poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido El Poder constituyente. La decisión política implicada em la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por cima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad. Todo autêntico conflito constitucional que afecte a las bases mismas de la decisión política de conjunto, puede ser decidido, tan sólo, mediante la voluntad del Poder constituyente mismo. También las lagunas de la Constitución – a diferencia de las oscuridades y discrepancias de opinión de las leyes constitucionales en particular – pueden llenarse, tan sólo, mediante um acto del Poder constituyente; todo caso imprevisto, cuya decisión afecte a la decisión política fundamental, es decidido por él.

tanto, este poder não se extingue, mas, o povo ou a Nação, continua sendo o substrato de todo o acontecer político, a fonte de toda a força, que se manifesta em formas sempre novas, sempre retirando de si novas formas e organizações, jamais subordinadas, e sem empecilhos à sua existência política.

Adverte, ainda, o autor que, o povo, como titular do Poder Constituinte, não é uma instância firme, organizada. Se assim o fosse, perderia sua natureza de povo. Nem, tampouco, em razão de sua própria essência, magistratura. Igualmente, em uma democracia, diz o autor, o povo é autoridade permanente. No entanto, o povo necessita ser, em uma democracia, capaz de decisões e atuações políticas.

Para o autor, possuindo o povo, a vontade de existência política, é superior a toda formalidade, e, está acima de qualquer norma. Contanto que exista e queira continuar existindo, sua força vital é inesgotável e sempre capaz de encontrar novas formas de existência política. A vontade do povo de se dar uma Constituição só pode demonstra-se mediante o fato, e não mediante a observação de um procedimento normativamente regulado. Da mesma forma, essa vontade não pode ser instruída, ou dirigida, à base de leis constitucionais anteriores ou em vigência até o momento de sua manifestação.

Como antes lembrado pelo autor, não sendo o povo, como titular do Poder Constituinte, uma instância organizada, a forma natural de manifestação imediata de sua vontade é a voz de assentimento ou repulsa da multidão reunida, a aclamação. Contudo, no Estado moderno, em razão mesmo de sua magnitude e complexidade, a aclamação, que é uma manifestação natural e necessária de todo povo, mudou sua forma.

De toda maneira, sempre poderá o povo decidir sim ou não, assentir ou rechaçar; e seu sim ou não será tanto mais sincero quanto mais se trate de uma decisão fundamental, quanto mais se trate da própria existência comum. Em tempos de ordem e paz, semelhantes manifestações são raras e desnecessárias. Não se dando a conhecer nenhuma manifestação e especial vontade, significa precisamente o assentimento para que subsista a Constituição existente.

Portanto, para Carl Schmitt, o Poder Constituinte do povo se manifesta em seu sim ou não fundamental, e adota, desta maneira, a decisão política que está contida na Constituição. Essa vontade é imediata, anterior e

²² SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. p. 96. (Basta que la Nación quiera).

superior a todo procedimento de legislação constitucional. Não se extinguindo por um ato de seu exercício. Muito menos, se apóia em um título jurídico. A razão de sua eficácia está exclusivamente em sua existência política.

Citando a Constituição francesa de 24 de junho de 1793, art. 28²³, Carl Schmitt aduz que, “onde subsiste um Poder Constituinte há sempre um mínimo de Constituição que não necessita ser afetada pela revogação de leis constitucionais, revoluções ou golpes de Estado, conquanto que permaneça ao menos o fundamento da Constituição”²⁴.

Como se percebe, para o decisionismo de Carl Schmitt, principalmente ao estabelecer o contraste entre a tomada de decisão e a compreensão lógica, isto é, entre a vontade e a razão, o fenômeno constitucional compreendido enquanto um agrupamento de decisões fundamentais, ou seja, enquanto exteriorização de posicionamentos voluntários, adere-se a essencialidade da Constituição enquanto consequência de tomada de decisões sociais, através da atuação política, que fixa a vontade legitimamente – que pode ser soberana, estatal, popular, etc –. Surgindo, então, a anterioridade do Poder Constituinte, a fixação temporal para a tomada de decisões que serão posteriormente seguidas conforme um exercício normal de uma ação que se estenda continuamente.

Assim, o Poder Constituinte é traduzido pela vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modelo e a forma da própria existência política. É da decisão desta vontade que deriva a validade de toda regulação legal-constitucional posterior. A Constituição não se apóia em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. Apóia-se em uma decisão política surgida de um Ser político, acerca do modo e forma do próprio Ser.

Neste posicionamento, o ato do Poder Constituinte não é compreendido apenas de umas normas quaisquer, senão, e precisamente, por um único momento de decisão, a totalidade da unidade política considerada em sua particular forma de existência.

²³ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. p. 100. Art. 28. “Um pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar e cambiar su Constitución ”.

²⁴ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución** pp. 108/109. (Donde subsiste um Poder constituyente hay siempre por eso también um minimum de Constitución que no necesita ser afectado por el quebrantamiento de leyes constitucionales, revolución y golpes de Estado, em tanto permanezca AL menos el fundamento de la Constitución).

Virgílio Dalla-Rosa, em comentário a esse posicionamento de Carl Schmitt, diz que:

A carência nesta concepção é clara, uma vez que negligência o aspecto racional, inerente a qualquer fenômeno cultural e histórico, e mesmo a ação social bem compreendida. Desta forma, a legitimidade buscada na tomada de decisão, na vontade política em superação à lógica jurídica, ou à dinâmica valorativa, atua mais de forma retórica de que se impõe por via analítica²⁵.

Diferentemente, na teoria sociológica de Ferdinand Lassalle, o Poder Constituinte é um fenômeno que não se limita apenas ao Direito, mas relaciona-se com a questão do poder, levando em conta as realidades sociais, políticas e econômicas inerentes às relações de poder. Nesta perspectiva, são deixadas de lado as concepções do normativismo-formalista e de um certo idealismo, abrangendo a discussão da participação das classes sociais na feitura da Constituição e da organização do Estado. Em Ferdinand Lassalle, os fatores reais de poder são a força ativa e eficaz que compõem todas as leis e instituições jurídicas de uma determinada sociedade, ditando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são²⁶.

Para José Faris, o Poder Constituinte está presente na obra de Ferdinand Lassalle quando este autor conceitua a Constituição a partir dos fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade. Sendo esses fatores nada mais que as forças sociais e econômicas ou classes sociais presentes numa determinada sociedade²⁷.

Como se pode observar, Ferdinand Lassalle explica o Poder Constituinte a partir da ótica das classes sociais. Afirma este autor: “De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatores reais e efetivos do poder”²⁸. Isto significa que, a cada mudança ocorrida nos fatores reais de poder, isto é, qualquer transformação verificada na Constituição real, corresponderá uma relativa alteração da Constituição Escrita.

Verifica-se neste autor, a limitação da própria Constituição à reprodução de relações de poderes existentes a cada momento na sociedade,

²⁵ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia**: pressupostos de uma teoria constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 95.

²⁶ LASSALLE, Ferdinand Johann Gottlieb. **O que é uma constituição**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1 ed. Campinas: Russell Editores, 2005. p. 22.

²⁷ FARIS, José Fernando de Castro. **Crítica à noção tradicional de poder constituinte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 58.

²⁸ LASSALLE, Ferdinand Johann Gottlieb. **O que é uma constituição**. p. 37.

chegando mesmo a negar validade à Constituição escrita quando não estiver em consonância com as condições de distribuição do poder na esfera social. Para ele, a vigência normativa da Constituição jurídico-formal, depende do grau de adequação entre as ordens de realidade, material e formal, sociológica e jurídica, que foi estabelecido pelo Poder Constituinte.

De acordo com Virgílio Dalla-Rosa, essa doutrina, embora consiga atingir um dos pressupostos necessários a uma teoria constitucional no que se refere à compreensão da ação social em sua dinâmica temporal, não consegue, todavia, analisar o fenômeno de maneira completa, ao negligenciar a possibilidade de racionalização da ação, quer pela fixação de fins, quer pela escolha de meios, estando estas condutas ligadas diretamente à fixação no texto legal, e que não encontrariam respaldo imediato na comprovação empírica²⁹.

Para Antonio Negri, o Poder Constituinte é um sujeito, uma subjetividade coletiva que se desprende de todas as condições e contradições às quais a sua força constituinte é submetida nos momentos cruciais da história política e constitucional. É a antítese contínua de toda progressão constitucional: tanto o seu nascimento como a sua ruptura ocorrem contra o processo constitucional e o sujeito constituinte nunca se submete à permanência estática e cerceadora da vida constitucional³⁰.

Para esse autor, o conceito de Poder Constituinte está em ininterrupta formação, não sendo possível pensar suas formas de manifestação de modo definitivo, por variarem estas nos termos das condições havidas em cada instante de produção constituinte. É um conceito aberto, em construção permanente, sempre passível de novas manifestações em função das diferentes condições materiais existentes e da criatividade da prática humana. Diz o próprio autor: “o Poder Constituinte é máquina constitutiva de novas relações sociais e jurídicas, isto é, dispositivo de intervenção produtiva no real por parte da multidão”³¹.

Mais, o Poder Constituinte é um processo histórico contínuo, que não é limitado pelas suas determinações imediatas, mas temporalmente aberto a interpretações e à reforma, não podendo seu conceito ser construído à parte da

²⁹ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia**: pressupostos de uma teoria constitucional. p. 94.

³⁰ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. pp. 7-8.

prática humana, pois é esta que o enriquece e permite compreender um de seus principais elementos, qual seja: a permanência sempre aberta da construção do próprio conceito de Poder Constituinte.

Examinando o Poder Constituinte na perspectiva da ciência jurídica, aduz Antonio Negri:

O Poder Constituinte é a fonte de produção das normas constitucionais, ou seja, o poder de fazer uma constituição e assim ditar as normas fundamentais que organizam os poderes do Estado. Em outros termos, é o poder de instaurar um novo ordenamento jurídico e, com isto, regular as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade. O Poder Constituinte é um ato imperativo da nação, que surge do nada e organiza a hierarquia dos poderes. É, portanto, onipotente, devendo ser definido e exercido como um poder extraordinário. Contudo, não é apenas onipotente, é também expansivo, seu caráter ilimitado não é apenas temporal, é também espacial³².

Com efeito, proclama Antonio Negri, o Poder Constituinte é uma vontade absoluta que determina o seu próprio tempo, representando um momento fundamental na secularização do poder e na laicização da política. Torna-se este uma dimensão imanente à história, um horizonte temporal em sentido próprio³³.

1.2 EVOLUÇÃO DO PODER CONSTITUINTE

Para Paulo Bonavides, não se deve confundir o Poder Constituinte com sua teoria. Para este autor, o Poder Constituinte sempre existiu em toda sociedade política, vez que jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. Quanto a sua teoria, esta surge quando, no fim do século XVIII, uma nova forma de poder, que tem como fundamento a soberania nacional e a soberania popular, faz sua aparição, em oposição ao poder absoluto das monarquias de direito divino. Esse novo poder invoca a razão humana ao mesmo tempo em que substitui Deus pela Nação como titular da soberania. Nasce assim a teoria do Poder Constituinte, legitimando uma nova titularidade do poder e conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular³⁴.

³¹ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. p. 192.

³² NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. pp. 8-10.

³³ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. p. 22.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. pp. 120-121.

Do ponto de vista formal, insiste Paulo Bonavides, isto é, considerado apenas de modo instrumental, o Poder Constituinte sempre existiu e sempre existirá, sendo assim um instrumento ou meio com que estabelecer a Constituição, a forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política. No entanto, sua teoria só se faz inteligível à luz de considerações sobre o problema da legitimidade, cujo debate ela necessariamente provoca, porquanto emergiu de uma distinta concepção de autoridade governativa; uma concepção em que a titularidade do poder era deferida exclusivamente e por inteiro à Nação, única legítima para postular obediência ou estabelecer comando na sociedade³⁵.

Destarte, deriva a teoria do Poder Constituinte, do movimento racionalista dos pensadores franceses, notadamente de Emmanuel Sieyès que, partindo de um conceito de Rousseau, sobre soberania popular, que é na essência o Poder Constituinte do povo, afirma que: “o império da razão se estende cada dia mais; exige, cada vez mais, a restituição dos direitos usurpados. Mais cedo ou mais tarde, vai ser preciso que todas as classes se contenham nos limites do contrato social”³⁶.

Para aquele teorista a questão estava ligada à maneira de se convocar os Estados Gerais. Só a Nação pode fazê-lo. Em toda nação livre só há uma forma de se acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição. Esta só pode ser elaborada pela Nação³⁷. É bem verdade que, conquanto parta de um conceito de Rousseau, deste se distancia ao inserir o Poder Constituinte na forma do regime representativo, mitigando assim as conseqüências extremas vindas do sistema de soberania popular conforme o modelo de Rousseau.

De fato, em Rousseau, a soberania é o exercício da vontade geral, não podendo ser alienada, sendo o soberano um ser coletivo, que só pode ser representado por si mesmo; podendo transmitir-se o poder não a vontade. Por esta mesma razão, a soberania é indivisível, visto que a vontade ou é geral ou não é; ou é a do corpo do povo, ou unicamente de uma parte³⁸.

Não é assim em Emmanuel Sieyès, para este, o Poder Constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo, mas se exerce por representantes

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 122.

³⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituição burguesa**: qu'est-ce que le tiers état. p. 33.

³⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituição burguesa**: qu'est-ce que le tiers état. p. 45.

especiais, não sendo necessário que a sociedade o exerça de modo direto, por seus membros individuais, podendo fazê-lo mediante representantes, com a exclusiva obrigação constituinte, vedada-lhes qualquer outra.

Sobre a questão do surgimento do Poder Constituinte, diz Francisco de Guimaraens: “para o constitucionalismo, foi Sieyès quem primeiro teorizou acerca do conceito do poder constituinte e de sua distinção com relação ao poder constituído”³⁹. Para o autor, Emmanuel Sieyès, na verdade, formulou um manifesto contra a estrutura política do Antigo Regime francês do final do século XVIII, época em que os Estados Gerais se dividiam em três estamentos (Estados) que representavam cada um dos estratos da sociedade francesa: o Primeiro Estado, a nobreza, o Segundo Estado, o clero, e o Terceiro Estado, todo o resto da população francesa.

Assim é que, leciona Paulo Cruz, que quando o Estado Constitucional surge, catapultado pelas revoluções burguesas do século XVIII, sua teoria de formação jurídica é o Poder Constituinte de Emmanuel Joseph Sieyès⁴⁰.

Vale também lembrar que as deliberações parlamentares eram tomadas pelo voto de cada Estado, o que deixava o Terceiro Estado em desvantagem. Conquanto representasse este algo em torno de vinte e cinco milhões de franceses e os outros dois duzentos mil, ficava sempre sub-representado e em desvantagem, tendo em vista que seus interesses não raro contrariavam os dos outros estamentos. Nesse contexto Emmanuel Sieyès afirmava que o Terceiro Estado não vinha sendo nada, apesar de deter em suas mãos praticamente toda a produção de bens da sociedade francesa. No sentido da produção o Terceiro Estado poderia ser considerado tudo; no da representação, nada. Para ele, era necessário que o Terceiro Estado fosse alguma coisa⁴¹.

Nestes termos e, fundamentalmente, Emmanuel Sieyès defende que deveria ser alterada a estrutura de representação política, mediante a elaboração de uma nova constituição, para que a nação francesa, ou seja, o Terceiro Estado

³⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 33.

³⁹ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica**. pp. 109-110.

⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 57.

⁴¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituição burguesa: qu'est-ce que le tiers état**. p. 13.

se fizesse representar de maneira adequada, extinguindo-se o sistema representativo do Antigo Regime que super-representava as minorias.

Todavia, para Carl Schmitt, não é possível se compreender o surgimento do Poder Constituinte, sem se analisar adequadamente o conceito de constituição, já que é a partir deste que se chega àquela, guardando, a constituição, para este autor, uma permanente conexão com uma determinada estrutura estatal. Neste sentido, constituição é sempre constituição de um estado. Afirma Carl Schmitt:

Se se quer chegar a uma compreensão tem-se que limitar a palavra constituição a Constituição do Estado, a decisão, da unidade política de um povo. Com esta delimitação pode se designar o Estado mesmo, o Estado particular e concreto como unidade política⁴².

Percebe-se assim, que seu conceito se vincula à noção de unidade de expressão do Poder Constituinte e à própria vontade do titular do poder constituinte. Para ele, uma constituição é válida quando emana de um poder constituinte e se estabelece por sua vontade. Tendo a palavra vontade o sentido de uma magnitude do Ser como origem de um dever-ser⁴³. Logo, a vontade que permeia o Poder Constituinte se afirma no plano da consciência, tratando-se de uma vontade consciente.

Assim, constituição em sentido positivo é a decisão política tomada, conscientemente, pelo titular do Poder Constituinte que configura a forma de ser de uma certa unidade política. Essa decisão estabelece a estrutura fundamental de um Estado, isto é, aqueles conteúdos constitucionais que regulam o que há de substancial, de necessário para afirmação de uma certa unidade política. Essa decisão política indica exatamente a substância de uma constituição, sua essência de fato, aquilo sem o qual a constituição se descaracterizaria por completo.

É partindo desse conceito de constituição que Carl Schmitt elabora a sua compreensão no que concerne ao Poder Constituinte. Para ele: “Poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e forma da própria existência política,

⁴² SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. p. 29. (Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra “constitución” a Constitución del Estado, es decidir, de la unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al particular y concreto como unidad política).

⁴³ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. p. 34.

determinando assim a existência da unidade política como um todo”⁴⁴. Donde se percebe que o Poder Constituinte apresenta-se como vontade de poder, cujo objetivo fundamental é formar uma unidade política.

Em Carl Schmitt o conceito de Poder Constituinte cerca-se de todas as características inerentes ao conceito de soberania, ou seja, trata-se de poder unitário e indivisível, na medida em que através do mesmo se estrutura a unidade política. Subordina-se o regime jurídico à ação política consciente do titular do Poder Constituinte.

Para Francisco de Guimaraens, Carl Schmitt não se afasta da tradição constitucionalista. Ao contrario, aceita sem maiores restrições, o núcleo de tal pensamento, centrando o seu conceito também na questão da soberania. Prossegue Francisco de Guimaraens, Carl Schmitt subordina a política ao Estado, sendo possível, portanto, determinar que a soberania firmada por tal autor é a soberania de Estado⁴⁵.

A decisão Schmittiana permite que, conscientemente, o titular soberano do Poder Constituinte afirme de forma imediata e instantânea uma nova singularidade política. Para Carl Schmitt, portanto, o Poder Constituinte surge como expressão da vontade de poder, como decisão única que funda e estabelece uma unidade política homogênea, resgatando a totalidade perdida através do Estado. Compreende, então, o autor, o Poder Constituinte como único ato de expressão da força, da afirmação absoluta de uma nova origem, de uma nova unidade política.

Diferente o pensamento de John Rawls. Para este autor, uma sociedade bem ordenada deveria, idealmente, obedecer a quatro estágios de produção normativa. Um primeiro estágio em que seriam estabelecidos os princípios de justiça; um segundo, em que seria elaborada a constituição, a partir da concretização dos princípios de justiça; no terceiro estágio seriam elaboradas as leis; e, no quarto estágio, seriam editados os atos necessários à execução destas leis. Rawls chama o primeiro estágio de posição original⁴⁶. Sendo esta

⁴⁴ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. pp. 93-94. (Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como um todo).

⁴⁵ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 117.

⁴⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 13.

posição original, segundo Francisco de Guimaraens, equivalente ao estado de natureza do contratualismo tradicional⁴⁷.

Nesse primeiro estágio, de posição original, os participantes dele estão cobertos pelo que John Rawls chama de véu da ignorância, não tendo nenhum dos participantes, até este momento, registro de sua posição social ou das circunstâncias sociais que o cercam. Portanto, este desconhecimento por parte dos participantes, quanto a sua posição social, bem como sobre as circunstâncias sociais que o cercam, garantiria um acordo inicial equânime, na medida em que os participantes deste momento de deliberação teriam receio de conferir vantagens a certos grupos, sob pena de serem prejudicados por pertencerem de fato a outro grupo não abarcado pelas vantagens conferidas.

Aqui, o conhecimento no véu da ignorância é apenas e tão-somente genérico, isto é, os participantes conhecem os fatos genéricos sobre a sociedade humana. Há uma compreensão das relações políticas e dos princípios da teoria econômica; conhece-se a base da organização social e as leis que regem a psicologia humana. Ocorre, de fato, uma presunção de que as partes conhecem quaisquer fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios da justiça.⁴⁸ Como neste estágio ninguém conhece de forma específica sua situação concreta e particular, para John Rawls, invariavelmente, seriam escolhidos os princípios de justiça, o que asseguraria a todos, um regime de tutela de liberdades e se determinaria que qualquer desigualdade somente seria aceita caso fosse favorável a todos.

Nota-se, desta maneira que, para John Rawls, o Poder Constituinte surge subordinado aos princípios de justiça que se configuram enquanto condições para sua expressão⁴⁹. Portanto, na elaboração da constituição, o que ocorrerá no segundo estágio, devem ser obedecidos e seguidos os princípios de justiça. Neste sentido, o Poder Constituinte atua sob os limites da razoabilidade, sendo sua potência determinada pelos princípios universais de justiça⁵⁰.

Para Francisco de Guimaraens, embora o constitucionalismo tenha sempre apontado Emmanuel Sieyès como o primeiro autor a conceituar o Poder

⁴⁷ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 120.

⁴⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 148.

⁴⁹ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 121.

Constituinte, antes dele, em outros locais da Europa, a experiência constituinte já se havia manifestado. Perceptível à ocorrência desta manifestação na Itália dos séculos XIV e XV, com a construção da experiência humanista, em que se percebia a presença de uma dinâmica constituinte. Tal dinâmica foi devidamente analisada, em termos teóricos, por Maquiavel, cerca de dois séculos e meio antes da edição da obra de Emmanuel Sieyès “Que é o Terceiro Estado?” na qual é elaborado seu conceito de Poder Constituinte⁵¹.

Para este autor, o Poder Constituinte tem sua teorização inicial com Maquiavel, embora este, diferentemente de Emmanuel Sieyès, não tenha nomeado o Poder Constituinte como tal, o que não significa que não opere com o conceito, tendo inclusive, formulado noções a respeito do tema, fundamentalmente quando trata da oposição entre *virtù* e *fortuna*⁵².

Em Maquiavel, é a tensão existente entre *virtù* e *fortuna*, que vai indicar uma dinâmica produtiva que informa as origens do conceito de Poder Constituinte. A primeira se apresenta como força coletiva de constituição de mecanismos de resistência às vicissitudes da segunda, de modo que as coletividades possam evitar determinações externas a si mesmas. Por este motivo, afirma Maquiavel: “é fraco meio de defesa o que não depende de ti. E somente são bons, certos e duradouros os meios de defesa que dependem de ti mesmo e do teu valor”⁵³.

Em outras palavras, deve-se rejeitar qualquer desígnio externo, qualquer registro de transcendência. Para Francisco de Guimaraens, aqui, Maquiavel evidencia um pensamento radicalmente materialista, que se recusa a cair nas malhas da transcendência, afirmando a *virtu* enquanto atividade constitutiva de resistência, resistência esta que se expressa através da experiência republicana. Amor à liberdade, valorização da expressão coletiva, exclusão de qualquer privilégio e república.

A equação maquiaveliana não admite que a *virtu* se relacione dialeticamente com a *fortuna*. Trata-se de tensão irresolúvel, tensão expressa entre aceleração e inércia, Poder Constituinte e Poder Constituído, imanência e

⁵⁰ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 121.

⁵¹ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 127.

⁵² GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 127.

transcendência⁵⁴. Maquiavel, assegura Francisco de Guimaraens, foi o primeiro autor a examinar de perto o conceito de Poder Constituinte a partir de seu núcleo fundamental, a tensão entre imanência e transcendência⁵⁵.

Sobre o surgimento do Poder Constituinte, diz Gisela Bester que, a fixação de uma diferenciação ontológica-formal entre o Poder Constituinte e o poder legislativo ordinário não existiu durante a antiguidade, nem durante a Idade Média, e nem mesmo em grande parte da idade moderna. Tal diferenciação só vai surgir de fato com o advento do Estado Constitucional ou Liberal Clássico, mais precisamente com a Constituição Norte Americana de 1787, e no período pré-revolucionário francês, quando o conceito de Poder Constituinte torna-se cabível, passando o Estado a ser submetido a uma Constituição, como forma de salvaguardar a liberdade e os direitos dos cidadãos⁵⁶.

Corroborando com esse entendimento diz Paulo Bonavides que, o Poder Constituinte, surge com o Estado Constitucional, contrastando com o poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, invocando a razão humana e substituindo Deus pela Nação como titular da soberania. Nesse momento, a soberania põe-se a serviço do sistema representativo, institucionalizando-se num princípio impessoal, apto a transcender a vontade governativa do monarca ou do príncipe de poderes absoluto⁵⁷.

A confirmar o antes referido, aduz Paulo Cruz que o desenvolvimento da Sociedade primitiva até o Estado Moderno construiu-se paulatinamente no decorrer da história da humanidade, consolidando-se nos séculos XVII e XVIII, passando por diferentes formas organizativas do Poder Político, finalizando na mais importante e significativa forma de exercício do Poder, qual seja, o Governo do Estado legitimado pelo Poder Constituinte como instrumento de organização política e jurídica da Sociedade moderna⁵⁸.

Ao surgir, o Poder Constituinte tem como principal característica a soberania, convertendo-se em noção-chave de toda a Teoria do Estado por marcar com a máxima clareza a ocasião culminante em que a titularidade do

⁵³ MAQUIAVEL, Nicoló Bernardo dei. **O príncipe**. São Paulo: Editora Moraes. p. 119.

⁵⁴ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 131.

⁵⁵ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 132.

⁵⁶ BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo:, Manole, 2005. p. 191.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 121.

poder é colocada em uma instituição, o Estado, e não em uma divindade, ou num indivíduo, marcando com toda a expressão e força a metamorfose do poder, que por ele alcança a máxima institucionalização ou despersonalização⁵⁹.

Possuidor, o Poder Constituinte, do atributo da soberania, as regras constitucionais por ele produzidas, adquirem superioridade, impondo-se ao próprio Estado, pois provêm de um poder que é fonte de todos os demais, que constitui o próprio Estado, estabelecendo seus órgãos e poderes, fixando-lhes limitações e competência, bem como o conjunto de regras concernentes à forma de Estado, de governo, ao modo de aquisição e exercício do governo e aos limites de sua ação, conferindo, também, as bases do ordenamento econômico e social.

O Poder Constituinte, compreendido como poder político, portanto sem natureza jurídica, recebe da norma fundamental uma função atributiva, qual seja, a de produzir uma constituição. No exercício de tal mister, o Poder Constituinte basta-se a si mesmo, sendo, destarte, um poder de fato, como se juridicamente viesse do nada; encontrando seu poder, segundo a concepção ideológica democrática, legitimação no consentimento, isto é, na aceitação dos governados, de maneira a só se estabilizar quando aceito pelos representados.

Nesta mesma linha, segundo Celso Bastos, o Poder Constituinte surge quando Emmanuel Sieyès, partindo da fórmula representativa de governo, chega a uma distinção entre Poder Constituinte e os poderes constituídos, demonstrando a existência de três épocas na construção das sociedades políticas. Uma primeira, em que certa quantidade de indivíduos isolados que, pelo só fato de quererem reunir-se, têm todos os direitos de uma nação; tratando-se de apenas exercê-los.

Na segunda época, a sociedade política atua por meio de uma vontade real comum, os indivíduos reúnem-se para deliberar sobre as necessidades públicas e as maneiras de resolvê-las. Já na terceira época, face ao grande número de associados e sua dispersão por uma superfície demasiadamente extensa, surge o governo exercido por procuração, passando

⁵⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 65.

⁵⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 122.

esta porção da vontade nacional a ser exercida por apenas alguns dos indivíduos⁶⁰.

Continuando, afirma Celso Bastos, que o Poder Constituinte, nasce aprioristicamente nos moldes do pensamento racionalista iluminista, do contratualismo e da ideologia liberal, não do direito positivo, mas com base em um direito superior, o direito natural do povo de autoconstituir-se. Todavia, prossegue o autor, conquanto contenha esse poder elementos perduráveis que mantêm sua total vigência, outros pedem um enfoque mais atualizado. Exemplo disso, é que se considerarmos que no Estado Constitucional, democrático, social, contemporâneo, é necessário mantermos a distribuição do Poder, embora com outros alcances, com outras características, mas mantê-la, é obvio que também temos de conservar o conceito de Poder Constituinte, de tal forma que, a partir do funcionamento deste, poder-se-á entender a divisão do Poder⁶¹.

Já para Francisco de Guimaraens, antes mesmo da experiência constituinte francesa, esta já havia se apresentado de forma contundente em outros locais da Europa; especialmente com Maquiavel que, embora não o denominando como tal, formulou importantes noções a respeito do Poder Constituinte⁶². Sendo este autor, portanto, o primeiro a teorizar sobre tal tema.

Para Erivaldo Barbosa, o Poder Constituinte não deve ser compreendido exclusivamente na perspectiva da Revolução francesa, uma vez que a historiografia inglesa deu considerável contribuição à formação engendrada por esse Poder, qual seja, a Constituição escrita⁶³.

Destarte, nesta evolução histórica do Poder Constituinte, chegamos ao constitucionalismo, que no dizer de Francisco de Guimaraens, “de um modo geral, pode ser identificado em termos de movimento de contenção e bloqueio do Poder Constituinte”⁶⁴. Sendo a tendência da filosofia política tradicional a contenção do Poder Constituinte, que por vezes se manifesta em roupagem hobbesiana, quando o estado de natureza é superado pelo medo da morte violenta, medo este que permanece incutido na mente dos indivíduos durante a

⁶⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 22.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. p. 23.

⁶² GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica**. p. 127.

⁶³ BARBOSA, Erivaldo. **Direito constitucional: uma abordagem histórico-crítica**. São Paulo: Madras, 2003. p. 10.

existência do Estado. Este medo se traduz no mecanismo fundamental de constituição do Estado soberano e de contenção da expressão constituinte da multidão.

O desejo de uma vida segura sobre a proteção do Estado, torna o medo o efeito fundamental de constituição e de manutenção do Estado moderno. Esta segurança se apresenta, exemplo de Francisco de Guimaraens, sob a forma de Estado de Direito, onde vigora, ao menos teoricamente, um regime de segurança jurídica e de relações jurídicas fundadas na lealdade, e na boa-fé⁶⁵. O que reduz o Poder Constituinte à expressão de uma coletividade que deseja apenas manter-se viva, e não criar novas condições de vida.

Continuando, aduz o autor, igualmente pobre é a imagem traçada por John Locke, ao supor que ainda subsiste na coletividade um Poder Constituinte em face do Estado, qual seja, o poder de resistência às regulações arbitrárias e inadequadas. Resistência meramente negativa que não expressa a potência de produzir um mundo novo e uma realidade original⁶⁶. Segundo Francisco de Guimaraens:

O poder constituinte é terrível para o constituído, pois se orienta no sentido da subordinação do último a si mesmo. Por este motivo, em não poucas vezes, limitou-se a expressão constituinte mediante a elaboração de constituições nas quais foi sublimado o desejo de liberdade da multidão. Certas posições do constitucionalismo, postas como naturalmente conexas com o conceito de poder constituinte, na verdade, apenas distorcem o entendimento do conceito e subordinam às estruturas constituídas de poder⁶⁷.

Desta forma, traçando a evolução do Poder Constituinte, podemos dizer que o mesmo surge com Maquiavel, como processo de mutação ininterrupta que se traduz em um corpo republicano-democrático absolutamente original. Em Herrington, se apresenta como contrapoder, expresso em uma nova compreensão da propriedade e de sua distribuição. Nos Estados unidos da América do Norte aparece como movimento expansivo da liberdade para além das fronteiras existentes. No período revolucionário francês trata-se de dispositivo de constituição de uma nova temporalidade, tempo breve, curto, tempo

⁶⁴ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 122.

⁶⁵ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 122.

⁶⁶ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 122/123.

multitudinário do trabalho, desvinculado da tradição e da repetição. Finalmente, na Rússia, face a influência de Marx, esse poder é a expressão da cooperação, do trabalho vivo que não se subordina a qualquer regulação externa ao seu movimento; junção do político, do social e do econômico, impossibilitando a afirmação da democracia caso a mesma não se faça nestes três âmbitos.

1.3 O PODER CONSTITUINTE NA CONTEMPORANEIDADE

Na contemporaneidade já não é mais aceitável que a teoria do Poder Constituinte Originário, na forma como elaborada por Emmanuel Sieyès, em termos de onipotência, soberania e ausência de limites, seja ainda vista como era no século XVIII. Na época em que elaborada essa teoria, razão histórica existia para aquela compreensão, naquele momento, o objetivo primordial decorrente da descrença do jusnaturalismo do antigo regime, era positivar em um texto os direitos humanos de primeira geração, tudo para situar o indivíduo dentro do Estado.

Assim é que, para Gomes Canotilho:

A teoria de Sieyès sobre o caráter onipotente e incondicionado do poder constituinte merece hoje grandes reticências sob vários pontos de vista. A ideia do “soberano” (povo) deve articular-se com a ideia do procedimento constituinte como um compromisso, constituído por elementos contratuais *reais* (grupos políticos, religiosos, económicos, sociais) e por elementos contratuais *fictícios* (contrato de uma geração vinculante de gerações futuras)⁶⁸.

Para o Mestre Português, já não é mais possível aceitar-se a tese positivista do Poder Constituinte, que continua a visualizá-lo como um ato revolucionário, criador de um novo fundamento legal para o Estado, operando uma ruptura jurídica em relação à situação anterior quando muito. Para essa tese, acrescenta o autor, o Poder Constituinte reclamará um título de legitimidade, mas não a cobertura da legalidade. Ele será legítimo a partir de determinadas idéias políticas, mas não a partir do prisma da legalidade. E a legitimidade de um ato constituinte não é uma qualidade jurídica; é uma qualidade ideológica – a sua concordância com determinadas idéias políticas⁶⁹.

⁶⁷ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 123.

⁶⁸ CANOTILHO. Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 115.

⁶⁹ CANOTILHO. Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. p. 97.

Esta orientação, no entanto, acrescenta o autor, deve ser rebatida. Pare ele “o que impede já hoje, e em geral, que se confunda a juridicidade com a legalidade, o direito com a lei, impõem-se com forte maioria de razão perante uma legalidade emergente do processo revolucionário”⁷⁰. Além do que, continua o autor, uma revolução no seu triplo papel, de legitimação, de interpretação hermenêutica, e de dimensão institutiva, aproxima-se funcionalmente de uma fonte de direito. Esses elementos contribuem para o desenvolvimento de uma supraconstitucionalidade autogenerativa que, embora não constitua uma ordem de valores, ou uma ordem natural suprajurídica, transporta, pelo menos, uma reserva de juridicidade e de justiça, relativa, contingente, histórica, não arbitrária, que o Poder Constituinte deve mediar e densificar de forma a tornar a própria constituição uma reserva de justiça⁷¹.

Nestes termos, a idéia de legitimidade da Constituição volta-se, primordialmente para a necessidade da bondade intrínseca da lei fundamental. Não significando isso, porém, que a legitimidade através do procedimento, não tenha um valor constituinte específico. O que ocorre por duas razões: A uma, porque o procedimento constituinte indica a legitimação do poder que cria a constituição. A duas, porque o procedimento constituinte justo contribui para a legitimidade material da constituição. O procedimento constituinte torna transparente o fundamento do Poder Constituinte – legitimação – porque, ao partir do princípio da soberania popular, revela:

Que o poder de domínio político - o domínio de homens sobre homens - não é um poder pré-existente e aceite, antes necessita de uma base justificadora – a legitimação; esta legitimação – porque é que alguns homens e mulheres têm poder para fazer uma constituição – só tem uma resposta racionalmente política; deriva do próprio povo e não de instâncias de fora, acima ou hipostasiantes do povo (Deus, rei, casta, partido, raça, carisma); este povo é o povo real que tem o poder de disposição e conformação da ordenação político-social; só deste “sujeito político” (e não mais de uma ordem divina, natural, tecnocrática, econômica) pode derivar a “constituição” e “reforma” de estruturas básicas de justiça⁷².

No momento em que se tem no Poder Constituinte o instituidor do Estado, a legitimidade passou a ser aferida através do procedimento, podendo-se afirmar que o Poder Constituinte é legítimo na medida em que seu exercício está vinculado à Democracia. A cadeia de legitimação democrática, ao assegurar ao

⁷⁰ CANOTILHO. Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. p. 97.

⁷¹ CANOTILHO. Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. p. 117.

seu exercício uma dimensão dialética e garantindo regras de discussão, diálogo, crítica e publicidade, possibilita a expectativa de produção de uma norma fundamental justa⁷³.

O Poder Constituinte na contemporaneidade, diz Antonio Negri, é um movimento ininterrupto de modificação do real, de expressão coletiva de singularidades, de expansão da liberdade mediante a superação dos obstáculos postos pela fortuna; fortuna que se apresenta enquanto poder constituído, enquanto determinação extrínseca ao próprio movimento constituinte, ou seja, tudo aquilo que visa a controlar a produção lógica e vital. Sendo este movimento, todo ele, permeado pelo amor, pelo desejo e por uma racionalidade constitutiva que não busca dominar nem controlar as paixões, mas sim aproveitar das mesmas o que pode impulsionar liberação. Amor à liberdade, desejo de liberdade e racionalidade constitutiva indicam a lógica da *virtù*, de Maquiavel. A dinâmica constituinte é concebida sob a ótica racional e afetiva, não opondo razão e paixão, mas sim buscando congregar ambos como mecanismos úteis e necessários à constituição do real⁷⁴.

A ontologia do Poder Constituinte apresenta-se como princípio crítico, como possibilidade sempre aberta, o processo constitutivo encontra sua perfeição no próprio processo. Não há qualquer conciliação entre Poder Constituinte e poder constituído. Essa tensão é expressa por Benedictus de Espinoza através de uma relação entre potência e poder, onde poder é visto como capacidade abstrata de produzir as coisa e potência como força que as produz imediata e atualmente. Potência é o dispositivo desmedido de constituição do real, na medida em que, por ser sempre plena e atual, não se reduz a limitações prévias e exteriores. Os limites são sempre seus, imanentes a si mesma e, por isso, superáveis. Neste sentido diz esse autor, “os homens são mais conduzidos pelo desejo cego do que pela Razão, e, por conseguinte, a capacidade natural dos homens, isto é, o seu direito natural, deve ser definido não pela Razão, mas por todo desejo que os determina a agir e através da qual se esforçam por se conservar”⁷⁵.

⁷² CANOTILHO. Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. p. 120.

⁷³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 66.

⁷⁴ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. pp. 119-120

⁷⁵ SPINOZA. Benedictus de. **Tratado político**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994. p. 30.

Para Antonio Negri esta posição de Benedictus de Spinoza subverte toda a tradição política, uma vez que, não havendo externalidade à potência, o próprio poder é compreendido enquanto efeito da potência, subordinando-se ao movimento de constituição do real impulsionado pela potência. Assim, não há mais poder vitalício e indefinidamente legítimo. O poder é produto da dinâmica constitutiva. Diz o autor:

Poder, desse ponto de vista, só pode significar: '*potentia*' em direção à constituição – um reforço que o termo poder não representa, mas apenas indica, pois a potência do ser o fixa ou o destrói, o coloca ou o ultrapassa, dentro de um processo de constituição real. Isto é, só há poder porque há potência. Aquele se subordina a esta, é-lhe interno e, portanto, superável⁷⁶.

Para Francisco de Guimaraens, a compreensão política de Benedictus de Spinoza não afasta do estado civil a força e a dinâmica do conflito entre múltiplas singularidades, como ocorre no contratualismo. As tensões presenciadas no estado de natureza não cessam com a formação da sociedade civil. Para os teóricos do contratualismo, após a realização do contrato, a força dá lugar ao direito, que abandona sua forma natural em favor do direito civil. Havendo, então, a abolição da utilização da força e do conflito de forças, que são sublimados no direito posto pelo Estado. O contrato social, portanto, é instrumento de afirmação de uma ordem anterior à própria sociedade civil, ordem esta que define os direitos naturais⁷⁷.

Em Benedictus de Spinoza o direito natural não se extingue após a formação do contrato e, conseqüentemente, a força não é substituída pela ordem jurídica após a formação de uma certa sociedade. A relação de forças existe onde há política, é constitutiva da mesma, de modo a não se sublimar a política através do direito. A tensão, o conflito de forças nunca se extingue, seja no estado de natureza, seja no estado civil. A diferença entre os dois está no fato de que no estado de natureza os afetos são vivenciados apenas individualmente, enquanto no estado civil há um processo de coletivização dos afetos. Assim é que diz Benedictus de Spinoza:

Um estado civil que não suprimiu as causas de sedição e onde guerra é constantemente de reinar, onde as leis são freqüentemente violadas, não difere muito do estado natural, em que cada um, com maior perigo

⁷⁶NEGRI, Antonio. **A anomalia selvagem: poder e potência em Spinoza**. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993. p. 249.

⁷⁷GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica**. p. 141.

para sua vida, age segundo a própria compleição. Deste modo um estado civil onde o medo é permanente não é distinto do estado de natureza⁷⁸.

Destarte, o Poder Constituinte se apresenta na forma de dispositivo prático de superação do negativo, do não-ser, dos limites determinados ao regime de constituição do real. Sendo isto possível somente em decorrência da imanência. Na medida em que não há fora ao plano em que se constitui o real, nada sobredetermina a expressão do Poder Constituinte. A prática constituinte se apresenta de maneira expansiva, isto é, derrubando barreiras e permitindo a aplicação da atividade comum da multidão⁷⁹.

Neste aspecto, o Poder Constituído é limitado pelo Poder Constituinte. De modo que, qualquer barreira do movimento expansivo da potência constituinte que provenha das estruturas constituídas de poder pode ser superada por tal movimento, exatamente pelo fato de se considerar o Poder Constituído interno ao Poder Constituinte. Assim, quanto mais intensa a expressão constituinte, menos força tem o Poder Constituído. Ou, no dizer de Benedictus de Espinoza: “O movimento constituinte subordina a si mesmo os limites, permitindo que a inovação se processe a todo instante e de forma ininterrupta”⁸⁰.

Desta forma, o Poder Constituinte se apresenta como movimento de superação dos obstáculos instaurados pelo Poder Constituído em direção à constituição de cada vez mais amplos registros de espaços comuns. No dizer de Antonio Negri, “o término é impossível, cada término não é um limite absoluto, mas só um obstáculo; que além do término, o poder constituinte continua a tecer suas tramas na tela da inovação; o poder constituinte não tem outros limites senão os limites do mundo da vida”⁸¹.

Como se pode perceber, o Poder Constituinte se manifesta na prática humana concreta de modo singular. É um conceito em ininterrupta constituição. Há nesse poder uma idéia de mutação ininterrupta, segundo a qual o real não é algo que se resolve mediante a conciliação de conflitos, representada na unidade estatal. O horizonte da crise e do conflito é constitutivo do modo de

⁷⁸ SPINOZA. Benedictus de. **Tratado político**. p. 58.

⁷⁹ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica**. p. 145.

⁸⁰ SPINOZA. Benedictus de. **Tratado político**. p. 135.

⁸¹ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. p. 451.

produção do real e dele não se pode afastar as coletividades. O real é produzido pelos conflitos, que, por serem dispositivos de produção do real, não são, em qualquer momento, definitivamente superados ou superáveis. A dinâmica produtiva da realidade, deste modo, é ininterrupta, infinita. A mutação e a inovação são constantes.

Trata-se de multiplicidade que produz multiplicidade, sempre em ato e ininterruptamente, um todo sem encerramento. Tal produção, no âmbito das coisas singulares existentes em ato, ocorre mediante conflito entre as coisas singulares que compõem e decompõem relações a todo instante, criando novas coisas singulares e eliminando outras anteriormente existentes. Este mecanismo produtivo informa a impossibilidade de interrupção, na medida em que é da essência da Natureza produzir. A produção é ininterrupta. Para Francisco de Guimaraens, é neste sentido, da aceitação do conflito como mecanismo fundamental da produção constituinte, que se deve compreender o conceito de Poder Constituinte. Desta forma, tal conceito se orienta, necessariamente, para um regime de ininterrupta constituição⁸².

Portanto, sendo o Poder Constituinte um dispositivo nômade, não é possível pensar seus modos de expressão de forma definitiva. Estes variam sempre de acordo com condições existentes em cada instante de produção constituinte. Seu conceito é aberto, estando em permanente construção, pondo fim à noção de tempo cíclico e fundando uma nova temporalidade caracterizada pela produção ontológica de eventos singulares. Trata-se de produção incessante da constituição do real⁸³. Diz Antonio Negri: “O princípio da fundação torna-se princípio da refundação e da dinâmica. A paixão é uma trama imersa no tempo, materialmente, profundamente, uma trama que pode sacudir o tempo e sua inércia”⁸⁴.

De tal modo, o Poder Constituinte, aqui, é concebido como dispositivo de afirmação de novos registros de realidade, movimentando um processo de contínua criação. É máquina de relações sociais e jurídicas, isto é, dispositivo de intervenção produtiva no real por parte da multidão. Para Antonio Negri não se trata apenas de princípio constituinte, mas também máquina

⁸² GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica.** p. 147.

⁸³ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica.** p. 150.

concreta de expressão da potência da multidão que impulsiona o movimento de produção e afirmação de um novo real⁸⁵.

Poder Constituinte é trabalho vivo, trabalho que nega a possibilidade de apropriação privada de seu produto e, conseqüentemente, o mando do capital. Neste cenário, o Poder Constituinte se apresenta enquanto organização cooperativa da potência produtiva por si mesma, sem intromissões externas que visem à acumulação, liberando o trabalho vivo de qualquer domínio.⁸⁶ A idéia de Poder Constituinte se expande, alcançando, portanto, a esfera socioeconômica, projetando-se além do político, de modo que tal conceito passa a se apresentar enquanto dispositivo liberatório em sentido amplo, até porque as esferas política, social e econômica não podem ser estritamente separadas, pois fazem parte do real constituído pela multidão.

Nesta visão, não é possível compreender o Poder Constituinte senão através da ação cooperativa da multidão, ação esta que confere a si seu próprio conteúdo normativo. Apenas evitando qualquer índice de acumulação e de expropriação, apenas vinculando imediatamente propriedade e trabalho vivo se faz adequado o conceito de Poder Constituinte. Destarte, o conceito de Poder Constituinte não pode se desvincular da prática humana, pois é esta que o enriquece e permite compreender um de seus principais elementos: a permanência sempre aberta da construção do próprio conceito de Poder Constituinte.

Também informa a idéia de Poder Constituinte o princípio da igualdade. O Poder Constituinte surge como dispositivo de expansão e afirmação da igualdade pressuposta em contraposição a qualquer índice de desigualdade existente. O Poder Constituinte desmascara a desigualdade como algo dado, natural, assumindo a idéia de que a própria desigualdade afirma, implicitamente, a igualdade.⁸⁷

Questão importante a se verificar, diz respeito à determinação adequada do sujeito que exerce o Poder Constituinte. Para Francisco de Guimaraens, “apenas através de tal sujeito o princípio constituinte se faz Poder

⁸⁴ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. p. 119.

⁸⁵ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. p. 192.

⁸⁶ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. p. 372.

⁸⁷ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 159.

Constituinte”⁸⁸. Inviável é se pensar o Poder Constituinte sem se fixar a questão relativa a quem o atualiza e o torna força material de produção transformadora. Desde Emmanuel Sieyès, a titularidade do poder constituinte tem sido atribuída ao povo ou a Nação.

Contudo, diz Antonio Negri, o conceito de nação é avesso a qualquer idéia de singularidade, pois a nação é o produto concreto de uma unidade primordialmente determinante, com o objetivo de instaurar uma compreensão de identidade cuja origem está em uma unidade previamente determinada, e não em um movimento constitutivo e aberto perpassado pelas diferenças existentes entre as singularidades, o que afasta imaginariamente qualquer tipo de antagonismo social, pois todas as singularidades que se inseriam na nação se submetiam a um projeto homogêneo e pretensamente comum: a unificação em torno de um corpo único e total a ser operacionalizado através do aparelho de Estado⁸⁹.

Sobre a titularidade do povo, diz o autor, a idéia de povo somente existe ao lado da idéia de Estado. O povo é elemento constitutivo do Estado e nele permanece imbricado. O povo existe apenas porque existe o Estado, sendo este quem lhe confere estatuto de povo. O povo é produto do poder constituído e se trata de expressão do direito constituído. Povo é aquilo que o direito diz ser, porquanto cidadão, a singularidade abstrata que compõe o povo, é o que o Estado afirma ser⁹⁰. Destarte, a expressão concreta do povo se dá, necessariamente, mediante os mecanismos da representação, separando a titularidade e o exercício do poder. No dizer de Francisco de Guimaraens o conceito de povo instaura mecanismos de contenção da potência constituinte⁹¹.

Por outro lado, o sujeito capaz de atualizar o Poder Constituinte e o tornar força material de produção transformadora é a multidão. Esta surge a partir de agenciamentos entre singularidades organizadas em rede. Ela se constitui enquanto estrutura aberta e em incessante processo de mutação. Não centro nem bordas na multidão. É corpo coletivo que se ramifica. A constituição da multidão implode qualquer centralização unificadora, o que a torna o único registro possível

⁸⁸ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 161.

⁸⁹ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. p. 43.

⁹⁰ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. p. 44.

⁹¹ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 163.

de afirmação da multiplicidade. Na multidão, todas as singularidades encontram a possibilidade de afetar e serem afetadas pelas demais singularidades. É ela o campo da formação de novas subjetividades, de novos corpos e de novas mentes. Nada pode representar a multidão, já que toda representação envolve a noção de unidade e de homogeneidade. A multidão é sempre imediata e instantânea, não sendo possível se fazer representar⁹².

Sendo a multidão o sujeito adequado para atualização do princípio constituinte, é ela quem produz o real. É a multidão de singularidades quem expressa a potência constitutiva que constrói o mundo e determina mecanismos de produção estrutural. Não existem externalidades à multidão, da mesma maneira que nada é externo ao poder constituinte. Inexistem modelos ou causas externas que determinem o ritmo de produção da multidão. Ainda, por ser um sujeito aberto que, conseqüentemente, admite a multiplicidade, a multidão é o único sujeito adequado para se pensar a questão da materialização efetiva do poder constituinte⁹³.

Cuidando-se, portanto, ser a multidão o sujeito responsável pela produção do real, resta saber o que impulsiona esta produção, visto que os motores constituintes se relacionam com a potência da multidão. Sobre isso ensina Francisco de Guimaraens:

Os afetos socializados que perpassam as singularidades componentes da multidão são as alavancas que movimentam o processo de constituição do real. Como a multidão, ao efetivar o poder constituinte, se envolve necessariamente com a constituição do comum, sua potência de agir se encontra em movimento expansivo. Desejo e amor são por excelência os afetos de constituição do comum, afetos que se vinculam inextricavelmente ao poder constituinte da multidão. São estes afetos que fundam uma comunidade, e não o medo da morte violenta, como chegou a acreditar Hobbes⁹⁴.

“O desejo é a própria essência do homem”⁹⁵. Portanto, diz Antonio Negri, somente na imanência pode-se compreender o desejo sem afirmar a falta, apresentando-se o desejo como força material de afirmação, de produção de condições concretas de possibilidade para perpetuação da vida. O desejo não é

⁹² GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 165.

⁹³ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 166.

⁹⁴ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. pp. 167-168.

⁹⁵ SPINOZA, Baruch de. **Ética demonstrada à maneira dos geômetras**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 140.

uma relação, não é uma possibilidade, não é um implícito. É uma potência, sua tenção é explícita, seu ser pleno, real, dado. Sendo, portanto, o desejo, movimento pelo qual se mantém a vida, sendo a produção pressuposto necessário para a manutenção da vida, é evidente que o desejo impulsiona qualquer processo de produção⁹⁶.

Desejo e potência – afirmação concreta, plena e atual. Trata-se de um campo de forças que confere velocidade aos corpos existentes e modifica relações entre os mesmos, produzindo novos corpos, novos registros de realidade. Neste sentido, Poder Constituinte e desejo são conceitos indissociáveis, da mesma forma que o são a criação e o desejo. A natureza do Poder Constituinte é produzir originariamente, sem se pautar por modelos prévios.

Contudo, diz Francisco de Guimaraens, não é somente de desejo que se constrói o mundo. Ainda há de se considerar o amor e a sua relação com o Poder Constituinte. Amor segundo a definição de Benedictus de Spinoza, como a alegria acompanhada da idéia de uma causa exterior. O amor é primacialmente uma alegria, e, só há alegria onde há comunidade entre coisas. O homem se alegra ao notar a existência de algo comum entre ele, o outro ser humano ou entre coisas. Amor e comunidade, amor e Poder Constituinte, neste sentido, caminham juntos necessariamente⁹⁷.

O amor é o afeto que informa a cooperação, o trabalho vivo, dispositivos fundamentais de constituição do comum. Amor e comunidade são registros que se vinculam e terminam por se expandir em conjunto. Sendo o Poder Constituinte canal de produção do comum, necessariamente também se vincula ao amor, no que se refere à sua dimensão afetiva. O amor é afeto que indica a expansão da potência e que somente pode ser compreendido na imanência. O comum, por seu lado, é uma construção, não um dado. É efeito de expansão do Poder Constituinte, existindo uma dupla relação entre Poder Constituinte e imanência, na medida em que aquele só pode ser compreendido através da imanência, enquanto esta tem os seus registros constituídos e expandidos através do Poder Constituinte⁹⁸.

⁹⁶ NEGRI, Antonio. **A anomalia selvagem: poder e potência em Spinoza**. p. 210.

⁹⁷ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 170.

⁹⁸ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. p. 171.

Qualquer índice de comunidade pressupõe a imanência, sendo esta produzida constantemente pelo Poder Constituinte e que implode a transcendência, projetando-a para dentro do plano da imanência. Percebe-se, assim, a intrínseca relação entre Poder Constituinte e amor. Portanto, se o Poder Constituinte constitui comunidade e se a constituição de comunidade confere condições de possibilidade para a expansão do amor, este mesmo amor de comunidade, por ser afeto de alegria, aumenta a potência constituinte, expandindo-se a necessidade de constituição de novos registros comuns. Amor e Poder Constituinte são indissociáveis, um não vive sem o outro e um impulsiona a expansão do outro.

É possível se dizer, desta forma, que, em relação à dimensão afetiva do conceito, o Poder Constituinte é amor e também desejo. Em suma, aduz Guimaraens, multidão, desejo e amor constituem-se em sujeito e afetos fundamentais para expansão concreta do Poder Constituinte, se este for considerado em seu aspecto expansivo, em sua dinâmica ilimitada e em constante transmutação⁹⁹.

Importante conceito para a operação científica do Poder Constituinte é oferecido por Paulo Cruz, ao prelecionar que:

O Poder Constituinte é um poder inicial, soberano e incondicionado. É inicial porque não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. É nele que está situada, por excelência, a vontade da Nação soberana e instância dotada de autoridade suprema. É um poder soberano, já que só a ele compete decidir se, como e quando deve “dar-se” uma Constituição à Nação. É um poder incondicionado, já que não está subordinado a qualquer outra regra de forma ou de fundo, estando sujeito somente às fronteiras territoriais¹⁰⁰.

Vê-se, portanto, que o Poder Constituinte está baseado numa vontade absolutamente primária, porquanto tira apenas de si mesmo e não de qualquer outra fonte os seus limites e suas formas de ação¹⁰¹.

Valiosa questão traz o Professor acima citado, quanto à compreensão da titularidade do Poder Constituinte no mundo contemporâneo, afirmando possuir esta duas respostas: uma autoritária e outra democrática. A primeira funda a titularidade do Poder Constituinte no princípio minoritário de

⁹⁹ GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica**. p. 171.

¹⁰⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. pp. 58/59.

¹⁰¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 72.

autoridade. A segunda, ao contrário, localiza a titularidade no princípio majoritário de Nação¹⁰².

O presente trabalho adotará a segunda resposta, nos moldes do que explicado pelo autor em questão, no sentido de que a titularidade do Poder Constituinte pertence sempre ao povo, enquanto comunidade de cidadãos eleitores e componentes da Nação. Em outras palavras, a vontade constituinte deve ser sempre identificada com a vontade do povo, que a exprime através de diversas e numerosas formas, como Assembléias ou Convenções Constituintes¹⁰³.

Neste primeiro capítulo, como se viu, foram abordadas as principais teorias sobre o Poder Constituinte Originário, desde a sua origem até a visão da pós-modernidade. Tudo com o objetivo de preparar o caminho para o capítulo seguinte, que terá por escopo dissertar sobre o Princípio da Soberania Popular, tratando da Democracia, Tipos de Soberania e Soberania Popular.

¹⁰² CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 76.

¹⁰³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 74.

CAPÍTULO 2

PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR

2.1 DEMOCRACIA E SOBERANIA

O que é soberania? Nos últimos séculos, várias foram as respostas dadas pelos juristas a essa questão, nada obstante, é possível a estabilização de uma linha de continuidade ou, no dizer atual, uma evolução semântica, capaz de fixar conexões entre a teoria do direito e a teoria do poder.

Quem está no topo? As respostas clássicas já não satisfazem, diz-se que, com a globalização econômica, o sistema social teria perdido o centro e o vértice. Há juristas, sociólogos e pensadores políticos que entendem tratar-se, a soberania, de um conceito já em declínio.

Não obstante, para o presente trabalho, importa a discussão, uma vez que, tendo o princípio da soberania do povo, assento constitucional – Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º, Parágrafo único –, se confrontará este com a obrigatoriedade do voto, para se discutir uma possível superação desta última regra pelo princípio, tornado-a não vinculativa.

Assim, o segundo capítulo deste trabalho tem por finalidade trazer à colação as diversas teorias que tratam da democracia, dada sua indiscutível importância para o tema aqui tratado; tratar-se-á, também, dos diferentes tipos de soberania, percorrendo sobre a formação histórica de seu conceito e as variações quanto ao seu entendimento; e, por fim, da soberania popular, aquela que, de acordo com Paulo Bonavides, é a primeira e inconfundivelmente a mais democrática das doutrinas acerca da soberania¹⁰⁴.

Em um primeiro ponto, não há discordância, a democracia na forma como a conhecemos no ocidente, é grega de nascimento. As idéias que ela veiculou e as instituições que forjou sempre foram, ao longo dos séculos, com maiores ou menores nuances, poderosos modelos de comparação.

No dizer de Goyard-Fabre, num momento em que, tanto do ponto de vista da história, como das instituições e das idéias, as democracias que vemos

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 130.

no mundo contemporâneo atestam a evolução das mentalidades e o progresso da consciência política, a etimologia do termo democracia continua não podendo ser descartada e nos indica o caminho a seguir se quisermos compreender sua significação¹⁰⁵.

Nos exatos termos de sua origem grega, a palavra democracia designa o poder do povo (*demos*, *Kratos*). Corresponde a uma noção surgida precisamente na Grécia antiga, a partir do século VI antes da nossa era, em Mileto, Megara, Samos e Atenas.

Para Norberto Bobbio, “Da idade clássica a hoje o termo ‘democracia’ foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político. Especificamente, designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo”¹⁰⁶.

Em seu significado descritivo e segundo a tradição dos clássicos, a democracia é uma das três possíveis formas de governo na tipologia em que as várias formas de governo são classificadas com base no diverso número dos governantes. Em particular, é a forma de governo na qual o poder é exercido por todo o povo, ou pelo maior número, ou por muitos¹⁰⁷.

A corroborar o acima dito, acrescenta aquele autor que:

O desenvolvimento da democracia do início do século passado a hoje tem coincidido com a progressiva extensão dos direitos políticos, isto é, do direito de participar, ao menos com a eleição de representantes, da formação da vontade coletiva. Na medida em que um número sempre maior de indivíduos conquista o direito de participar da vida política, a autocracia retrocede e a democracia avança”¹⁰⁸.

Nada obstante o dito linhas atrás, quanto a concordância geral sobre o nascimento na Grécia da democracia, Robert A. Dahl chama atenção para o fato de que, embora fosse agradável vermos a democracia progredindo mais ou menos continuamente desde sua criação, por assim dizer, na Grécia antiga há 2.500 anos e aos poucos se expandindo a partir daquele ínfimo começo até os

¹⁰⁵ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 09.

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 135.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 137.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 145.

dias atuais, quando chegou a todos os continentes e a uma boa parte da humanidade, isto não ocorreu¹⁰⁹.

Para o pensador estadunidense, a democracia pode ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local. Pressupõe este autor, que a democracia possa ser criada e recriada de maneira autônoma sempre que existirem as condições adequadas, bem como, que estas condições adequadas existiram em diferentes épocas e em lugares diferentes¹¹⁰.

Com base em estudos efetuados em sociedades tribais, que chama de ágrafas, afirma o Professor de Yale:

Durante o longo período em que os seres humanos viveram juntos em pequenos grupos e sobreviveram da caça e da coleta de raízes, frutos e outras dádivas da natureza, sem a menor dúvida, às vezes – talvez habitualmente –, teriam criado um sistema em que boa parte dos membros, animados por essa lógica da igualdade (certamente os mais velhos ou mais experientes), participaria de quaisquer decisões que tivessem de tomar como grupo. Portanto, durante muitos milhares de anos, alguma forma primitiva de democracia pode muito bem ter sido o sistema político mais “natural”¹¹¹.

Esse longo período de democracia primitiva teria chegado ao final quando os seres humanos começaram a se estabelecer por demorado tempo em comunidades fixas para tratar da agricultura e do comércio. A partir deste momento, sugere Robert Dahl, “a identidade do grupo, a pouca interferência exterior, um pressuposto de igualdade – parecem ter rareado. As formas de hierarquia e dominação tornaram-se mais naturais”¹¹².

Em conseqüência, os governos populares desapareceram entre os povos estabelecidos por milhares de anos, sendo substituídos por monarquias, despotismos, aristocracias ou oligarquias, todos com base em alguma forma de categorização ou hierarquia.

Ao discorrer sobre o surgimento da democracia na Grécia antiga, diz Goyard-Fabre que a política e a filosofia despontaram juntas no berço daquela sociedade. Com efeito, quando a aurora da filosofia ocidental raiou sobre o mundo grego, descobriu uma pluralidade de comunidades humanas mais ou menos extensas e mais ou menos organizadas, nas quais, diferentemente do que

¹⁰⁹ DAHL Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora universidade de Brasília, 2001. p. 17.

¹¹⁰ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. p. 19.

¹¹¹ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. p. 20.

¹¹² DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. p. 20.

ocorria na comunidade familiar, a dimensão pública da existência prevalecia sobre sua dimensão privada¹¹³.

Chama atenção Fábio Comparato para o fato de, na concepção dos filósofos gregos, a sociedade política é o mais abrangente dos grupos sociais, porque é ela que os organiza todos numa relação de estável convivência, garantindo-lhes as condições necessárias para que possam conservar-se e realizar cada qual o seu objetivo próprio. Quando isso não ocorre, o vínculo político se desfaz e as dissensões podem explodir em guerra civil¹¹⁴.

Conquanto legítima a observação de Comparato, alerta Goyard-Fabre para o seguinte:

A democracia de que Atenas forneceu a primeira forma ao Ocidente não significava que “todos” governam, mas que “todos os cidadãos” participam do governo. A amplitude da democracia era portanto limitada, pois o povo (*demos*) saudado como soberano não se confundia com toda a população (*olètos*) da Cidade-Estado¹¹⁵.

Em contrapartida, aquela democracia, não somente em Atenas, mas nas outras cidades gregas, era uma democracia direta, vale dizer, aos cidadãos era dado o direito de participação no ato criador da vontade política.

A par disto, de um ponto de vista meramente formal, distinguem-se, na história das instituições políticas, três modalidades básicas de democracia: a democracia direta, a democracia indireta (representativa) e a democracia semidireta.

Discorrendo sobre o surgimento da democracia direta na Grécia, expõe Paulo Bonavides como condições para tal, primeiramente, a existência de uma base social escrava, que permitia ao homem livre ocupar-se tão-somente dos negócios públicos numa militância rude, exaustiva, permanente, diuturna. Nenhuma preocupação de ordem material atormentava o cidadão na antiga Grécia.

Em segundo lugar, da tomada de consciência quanto à necessidade de o homem integrar-se na vida política: do imperativo de participação solidária,

¹¹³ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. p. 14.

¹¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Repensar a democracia. in **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Mülar**. LIMA, Mário Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 191.

¹¹⁵ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. p. 20.

altruísta e responsável para preservação do Estado em presença do inimigo estrangeiro¹¹⁶.

Tais condições faziam com que o cidadão da Grécia visse sempre no ordenamento estadual mais do que a complementação ou prolongamento de sua vida individual: visse no Estado o dado mesmo condicionante de toda a existência. Percebe-se assim, que o valor conferido pelo cidadão no Estado grego à sua democracia estava preso ao bem que ele almejava receber e efetivamente recebia da parte do Estado.

A democracia grega e a vida na *pólis* grega não consentiam, historicamente, na dissociação entre o homem e a coletividade. De modo que, recebendo tudo do Estado, devendo tudo ao Estado, o homem grego, ainda quando entra a tomar consciência de que a *pólis* lhe é exterior, ainda quando intenta afirmar conscientemente sua personalidade, esse homem vacila.

De mais a mais, podemos constatar com Goyard-Fabre que, dadas as condições “a *eclésia* ou assembléia do povo podia facilmente reunir-se na ágora, deliberar publicamente e até votar por meio de mãos erguidas¹¹⁷”. De onde se conclui que as democracias de antanho ignoravam o regime representativo que caracteriza a maioria das democracias modernas.

Para Paulo Bonavides, tal democracia era possível porque “a vida civil ainda não existia: o homem era exclusivamente cidadão; dava-se todo à coisa pública; não tinha domesticidade que o distraísse”¹¹⁸. Corrobora esta afirmação o sentenciado por Péricles¹¹⁹ em seu discurso pronunciado em homenagem aos mortos da Guerra do Peloponeso¹²⁰, em Atenas, no inverno de 431 a. C., do qual se extrai: “pois olhamos o homem alheio às atividades públicas não como alguém que cuida apenas de seus próprios interesses, mas como um inútil”¹²¹.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 269.

¹¹⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. p. 21.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 270.

¹¹⁹ Péricles (c 495 – 429 a. C.) – Estadista ateniense, foi em grande parte responsável pelo completo desenvolvimento, no final do século V a. C., tanto da democracia como do império ateniense.

¹²⁰ Guerra do Peloponeso: Guerra entre Esparta e Atenas, com início em 431 a. C., que durou vinte e sete anos e envolveu praticamente todo o mundo helênico e outras regiões mais remotas com as quais a Hélade mantinha relações.

¹²¹ FIGUEIREDO, Carlos (Org.). **100 discursos históricos**. Belo Horizonte: Editora Leitura, 2002. p. 23.

Caracterizava-se esta democracia grega, pela igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou riqueza, dispensava a ordem jurídica aí o mesmo tratamento a todos os cidadãos, conferindo-lhes iguais direitos, punindo-os sem foro privilegiado. Tratava-se do princípio da isonomia.

De igual modo, foram abolidos os títulos e funções hereditárias, permitindo a todos os cidadãos o livre acesso ao exercício das funções públicas, sem mais distinção ou requisito que o merecimento, a honradez e a confiança no administrador pelos cidadãos. Era o princípio da isotimia.

Ainda, de acordo com o princípio da isagoria, reconhecia-se a todos o direito de falar nas assembleias populares, de debater publicamente os negócios do governo. Sobre este princípio aduz Paulo Bonavides: “Com a isagoria, exercício da palavra livre no largo recinto cívico que era o Ágora, a democracia regia a sociedade grega, inspirada já na soberania do governo de opinião”¹²².

A confirmar o acima dito, está o discurso feito por Péricles, anteriormente referido, que registra:

Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos, mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas, quando se trata de escolher (se é preciso distinguir em qualquer setor), não é o fato de pertencer a uma classe, mas por mérito, que dá acesso aos postos mais honrosos; inversamente, a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição¹²³.

Evelyn Pisier assegura que, conquanto a democracia direta grega não tenha abolido completamente as desigualdades decorrentes da condição social, essa organização cívica – que coloca o poder “no meio” e recusa que ele seja o apanágio de alguém – visa conjurar não apenas o aparecimento de um tirano, mas também a instalação de uma casta ou de uma classe separada da sociedade acaparando a dominação política¹²⁴.

Chama atenção Goyard-Fabre para o fato de que, com a democracia direta em Atenas, a lei – ou o corpo de leis – passa a ser o pilar da democracia, sendo a vocação desse regime defender a legalidade em todos os

¹²² BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 271.

¹²³ FIGUEIREDO, Carlos (Org.). **100 discursos históricos**. p. 22.

terrenos. A Democracia somente se sustenta pelo respeito às leis. De tal forma que, a lei é a garantia da ordem e o escudo do povo contra todas as formas de tirania¹²⁵.

É possível afirmar-se que, o respeito das regras e das leis da Cidade-Estado, definidas como “decisões políticas da massa”, é a condição de viabilidade de uma democracia. Na ausência desse respeito, e, *a fortiori*, quando reina a anomia, não tarda a ocorrer o desastre político.

De todo o exposto, resta claro que a liberdade dos cidadãos da democracia direta grega, fundava-se no fato de que estes exerciam sua cidadania coletiva e diretamente, na praça pública, ditando para si uma Constituição e leis. Não se deve supor, todavia, que aqueles cidadãos tinham o que hoje chamamos de “iniciativa das leis”, mas tinham direito de sufrágio e de deliberação e, em seus debates, valia a regra da maioria. Era assim a liberdade que constituía para eles um dos princípios-chaves da democracia. Uma liberdade coletiva, compatível com a total subordinação do indivíduo à autoridade do conjunto¹²⁶.

Pois bem, tal democracia tornou-se impossível no Estado moderno, afirmando Paulo Bonavides que não seria possível nesse Estado adotar-se técnica de conhecimento e captação da vontade dos cidadãos semelhante àquela que se consagrava no Estado-cidade da Grécia. Para o Professor cearense “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”¹²⁷.

Ademais, relembra aquele Professor, o homem da democracia direta grega era integralmente político. O homem do Estado moderno é homem apenas acessoriamente político, que precisa prover as necessidades materiais de sua existência. Para este homem, há uma única saída possível, solução única para o poder consentido, dentro do Estado moderno: um governo democrático de bases representativas¹²⁸.

¹²⁴ PISIER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Trad. de Maria Alice Farah Calil Antonio. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 7.

¹²⁵ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. p. 51.

¹²⁶ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. p. 57.

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 273.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 273.

Na lição de Goyard-Fabre a representação é um dos parâmetros essenciais da democracia. Não significando isto que exista coincidência, para a filosofia política ou na técnica constitucional, entre democracia e representação; mas a idéia segundo a qual os governantes, que recebem seu mandato dos governados, devem agir em lugar deles é um dos axiomas fundamentais da democracia – a ponto de se falar corretamente de “democracia representativa”¹²⁹.

No dizer de Dalmo Dallari ante a impossibilidade prática de utilização dos processos da democracia direta, bem como as limitações inerentes aos institutos da democracia semidireta, tornaram inevitável o recurso à democracia representativa¹³⁰.

Na busca de determinar o que seja democracia representativa diz o autor supra que: “Na democracia representativa o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando”¹³¹.

Nestes termos, podemos observar, com Paulo Bonavides, que a moderna democracia ocidental requer como bases principais a soberania popular, como fonte de todo o poder legítimo, que se traduz através da vontade geral; o sufrágio universal, com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional do princípio da separação de poderes; a igualdade de todos perante a lei; a limitação de prerrogativas dos governantes; o Estado de Direito, com a prática e proteção das liberdades públicas por parte do Estado e da ordem jurídica; a temporariedade dos mandatos eletivos e, por fim, a existência plenamente garantida das minorias políticas, com direitos e possibilidades de representação¹³².

Não obstante a exigência de tais características, vale dizer, ainda que exija a democracia representativa aqueles atributos para sua caracterização, não está ela imune a críticas.

Assim é que afirma Fábio Comparato, que a democracia moderna foi uma invenção dos norte-americanos, desde logo adotada pelos franceses.

¹²⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. p. 127.

¹³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.

156.

¹³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 156.

Comparada com a matriz grega, ela representou, pelo menos de início, uma completa inversão funcional. O mecanismo da representação popular, que deu origem à democracia formal, constituiu, na realidade, um claro impedimento à soberania do povo. Ele serviu para encobrir, sob uma aparência democrática, a consolidação do sistema oligárquico, ou seja, o regime da soberania dos ricos¹³³.

Para Roberto Amaral, “a sociedade de massas, fenômeno da última metade do século findo, ao impor, por necessidade de sua lógica, o império da mediação, revelou à luz do sol a ilegitimidade da democracia representativa”¹³⁴.

No dizer do autor acima referido:

Esse vício deriva da intercorrência do poder econômico, desde sempre, e, de último, do poder político dos meios de comunicação de massas, monopolizados ou oligopolizados, apartando o representante da vontade do representado, anulando o poder da vontade autônoma do cidadão, seja a vontade individual ou particular, seja a vontade decisória do representante, seja a vontade geral¹³⁵.

Outro problema que apresenta a democracia representativa diz respeito ao sistema de aproveitamento de sobras no cálculo das cadeiras e na formação do quociente eleitoral, que implica na transferência de votos do menos votado para o mais votado, o que na visão de Roberto Amaral significa vício e fraude contra o eleitor. Vê-se, portanto, tratar-se essa democracia representativa, de sistema em que a burla da vontade do eleitor é a regra. Votando no candidato de sua preferência, o eleitor pode estar elegendo outro, dele desconhecido, e de outro partido¹³⁶.

Para Roberto Amaral é impossível salvar a democracia representativa, porque ela contém uma contradição em termos: “a impossibilidade de uma representação legítima”¹³⁷. O voto já não elege o representante do cidadão, mas o do capital, do aparelho corporativo, da grande empresa e da

¹³² BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 274.

¹³³ COMPARATO, Fábio Konder. Repensar a democracia. In **Democracia, Direito e Política: Estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. p. 197.

¹³⁴ AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa. In **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19.

¹³⁵ AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa. In **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19.

¹³⁶ AMARAL, Roberto. **A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa**. p. 27.

¹³⁷ AMARAL, Roberto. **A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa**. p. 46.

grande imprensa, do latifúndio, do mercado, do cotista do capital errático, os quais vão legislar em benefício exclusivo de seus patronos, seus verdadeiros eleitores. O representado, o cidadão, o homem do povo, dá ao seu representante parte de um poder que não tem mais. Este, o representante, que já tinha o poder, legitima-o por via desta ficção.

É, também, fator de agravamento da falência da democracia representativa, a limitação que sofre o cidadão em seu poder de escolha do mandatário, e a liberdade do mandatário, que age sem vínculo com a representação que lhe foi outorgada.

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, à semelhança do que existe no direito norte americano – o *recall*¹³⁸ – ou no direito suíço – o *abberufungsrecht*¹³⁹ –, qualquer instrumento que permita ao eleitor revogar o mandato outorgado ao representante.

Já na democracia semidireta, há representação política, contudo o povo pode intervir em alguns casos no campo legislativo. É modalidade em que se alteram as formas clássicas da democracia representativa para aproximá-la cada vez mais da democracia direta.

No caso específico da República Federativa do Brasil, o povo exerce essa intervenção através do plebiscito, o qual consiste numa consulta prévia ao povo para que este se manifeste sobre assunto de grande interesse nacional, na maioria das vezes de índole constitucional -; do referendo, modalidade de consulta feita ao povo sobre a validade ou não de lei de interesse público, portanto *a posteriori* -; e, da iniciativa popular, que confere a um certo número de eleitores a faculdade de propor leis¹⁴⁰.

¹³⁸ Recall – Instituto através do qual determinado número de cidadãos, em geral a décima parte do corpo de eleitores, formula, em petição assinada, acusações contra o deputado ou magistrado que decaiu da confiança popular, pedindo sua substituição no lugar que ocupa, ou intimando-o a que se demita do exercício de seu mandato. Decorrido certo prazo, sem que haja a demissão requerida, faz-se votação.

¹³⁹ Abberufungsrecht – É forma de revogação coletiva. Por este instituto cassa-se o mandato de toda uma assembléia. Requerida a dissolução por determinada parcela do corpo eleitoral, a assembléia só terá findo o seu mandato após votação da qual resulte patente pela participação de apreciável percentagem constitucional de eleitores que o corpo legislativo decaiu realmente da confiança popular.

¹⁴⁰ CF, **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.

De acordo com Roberto Amaral, “a democracia não é apenas um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político, uma forma de vida. É um direito da Humanidade (dos povos e dos cidadãos)”¹⁴¹. Nestes termos, democracia e participação se exigem, porque não há democracia sem participação, sem povo, mas povo ativo e passivo do processo político, no pleno exercício da cidadania.

Para o autor supra a democracia do Terceiro Milênio, sobre ser participativa, será universal, pois dela todos participarão; ignorando distinções econômicas ou sociais, ou raciais, ou de gênero, ou de origem ou de naturalidade; a igualdade política abolirá a delegação, e todos poderão participar ativa e diretamente, pois todos terão assento na nova *ágora*, que, construída eletronicamente, comportará toda a população.

Segundo Leonardo Valles Bento, as experiências democrático-participativas de governo, em geral, apontam para três direções: primeiramente, no campo relativo à ação legislativa, para a criação, utilização e desenvolvimento de instrumentos de democracia direta tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular; em segundo lugar, para programas de políticas cujo mecanismo preveja e facilite a intervenção de interesses de grupos de interessados na sua formulação, implementação e controle; por fim, para a prestação de serviços mediante parcerias com os assim denominados entes da sociedade civil ou do terceiro setor, ou setor público não estatal¹⁴².

Neste aspecto, da democracia participativa, a Constituição da República Federal do Brasil, de 1988, trouxe um princípio de descentralização e participação da comunidade na definição de políticas públicas nas áreas de planejamento urbano, previdência, saúde, assistência social e proteção da criança e do adolescente¹⁴³.

¹⁴¹ AMARAL, Roberto. **A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa**. p. 48.

¹⁴² BENTO, Leonardo Valle. Democracia Participativa: percalços e desafios. In **Revista discente/ Universidade Federal de Santa Catarina. Curso de Pós-Graduação em Direito**. – v. 1. n. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. pp. 102/103.

¹⁴³ **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

Trata-se dos conselhos gestores de políticas públicas, que são espaços públicos de composição plural e paritária entre Estado e sociedade civil, de natureza deliberativa, cuja função é formular e controlar a execução de políticas públicas setoriais.

A instituição desses conselhos em todos os níveis de governo, federal, estadual e municipal, já é exigência legal, pelo menos nas áreas de saúde, assistência social e de proteção aos direitos da criança e do adolescente, inclusive como condição para o repasse de recursos para Estados e Municípios, nos termos do que dispõe a Lei Federal n. 8.142/93, art. 4º, III¹⁴⁴.

Já registrado acima, a democracia requer a participação do povo. E não poderia ser diferente, veja-se a explanação de Fábio Comparato:

[...] - e aí está o cerne da questão -, se toda a ação política deve ter por finalidade o bem comum do povo, seria um grosseiro absurdo que o próprio povo fosse permanentemente excluído da função de julgar a justiça das políticas postas em prática, bem como de fazer atuar a responsabilidade dos governantes que as realizaram, sobretudo quando estes devem a sua posição de mando à eleição popular¹⁴⁵.

Adverte, contudo, Goyard-Fabre que desde seu despertar na luz auroreal da Antiguidade grega, a idéia democrática chocou-se sem cessar não só com contradições sociais e históricas, mas com uma lógica interna dilacerada por

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

III – participação da comunidade.

Art. 204. As ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

¹⁴⁴**Lei Federal n. 8.142/93, Art. 4º** Para receberem os recursos, de que trata o art. 3º. desta lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com:

III – Conselho de saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990.

sua ambivalência. Os esforços seculares da filosofia política não foram suficientes para elucidá-la e, ainda hoje, seu conceito continua carregado de trevas temíveis na medida em que nelas se escondem perigos mortais para a humanidade. É certo que todos concordam geralmente sobre os desafios globais da democracia especialmente sobre um ponto: uma democracia sem uma igualdade para todos seria um fenômeno contraditório¹⁴⁶.

Nada obstante, as ameaças endêmicas que pesam sobre a democracia refletem a fragilidade essencial da natureza humana na qual coexistem desconfortavelmente razão e paixão. A democracia faz parte do horizonte da natureza humana, ao mesmo tempo cheio de luz e carregado de nuvens. Porque ela é a energia de uma idéia, pertence a um contexto humano, está marcada por uma precariedade em sua essência.

Encontra-se a democracia entre o desejo de uma união harmônica e serena entre os homens livres e iguais e o peso de um individualismo que ameaça ser anárquico, é ela, em sua própria essência, habitada por um déficit que é inerente à sua natureza e que se traduz por um estado de instabilidade e de crise que a ambivalência da natureza humana impõe a suas maiores obras.

Com efeito, em razão de a democracia encontrar suas raízes no poder construtor dos homens, ela se inscreve nos limites do humano e, por conseguinte, traz, de modo indelével, a marca da imperfeição. Isto compreendeu Rousseau, razão por que vaticinou: “Se houvesse um povo de deuses, haveria de governar-se democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens”¹⁴⁷.

Ainda assim, apesar da ambivalência que outrora acompanhou o surgimento das democracias originais, foi nela que a história do pensamento político foi buscar as máximas ordenadoras do ideal democrático que sempre se ergueu contra o inchaço tirânico: é preciso que o povo tenha a liberdade de designar aqueles que o governam; é preciso que os governantes trabalhem sem se afastar da preocupação constante com a igualdade e a justiça, pelo bem de todos.

¹⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Repensar a democracia. In **Democracia, direito e política: Estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. p. 210

¹⁴⁶ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. p. 275.

¹⁴⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 84.

Deste modo, posta a discussão sobre democracia, sem a mínima pretensão de esgotar a matéria, até mesmo em face dos diferentes vieses em que a mesma pode ser abordada, sobressai a importância do próximo tópico: tipos de soberania.

2.2 TIPOS DE SOBERANIA

“No princípio era a força. Cada um por si”. Assim inicia, Luís Roberto Barroso, seu livro “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”¹⁴⁸. Quer com isto significar o Mestre que, inicialmente, no estado de natureza, cada homem, individualmente, era seu próprio soberano.

A justificar tal assertiva afiança Thomas Hobbes que:

A Natureza criou os homens tão iguais nas faculdades do corpo e do espírito que, se um homem, às vezes, é visivelmente mais forte de corpo ou mais sagaz que outro, quando considerados em conjunto a diferença entre um homem e outro não é tão relevante que possa fazer um deles reclamar para si um benefício qualquer a que o outro não possa tanto quanto ele¹⁴⁹.

Nesse momento, em que a soberania pertencia a cada homem individualmente, para o pensador inglês, reinava entre estes a desconfiança mútua, gerando uma guerra de todos contra todos, e, a única forma de proteger a si mesmo era a antecipação, isto é, dominar mediante a força ou a astúcia a tantos homens quanto fosse possível, por tempo suficiente para que nenhum outro poder o ameaçasse.

Percebe-se que a concepção política do pensador inglês, em harmonia com seu tempo, articula-se com sua ontologia e esta se inspira diretamente na física de Galileu e de seu mecanicismo. As teorias do movimento e do corpo que ele expõe conduzem-no a compreender o homem como uma máquina natural, submetida ao estrito encadeamento de causas e efeitos, tendo como propriedades – igualmente naturais – desejar agir, ou seja, deliberar e mover-se de acordo com esse dado primeiro que é o desejo.

O homem, individualmente corporal, é fundamentalmente potência. Desse modo, no estado de natureza, os homens, dispersos, são potências

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3.

¹⁴⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2009. p. 93.

movidas pelo desejo que nada limita – que são integralmente livres – a não ser a incapacidade material, na qual eles podem se encontrar, de saciar esse desejo¹⁵⁰.

No estado de natureza fica excluída qualquer idéia de sociabilidade e de harmonia com o meio, o homem experimenta, como máquina sensível, sentimentos entre os quais predominam a inveja e o medo, singularmente o medo de sofrer e de morrer. Diz Hobbes: “[...] os homens não sentem nenhum prazer (ao contrário, um grande desgosto) em se reunir quando não há um poder que se imponha sobre eles”¹⁵¹.

Para Evelyne Pisier, “sendo a ordem natural – ordem mecânica – a ‘lei do lobo’, a conclusão é que o estado de natureza é ao mesmo tempo, e contraditoriamente, liberdade plena – aquém de qualquer direito – e terror constante: ele é insuportável”¹⁵².

Não havendo um poder comum capaz de manter os homens numa atitude de respeito, permanece a guerra de todos contra todos, sendo tudo válido para os homens neste estado. Uns são inimigos dos outros, durante o tempo em que vivem sem outra segurança a não ser a da própria força e a da própria criatividade.

Há um temor contínuo e a ameaça de morte violenta. A vida do homem é, então, solitária, pobre, embrutecida e curta. Durante a permanência deste estado, inexistente propriedade ou domínio, ou distinção entre o que pertence a cada um individualmente. Pertence a cada homem o que ele é capaz de obter e conservar. Por obra da Natureza o homem se encontra nessa miserável condição, embora tenha a possibilidade de superar esse estado contando com suas paixões e razão¹⁵³.

É *extreme* de dúvida que, para Thomas Hobbes, em um primeiro momento, vale dizer, no estado de natureza, em que predomina a guerra de todos contra todos, a soberania, no sentido de poder que não está sujeito a nenhum outro, que dita e comanda sem que possa ser refreado, poder supremo, que se revela no poder incontestável de decidir¹⁵⁴, repousa sobre cada homem individualmente. Cada qual governa por sua própria razão, e não havendo algo de

¹⁵⁰ PISIER, Evelyne. **História das idéias políticas**. p. 53.

¹⁵¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. pp. 94/95.

¹⁵² PISIER, Evelyne. **História das idéias políticas**. p. 54.

¹⁵³ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. pp. 95/97.

que o homem possa lançar mão para ajudá-lo a preservar a própria vida contra os inimigos, todos têm direito a tudo, inclusive ao corpo alheio.

O permanente medo da morte violenta, a inquietude em que vive o homem, sem garantias de que viverá durante o tempo que normalmente a Natureza lhe permite viver, o leva a desenvolver um esforço para obter a paz, fazendo uso de todas as ajudas e vantagens da guerra.

Eis, na visão de Thomas Hobbes, uma norma ou regra geral da razão, que contém duas partes. Uma primeira que encerra a lei fundamental da Natureza, isto é, procurar a paz e segui-la; e, a segunda, a essência do direito natural, que é defendermo-nos por todos os meios possíveis.

Prosseguindo, diz o pensador inglês, como corolário da lei fundamental da Natureza, que ordena aos homens que busquem a paz, deriva uma segunda lei, qual seja, o homem deve concordar com a renúncia a seu direito sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que considerar tal decisão necessária à manutenção da paz e de sua própria defesa¹⁵⁵.

O modo, portanto, de encerrar-se a guerra de todos contra todos, livrando-se, do medo da morte violenta e podendo-se viver em paz, seria a elaboração de um pacto, que estabelece um poder acima daquele dos contratantes, com força e direito suficientes para impor o cumprimento do pactuado.

As palavras, sozinhas, seriam, no entanto, insuficientes para garantir o cumprimento por ambas as partes do que pactuado, posto que são fracas diante da ambição, da avareza, da cólera e de outras paixões dos homens, quando estes não sentem o temor de um poder coercitivo; poder que não existe na condição de mera natureza, em que todos os homens são iguais e juízes da retidão de seus próprios temores.

Acentua Thomas Hobbes que a transferência de qualquer direito, implica a transferência de os meios para usufruí-lo enquanto está sob seu domínio. Aqueles que entregam a um homem o poder de governar

¹⁵⁴ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 34.

¹⁵⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico ou civil**. p. 98.

soberanamente lhe entregam, também, o direito de recolher impostos para pagar seus soldados e os magistrados que se encarregarão da justiça¹⁵⁶.

Este contrato, em que os homens impõem restrições a si mesmos, levando-os a viver em Estados, tem como causa final, fim ou desígnio, a preocupação com a própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária das paixões naturais dos homens, se não houver um poder visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temor à punição, a cumprir seus pactos e a observar as leis naturais.

De tal sorte que, frisa Hobbes: “se não for instituído um poder considerável para garantir sua segurança, o homem, para proteger-se dos outros, confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade”¹⁵⁷.

Na elaboração de tal contrato é como se cada homem dissesse ao outro: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembléia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também de teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as tuas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado. Essa é a geração do grande Leviatã¹⁵⁸.

Deste momento em diante, a soberania não repousa mais sobre cada homem individualmente, ou, pelo menos, deixa de ser este o exercente direto do poder supremo. Destaca Hobbes, o titular da pessoa criada com o contrato chama-se soberano, e dizemos que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos.

Diversas teorias vão se destacar na procura de justificar o poder soberano, buscando explicar sua origem e a legitimação da soberania na pessoa de seu titular. Assim é que temos as doutrinas teocráticas, ou teorias do Direito divino, ensinando que todo o poder vem de Deus, e, as doutrinas democráticas, que atribuem ao povo, ou à nação, o poder político.

¹⁵⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico ou civil**. p.103.

¹⁵⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico ou civil**. p.123.

¹⁵⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico ou civil**. p.126.

Darcy Azambuja divide a doutrina do Direito divino em dois grandes grupos: Teorias do Direito divino sobrenatural, que ensina que, sendo Deus a causa primeira de todas as coisas, é também nele que reside a origem do poder. Deus criou todas as coisas e portanto criou o Estado e a autoridade; é por vontade de Deus que há uma hierarquia social, que em toda a sociedade há governantes e governados¹⁵⁹.

Desta doutrina apoderaram-se os legistas reais, afirmando que Deus não somente criou o Estado, o poder, mas também designa expressamente em cada sociedade política a pessoa que deve exercer o poder, ou a família de onde deve sair o monarca. Portanto, se Deus designa diretamente a pessoa que deve exercer diretamente o poder, se os reis são reis pela vontade de Deus, só a ele devem contas do seu modo de governar, nenhum outro poder na Terra é superior à autoridade real.

Teoria do direito divino providencial, segundo a qual Deus não intervém diretamente para indicar a pessoa que deve exercer o poder, mas sim indiretamente, pela direção providencial dos acontecimentos humanos¹⁶⁰.

O fato é que, de agora em diante, o poder absoluto não pertence mais a cada homem individualmente e sim à Nação; a capacidade suprema de dominação pertence à Nação, enquanto pessoa moral, distinta dos indivíduos que a compõem. Este tipo de soberania, indivisível e inalienável, manifesta-se pelos representantes eleitos que atuam livremente, não se vinculando aos grupos ou indivíduos, mas a toda Nação¹⁶¹.

No dizer de Hobbes, um Estado é considerado instituído no momento em que uma multidão de homens concorda e pactua que a um homem ou a uma assembléia de homens seja atribuído, pela maioria, o direito de representar a pessoa de todos eles, todos sem exceção, tanto os que votaram a favor como os que votaram contra, devendo autorizar todos os atos desse homem ou da assembléia, como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de poderem conviver pacificamente e serem protegidos dos restantes homens¹⁶².

¹⁵⁹ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. p. 63.

¹⁶⁰ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. p. 65.

¹⁶¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 109.

¹⁶² HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico ou civil**. p.127.

Destarte, para o pensador inglês atrás referido, todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido, mediante o consentimento do povo reunido, derivam dessa instituição do Estado.

Para por termo à violência nascida do exercício de potências por definição ilimitadas, somente pode ser eficaz uma potência da qual não se conhecem os limites. Isso significa claramente que a instauração da sociedade política – do Estado –, pressupõe que os cidadãos, de comum acordo, despojem-se integralmente de sua potência individual e a transfiram à autoridade pública.

A soberania una e indivisível do Estado é absoluta, ilimitada. O contrato que a estabelece não a sujeita a nenhuma obrigação, senão aquela de garantir a tranquilidade e o bem estar dos contratantes. Tal é o deus mortal, o Leviatã, esse monstro da lenda fenícia evocado pela Bíblia para representar uma força corporal à qual nada resiste. Dessa vez, a laicização da *plenitudo potestatis* dos teólogos é realizada na própria noção de Estado¹⁶³.

A ordem política põe fim à luta mortal, e ela só consegue isso à medida que os membros da coletividade consentem em reconhecer a soberania absoluta de uma pessoa moral exercendo seu poder por meio de decisões das quais ela é o único senhor e de leis que ela impõe como princípios necessários da organização da República.

Tal poder é encarnado na pessoa de um monarca. A soberania é concebida inicialmente como poder pessoal e supremo de um monarca que, não estaria subordinado, ao contrário dos seus súditos, à lei, nem tampouco vinculado a uma ordem jurídica interestatal. O poder supremo não se sujeitava a qualquer limitação jurídico-positiva.

Nesse momento de exercício da soberania por um monarca, o direito estatal, modificável conforme o arbítrio pessoal do soberano, atribui-lhe apenas poderes, competências, direitos e prerrogativas, não lhe impondo deveres e responsabilidades de qualquer espécie perante os súditos. A estes sim, no pólo inferior da relação político-jurídica, é-lhes atribuído ônus e responsabilidades perante o soberano.

Com inteira razão observa Marcelo Neves que, essa acepção pré-moderna ou absolutista de soberania como poder pessoal jurídico-positivamente ilimitado não é compatível com a noção de Estado Democrático de Direito.

¹⁶³ PISIER, Evelyne. **História das idéias políticas**. p. 54.

Portanto: “Com a institucionalização do poder, que importa a dominação legal-racional, a soberania passa a ser atribuída à própria organização estatal”¹⁶⁴.

Contudo, essa reorientação para um “portador impessoal” da soberania leva à construção de um consenso em admitir-se que a soberania do Estado não é um conceito real-político, no sentido de que o poder estatal não estaria subordinado a qualquer influência interna ou externa.

Nesse contexto teórico o conceito de soberania tende a ser reduzido à sua dimensão normativo-jurídica, enquanto não-subordinação da ordem ou instituição jurídica estatal a qualquer outra ordem ou instituição jurídica, emergindo, daí, divergências entre monismo formalista e pluralismo institucionalista.

Para os monistas da teoria pura do direito, a unidade da ordem jurídica só poderia ser compreensível, no plano epistemológico, partindo-se de uma (única) norma fundamental pressuposta (hipotética). A norma fundamental pressuposta concederia a unidade do sistema jurídico.

O pluralismo institucionalista nega a supra-infra-ordenação entre ordem jurídica do Estado e ordens não estatais, e sustenta a tese de que se trata de ordenamentos coordenados. Nessa orientação, a soberania do Estado não significaria, a rigor, supremacia de uma ordem jurídica-política em relação às demais. Haveria esferas de juridicidade diferenciadas pelas suas temáticas e destinatários, não só no que se refere à relação entre ordem internacional e ordem estatal, mas também na relação entre ordenamentos extra-estatais que atuam no âmbito interno do Estado.

Nesse sentido, frisa Marcelo Neves, cabe distinguir o conceito sistêmico de soberania do Estado e o conceito procedimental de soberania do povo. Para o Professor de Recife, o conceito de soberania será redefinido pela teoria dos sistemas com relação especificamente à política. Diferentemente de sua compreensão medieval como independência do poder político supremo, a soberania é compreendida como autonomia funcionalmente condicionada e territorialmente determinada do sistema político em face de “interferências

¹⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 157.

religiosos, estamentais (familiares) e jurídico-positivas”. Destarte, a soberania do Estado significaria autopoiese da política¹⁶⁵.

Aduz Luigi Ferrajoli, que soberania é o conceito, ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e as aporias da teoria juspositivista de direito e do Estado. Como categoria filisófico-jurídica, a soberania é uma construção de matriz jusnaturalista, que tem servido de base à concepção juspositivista do Estado e ao paradigma do direito internacional moderno¹⁶⁶.

No que interessa ao presente tópico, soberania sempre foi, na expressão de Luigi Ferrajoli “uma metáfora antropomórfica de cunho absolutista”¹⁶⁷, mesmo na mudança das imagens de Estado, à qual de tempos em tempos foi associada e que ela mesma gerou, até chegarmos na doutrina do Estado-pessoa e da soberania como atributo ou sinônimo do Estado.

Neste aspecto, a idéia de soberania como *potestas absoluta superiorem non recognoscens*, encontra-se ligada a dois eventos históricos, paralelos e divergentes: um, da soberania interna, que é a história de sua progressiva limitação e dissolução paralelamente à formação dos Estados constitucionais e democráticos de direito; outro, da soberania externa, que é a história de sua progressiva absolutização, que alcançou seu ápice na primeira metade do século XX com as catástrofes das duas guerras mundiais.

Luigi Ferrajoli faz interessante paralelo entre o estado de natureza hobbesiano, em que cada homem era seu próprio soberano, e um estado de natureza dos Estados. Diz o Mestre de Camerino:

A liberdade do Estado é a mesma que teria cada homem, se não houvesse leis civis e nem mesmo Estado. E os efeitos também são os mesmos, pois, assim como entre os homens sem um senhor existe uma guerra perpétua...entre os Estados independentes entre si, cada Estado – e não cada homem – tem uma liberdade absoluta para fazer aquilo que julgar mais oportuno ao próprio interesse¹⁶⁸.

Nova compreensão quanto a quem é o titular da soberania se consolida com a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1.789, e

¹⁶⁵ NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. pp. 159/160.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 1/2.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. p. 2.

depois com as sucessivas cartas constitucionais. Muda a forma do Estado e, com ela muda, até se esvaziar, o próprio princípio da soberania interna, que passa a repousar no povo.

Não por outra razão, o poder constituinte que elaborou a Constituição dos Estados Unidos, registrou em seu preâmbulo: “Nós o Povo dos Estados Unidos...”¹⁶⁹. Reconhecia aquele poder que, daquele momento em diante, passava a ser titular do poder, o povo, e ele, Poder Constituinte, apenas o exercente deste, para elaboração da Constituição.

De igual modo, reconhecendo a soberania do povo, a Lei Fundamental alemã em seu artigo 20, alínea 2, atribui a este a formação da vontade política, que se consuma na eleição do parlamento¹⁷⁰.

Ainda como exemplo do reconhecimento do deslocamento da soberania, do ente Estado, para o povo, com a formação do Estado de Direito, a Constituição da República Portuguesa anota em seu artigo 2º: “A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, [...]”¹⁷¹.

Expressivo registro, de semelhante modo, traz a Constituição da República Federativa do Brasil. Tanto em seu preâmbulo, onde o constituinte se reconhece como representante do povo, como no Parágrafo único do artigo primeiro, em que se afirma ser o povo o titular da soberania¹⁷².

O reconhecimento constitucional da soberania do povo, bem como as regras expressas da divisão dos poderes, o princípio de legalidade e de direitos fundamentais, correspondem, para Luigi Ferrajoli, a outras tantas limitações e, em última análise, a negação da soberania interna. Graças a esses

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. pp. 21/22.

¹⁶⁹ **The Constitution of The United States**. “We the People of the United States...”

¹⁷⁰ **Grundgesetz, Art. 20 [Verfassungsgrundsätze; Widerstandsrecht]**

(2) [...] Sie wird vom Volk in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

¹⁷¹ Constituição da República Portuguesa, art. 2º - **(Estado de Direito Democrático)**

A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização políticas democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

¹⁷² **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro [...].

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

princípios a relação entre Estados e cidadãos já não é uma simples relação entre soberano e súditos, mas sim entre dois sujeitos, ambos de soberania limitada¹⁷³.

De modo particular, o princípio de legalidade nos novos sistemas parlamentares modifica a estrutura do sujeito soberano, vinculando-o não apenas à observância da lei, mas também ao princípio de maioria e aos direitos fundamentais -, logo, ao povo, provocando uma transformação dos poderes públicos de poderes absolutos em poderes funcionais.

Razão pela qual, a noção sistêmica de soberania do Estado enquanto organização, que pressupõe concomitante e reciprocamente autopoiese dos sistemas político e jurídico, só se aplica no Estado de Direito. Neste, a soberania sistêmica manifesta-se e afirma-se na Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito.

Com este sentido, é que Marcelo Neves conceitua Constituição “como o mecanismo sistêmico da soberania do Estado enquanto organização central ou centro de observação de dois sistemas autopoieticos estruturalmente acoplados, a política e o direito”¹⁷⁴. Destarte, o conceito usual de soberania como autonomia regional perde em significado, sendo reorientado para o problema das exigências da sociedade mundial.

Ao Estado Democrático de Direito, além da soberania no sentido sistêmico, é imprescindível a soberania do povo; não no sentido clássico dado por Rousseau, de uma vontade geral que se manifesta homogênea e unitária¹⁷⁵, mas em que o procedimento democrático constitua condição formal-pragmática do resultado racional e, portanto, consensual, no sentido de ser capaz de generalização.

Para Luigi Ferrajoli, com a Carta da ONU, lançada em São Francisco em 26 de junho de 1945 e a Declaração universal dos direitos do homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, ao menos no plano normativo, esses dois documentos transformaram a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil. A soberania, inclusive externa, do Estado, deixa de ser uma liberdade

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. p. 28.

¹⁷⁴ NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. p. 160.

¹⁷⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 125.

absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos¹⁷⁶.

O próximo tópico, destarte, objetiva aprofundar o exame da soberania popular.

2.3 A SOBERANIA DO POVO

Vivemos tempos de complexidades e de perplexidades, chama nossa atenção Maria da Graça. Profundas crises abalam a Sociedade e o Estado contemporâneos¹⁷⁷. No respeitante à perspectiva política, a tese da Modernidade de que o governo das leis é melhor que o governo dos homens, porque o parlamento representa o povo, assegurou o exercício da cidadania política apenas em seu sentido abstrato, teórico. Entretanto, necessário se faz dar-lhe eficácia material.

A sociedade brasileira tem experimentado inúmeras crises institucionais e, sobrevivido a todas, mas ainda não protagonizou a edificação de um Estado que atenda a seus reclames básicos e majoritários, as suas necessidades vitais, prioritárias e inadiáveis.

De fato, o próprio Estado de Direito encontra-se em crise, uma vez que este, também, se revelou autoritário, posto que, legitimou desigualdades, admitiu exclusões e impediu o pleno exercício da cidadania ativa.

Neste contexto, não é possível se restringir a soberania popular ao mero exercício do sufrágio através do voto, nada obstante, seja este importantíssimo elemento de sua manifestação.

Para Azambuja, nenhuma doutrina poderia pretender criar uma sociedade onde todos fossem governantes, pois é da essência mesma de toda a organização que uns exerçam o poder e outros se subordinem ao poder¹⁷⁸.

Não se quer com isto, dizer que há homens possuidores de um poder natural sobre seu semelhante. Ao contrário, diria Rousseau, nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante, e uma vez que a força não

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. pp. 39/40.

¹⁷⁷ DIAS, Maria da Graça dos Santos. **Direito e pós-modernidade**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. *Política Jurídica e pós-modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 12.

¹⁷⁸ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. p. 214

produz direito algum, restam então as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens¹⁷⁹.

No desenvolvimento da sociedade humana, chegando-se àquele ponto em que as dificuldades obstativas à conservação do homem no estado de natureza impuseram-se, por sua resistência, as forças que cada indivíduo podia usar para se manter naquele estado, necessitou o homem, para sua conservação, encontrar uma forma de associação que defendesse e protegesse com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedecesse a si mesmo.

Estava assim, criado o contrato social, cujas cláusulas são de tal modo determinadas pela natureza do ato que a menor modificação as tornaria inúteis e sem efeito. Para o pensador francês, já antes referido, regularmente entendidas, essas cláusulas se reduzem todas a uma só, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade. Assim procedendo, cada um dando-se a todos, não se dá a ninguém¹⁸⁰.

Esta passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança considerável, substituindo em sua conduta o instinto pela justiça e conferindo às suas ações a moralidade que antes lhes faltava.

De igual modo, com o contrato social o homem perde a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar; ganhando a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Neste ponto, com o contrato social a liberdade natural que encontrava limites apenas nas forças do indivíduo, é substituída pela liberdade civil, que é limitada pela vontade geral.

A soberania é, para Rousseau, o exercício da vontade geral, nunca podendo ser alienada, e que o soberano, como um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; podendo transmitir-se o poder, não, porém, a vontade¹⁸¹.

É com o nascimento do Estado de Direito que o ponto de vista do príncipe se transforma em ponto de vista do cidadão. No Estado despótico, ao indivíduo restavam os deveres, e não direitos. No Estado absolutista, os indivíduos possuíam, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo tem não só direitos privados, mas também direitos públicos.

¹⁷⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 13.

¹⁸⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 21

¹⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 33

Para Bobbio “O Estado de Direito é o Estado de cidadãos. Na democracia, os indivíduos, todos os indivíduos, detêm uma parte da soberania”¹⁸².

Sieyès tinha como soberana a Nação. De fato, para o pensador francês, as nações sobre a terra deveriam ser concebidas como indivíduos fora do pacto social, vale dizer, no estado de natureza. O exercício da vontade da Nação é livre e independente de todas as formas civis¹⁸³.

Sieyès ao assentar a soberania na Nação, identificava esta com o povo, ao que aduz Fridrich Müller:

O termo “nação” havia sido introduzido com mais clareza ao início da Revolução Francesa por Sieyès e pela Assembléia Nacional; como figura de argumentação [Kunstfigur], que se propunha a resolver a contradição entre o *pouvoir constituant* (como cujo resultado a constituição de 1791 foi fingida) e o *pouvoir constitué* (a monarquia e o rei). É certo que o enfoque que separava os dois *pouvoirs* se colocou contra Rousseau, e isso vale também para a reunião da Assembléia Nacional como “representação” do povo. Mas a operação abriu o caminho para desvincular o “povo” das relações de poder existentes e da discursão do *Ancien Régime* em torno da legitimação, permitindo empurrá-lo enquanto “constituente” para o papel transformador, revolucionário. Ao menos na direção do seu impulso político, essa guinada ainda continua seguindo Rousseau; ela atribui ao “povo” a legitimidade suprema¹⁸⁴.

Em Carl Schmitt, o povo, como titular do poder constituinte, não é uma instância firme, organizada. Perderia sua natureza de povo se se guindasse para um normal e diário funcionamento e para o despacho ordinário de assuntos. O povo não é, por sua essência, magistratura, nem nunca – tampouco em uma Democracia – autoridade permanente. De outra parte, o povo necessita ser, na Democracia, capaz de decisões e atuações políticas¹⁸⁵.

Para aquele pensador alemão, a vontade do povo de dar-se uma Constituição, apenas pode ser demonstrada mediante o fazer, e não mediante a observação de um procedimento normativamente regulado¹⁸⁶.

A forma natural de manifestação imediata da vontade do povo é a voz de assentimento ou repulsa da multidão reunida, a aclamação. Nos grandes Estados modernos, a aclamação, que é uma manifestação natural e necessária da vida de todo povo, mudou sua forma. Manifesta-se como opinião pública.

¹⁸² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 101.

¹⁸³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu'est-ce que lê tiers État?**. p. 51.

¹⁸⁴ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 44.

¹⁸⁵ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. p. 99.

¹⁸⁶ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. p. 100.

Porém, sempre pode o povo decidir sim ou não, assentir ou rechaçar; e seu sim ou não será tanto mais singelo ou importante quanto mais se trate de uma decisão fundamental sobre a própria existência comum.

A vontade constituinte do povo se manifesta sempre em seu sim ou não fundamental em adotar para si a decisão política que dá conteúdo à Constituição. A vontade constituinte do povo é imediata. É anterior e superior a todo procedimento de legislação constitucional¹⁸⁷.

Em análise que faz da teoria de Carl Schmitt, Jürgen Habermas afirma que este imagina a participação política uniforme dos cidadãos na formação da vontade política como um acordo voluntário das manifestações de vontade dos participantes uníssonos de um povo mais ou menos homogêneo, ao que aduz:

É certo que a democracia só pode ser exercida como uma práxis comunitária. Mas Schmitt não constrói essa comunidade como a intersubjetividade de grau superior de um acordo mútuo entre cidadãos, que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. Ele a coisifica como homogeneidade dos membros de um povo. A origem da norma da igualdade de tratamento é procurada no fato da igualdade da origem nacional¹⁸⁸.

A partir dessa substancialização do povo de um Estado, resulta como mais uma sinalização de direção conceitual, uma concepção existencialista do processo democrático de decisão. Carl Schmitt concebe a formação da vontade política como a auto-affirmação coletiva de um povo: “O que o povo quer é bom, justamente porque o povo (o) quer”¹⁸⁹.

Nesse ponto, Carl Schmitt está em descompasso com o republicanismo inspirado no direito racional. Nessa tradição, “povo” e “nação” são conceitos que podem ser trocados entre si, concernentes a uma cidadania que tem igualdade de origem com sua comunidade democrática. O povo de um Estado não vale como um dado pré-político, mas como produto do contrato social. Na medida em que os participantes decidem em comum fazer uso de seu direito primitivo de “viver sob leis públicas reguladoras da liberdade”, eles constituem uma associação de jurisconsortes livres e iguais. O que, no dizer de Jürgen Habermas, “Graças a isso, e diferentemente do que ocorre com Schmitt,

¹⁸⁷ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. pp. 100-101.

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Campos Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 160.

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 160.

soberania popular e direitos humanos, democracia e Estado de direito estão conceptualmente interligados”¹⁹⁰.

A idéia de uma soberania popular de tal modo procedimentalizada e orientada para o futuro, faz com que perca sentido a reivindicação de retornar a formação da vontade política ao *a priori* substantivo de um consenso passado obtido entre membros de um povo homogeneizado num momento pré-político. Para Ingeborg Maus:

O direito positivo não é legítimo pelo fato de corresponder a princípios substantivos de justiça, mas por ter sido criado em processos que, por sua própria estrutura, são justos, quer dizer, democráticos. O fato de, durante o processo legislativo, todos decidirem a mesma coisa a respeito de todos, é um pressuposto normativo pretensioso, que não mais se define pela substância, mas pela autolegislação dos destinatários do direito, pela igualdade de posições nos processos e pela generalidade das regras jurídicas, e deve impedir o arbítrio e minimizar a dominação¹⁹¹.

Nos termos do Parágrafo único do artigo primeiro da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, “Todo o poder emana do povo”. Reconhecia, o Legislador Constituinte, ser o povo o soberano, não por outra razão, registrou no Preâmbulo da Constituição, “Nós, representantes do povo brasileiro...”. A soberania é do povo.

Neste ponto, pertinente a indagação de Friedrich Müller: “Quem é o Povo?” (Wer ist das Volk?). Ao que acrescento, quem é o povo sobre o qual repousa a soberania, e que legitima democraticamente o poder?

Iniciando sua resposta a pergunta acima formulada, diz Müller: “Ora, não existe na realidade nenhuma comunidade ‘de sangue’, mas comunidades culturais que representam culturas constitucionais na esfera do direito constitucional: a ‘nação’ política dos que querem viver sob essa constituição”¹⁹².

Nada obstante, do exame sistêmico do contido no art. 14, § 2º, § 3º, I e III, e, § 4º da Constituição da República, percebe-se que esta somente contabiliza como povo ativo os titulares de nacionalidade e, de modo restritivo¹⁹³.

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. pp. 162.

¹⁹¹ MAUS, Ingeborg. “**volk und Nation**” im Denken der Aufklärung”, **Blätter für Deutsche und internationale Politik**, 5, 1994, 604. Apud. Habermas. op. cit. p. 163.

¹⁹² MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 4 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 43.

¹⁹³ **Constituição da República Federativa do Brasil.**

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:

§ 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

Müller, em comentário ao art. 38, § 2º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que trata de condição de elegibilidade naquele País, leciona¹⁹⁴:

Tradicionalmente esse dimensionamento para os titulares da nacionalidade é matéria de direito positivo, mas não se compreende por evidência. Estrangeiros, que vivem permanentemente aqui, trabalham e pagam impostos e contribuições, pertencem à população. Eles são efetivamente cidadãos [*faktisch Inländer*], são atingidos como os cidadãos de direito [*rechtliche Inländer*] pelas mesmas prescrições “democraticamente” legitimadas. A sua exclusão do povo ativo restringe a amplitude e a coerência da justificação democrática¹⁹⁵.

De acordo com o Professor alemão, não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo, do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como “demo”cracia¹⁹⁶.

Decorre daí, do afastamento deste conceito mais abrangente de povo, parte da crise de legitimação do atual Estado de Direito que, como registrado linhas atrás, também se revelou autoritário, posto que, legitimou desigualdades, admitiu exclusões e impediu o pleno exercício da cidadania ativa.

“O Estado de Direito é uma virtude crucial das sociedades civilizadas”¹⁹⁷.

Existindo o Estado de Direito, o governo de um Estado, ou mesmo de uma entidade não-estatal como a União Européia, ou ainda, de entidades políticas dentro de um Estado, como a Inglaterra, a Escócia, o País de Gales ou a Irlanda do Norte, é sempre dirigido dentro de uma moldura ditada pelo Direito. Isso garante considerável segurança para a independência e dignidade de cada cidadão. Onde o Direito prevalece, as pessoas podem saber onde estão e o que

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I – a nacionalidade brasileira;

III – o alistamento eleitoral.

§ 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

¹⁹⁴ GG. Art. 38 (*Omissis*)

(2) Wahlberechtigt ist, wer das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat; wählbar ist, wer das Alter erreicht hat, mit dem die Volljährigkeit eintritt.

¹⁹⁵ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental da democracia. pp. 46/47.

¹⁹⁶ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia.** p. 47.

¹⁹⁷ MacCORMIK, Neil. **Retórica e o estado de direito.** Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 17.

são capazes de fazer sem se envolverem em processos civis ou terem que enfrentar o sistema de justiça penal¹⁹⁸.

Para este Pensador escocês, o Estado de Direito não existe sem regras de Direito.

Havendo em uma dada comunidade, um corpo de normas jurídicas estabelecido e reconhecido, destinado a governar os arranjos entre todas as pessoas nessa comunidade, estabelecido está o Estado de Direito. Onde o Direito é de fato observado, o Estado de Direito se impõe, e as sociedades que vivem sob o Estado de Direito experimentam grandes benefícios em comparação àquelas que não vivem sob esse regime¹⁹⁹.

No pertinente ao Estado de Direito, as pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada, e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações.

Para Marcelo Neves, “No Estado Democrático de Direito, os procedimentos constitucionais possibilitam que os diversos valores, expectativas e interesses conflitantes que se expressam, em primeiro grau, na linguagem cotidiana do mundo da vida ganhem significado político e jurídico generalizado”²⁰⁰.

Ainda em Marcelo Neves, o grande desafio, vale dizer, o desafio fundamental do Estado Democrático de Direito em face da esfera pública, é a estruturação dela através da canalização e intermediação procedimental (universalista e pluralista) dos enormes conflitos que a caracterizam, conflitos de expectativas, valores, interesses e discursos²⁰¹.

O Estado de Direito, enquanto exigência funcional e pretensão normativa da modernidade, é condicionado por fatores os mais diversos. O modelo não se reproduz perfeitamente na realidade. Quanto aos condicionamentos, há relevantes variações conforme o tipo de estrutura social. Mas há alguns problemas que constituem fatores comuns da insuficiente realização desse Estado.

¹⁹⁸ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. p. 17.

¹⁹⁹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. p. 22.

²⁰⁰ NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. p. 132.

²⁰¹ NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. p. 135.

Marcelo Neves aponta dois flancos de pressão, entre os quais se encontra o Estado de Direito na sociedade contemporânea, que estariam a limitar suas possibilidades de realização: “a prevalência cada vez maior de uma ordem mundial reproduzida primacialmente com base na economia e na técnica; e, a fortificação das etnias locais e dos fundamentalismos”²⁰². Metaforicamente, pode-se afirmar que o Leviatã parece impotente, o que dificulta a sua relação com Têmis.

Para confrontar-se adequadamente com essa duplicidade de pressões negativas, não basta simplesmente fortificar em vão o “Leviatã”. Este ganha sua força em uma sociedade supercomplexa enquanto se relaciona construtiva e simetricamente com “Têmis”, fortificando-a. Disso resulta capacidade funcional dos sistemas político e jurídico e solidez de uma esfera pública pluralista. E é exatamente dessa maneira que se reduzem o significado e o impacto dos diversos condicionamentos negativos do Estado de Direito.

Por outro lado, a crescente complexidade e o desaparecimento do moralismo tradicional não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania. O que implica obstáculos graves à realização do Estado de Direito. Nada obstante o modelo textual de Constituição do Estado de Direito seja o adotado, carece amplamente de concretização.

De se observar que, apesar de sua forte presença em variados setores da vida, há uma crise de legitimidade do Estado de Direito que se encontra intimamente vinculada ao paradigma representativo, bastante questionado atualmente. Crise que está associada à própria crise da modernidade, uma crise ampla que põe em cheque os vigentes modelos culturais, normativos e instrumentais da sociedade.

Antônio Carlos Wolkmer destaca que: “os modelos culturais, normativos e instrumentais que justificam o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornam-se insatisfatórios e limitados, abrindo espaço para se repensar padrões alternativos de referência e legitimação”²⁰³.

²⁰² NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. p. 215.

²⁰³ WOLMER, Antônio Carlos: *Movimentos Sociais: nova fonte de juridicidade*. Direito em debate, Universidade de Ujuí, ano VI, nº 7, jan-jun. 1996, p. 47, apud. BAHIA, Carolina Medeiros. **As**

Nesse contexto, inúmeras críticas são dirigidas à democracia representativa, que se apresenta como o modelo democrático possível para os Estados atuais.

Robert Dahal concorda que a possibilidade de participação efetiva dos cidadãos e o controle popular do programa de planejamento das decisões do governo são exigências democráticas de satisfação complicadíssima numa unidade política do tamanho de um País. Compreende que, “a única solução viável, embora bastante imperfeita, é que os cidadãos elejam seus funcionários por meio das eleições e os mantenham mais ou menos responsáveis por meio das eleições, descartando-os nas eleições seguintes”²⁰⁴.

Frente às dificuldades na concreção da democracia direta, o modelo da representação universalizou-se no mundo moderno, baseado na idéia do contrato social. De geral, apresenta-se como significativa dificuldade para aplicação do princípio da democracia moderna, fundado sobre a idéia de humanidade, o tamanho das repúblicas modernas, a impedir o exercício do poder pelo cidadão. O Estado se destaca da sociedade civil, o poder não pode mais ser exercido por todos. Para evitar o despotismo, o princípio republicano consagra a idéia do controle popular pelo sufrágio universal, inspirando-se na visão de soberania popular nos moldes como defendida por Rousseau.

Nada obstante, esse modelo de representação política passou a ser abalado por diversos fatores como a corrupção na classe política, o descumprimento dos programas políticos, o empobrecimento das massas e a atuação dos meios de comunicação.

A percepção destes problemas acarreta a perda de legitimidade do Estado, que, apesar de “prepotente e substancializado” na figura do Estado Social, não se mostra capaz de resolver as grandes demandas sociais²⁰⁵.

Em razão disso, surge a necessidade de se recuperar a legitimidade perdida. Não se está a sugerir, por evidente, o desaparecimento do Estado, mas de se reconhecer que a superação da crise passa pela recuperação da sociedade civil, com a construção de um mais abrangente conceito de cidadania.

diversas apropriações da crise de legitimidade do estado e a importância dos movimentos sociais para a democratização da esfera pública estatal. Revista Discente/Universidade Federal de Santa Catarina. Curso de Pós-Graduação em Direito. – v. 2. n. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2003, p. 73.

²⁰⁴ DAHAL, Robert. **Sobre a democracia.** p. 107.

²⁰⁵ WOLMER, Antônio Carlos: **Movimentos Sociais: nova fonte de juridicidade.** p. 76

Em tempos de crise das fórmulas organizacionais da modernidade, necessário se faz seja revisitada a noção de cidadania, não apenas em seus conteúdos, mas, e particularmente, em seus espaços de expressão, posto ser esta absolutamente fundamental para a legitimação do Estado.

Quanto ao conteúdo, deve-se ter presente que a questão da cidadania de há muito ultrapassou o seu viés político e adentrou em outros setores, tais como o social, o gênero, o trabalho, a escola, o consumo, os afetos, as relações jurídicas e jurisdicionais²⁰⁶.

Diante de tal contexto de complexidade, importa pensar uma cidadania cosmopolita que vá além da simples extensão do conjunto de direitos civis, políticos e sociais e suas respectivas garantias para a seara internacional, mas que se constitua em deveres éticos para com os outros, para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais, culturais, etc.

Diz Lenio Streck: “Não basta mais sermos cidadãos da própria comunidade política. Há cidadanias múltiplas e diversas que se exercem em locais, sob formas e conteúdos variados”²⁰⁷.

Leciona Fernando Dantas que a cidadania, tradicionalmente concebida como sinônimo de nacionalidade, decorrente do título legal concedido pelos Estados aos indivíduos que integram seu corpo com igualdade, homogeneidade, identidade e aspirações comuns, reduzida ao espaço nacional, requer transformações no atual contexto mundial²⁰⁸.

Para esse Professor, tal contexto é caracterizado externamente pela construção política de espaços transnacionais com evidente predomínio do interesse econômico e, no âmbito dos Estados, pela diversidade sociocultural e étnica historicamente invisibilizada pelo violento processo de homogeneização social e cultural. Pugnar por uma nova cidadania significa romper limites. Os clássicos limites conceituais à própria cidadania, ao Estado e ao direito²⁰⁹.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 124.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. p. 124.

²⁰⁸ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **A “cidadania ativa” como novo conceito para reger as relações dialógicas entre as sociedades indígenas e o Estado multicultural brasileiro**. In Hiléia: Revista da Amazônia. Ano 2. n. 2. Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas, 2004. p. 215.

²⁰⁹ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **A “cidadania ativa” como novo conceito para reger as relações dialógicas entre as sociedades indígenas e o Estado multicultural brasileiro**. p. 215.

Pertinente repetir, parcial citação do Parágrafo único do artigo primeiro da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998: “Todo poder emana do povo...”.

Da leitura do dispositivo, a ilação é que a soberania popular se manifesta na livre escolha dos destinos da nação, exercitada por todos e por cada um individualmente.

Adriano soares da Costa, sem exagero algum, demonstra que, se é possível afirmar que a participação popular, no exercício da sua soberania, dá-se de outras maneiras, como aquelas previstas no art. 14 da Constituição, não é escusado dizer que as formas mais importantes do seu exercício são o ato de votar, pelo qual, nas democracias indiretas, o povo escolhe os seus representantes entre aqueles que concorrem nas eleições; e o ato de candidatar-se a cargo eletivo²¹⁰.

Ante todo o exposto, ressalta o princípio da soberania popular a importância do capítulo seguinte: O Voto Como Instrumento da Soberania Popular. A luta pelo direito de votar, destaca sua fundamental dignidade no processo de construção da democracia, e, crucial importância como instrumento de identificação de quem é o soberano.

O próximo capítulo, então, discorrerá sobre o sufrágio e o voto; os sistemas eleitorais que encerram o peso e valor do voto; e, a relação entre o direito exercício do voto, traduzido pelo sufrágio, e a soberania popular.

²¹⁰ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 34.

CAPÍTULO 3

O VOTO COMO INSTRUMENTO DA SOBERANIA POPULAR

3.1 O SUFRÁGIO E O VOTO

Para Darcy Azambuja, nenhuma doutrina poderia pretender criar uma sociedade onde todos fossem governantes, pois é da essência mesma de toda a organização que uns exerçam o poder e outros se subordinem a ele.

Não se quer, com isto, dizer que há homens possuidores de um poder natural sobre seu semelhante. Ao contrário, diria Rousseau, nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante, e uma vez que a força não produz direito algum, restam então as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens.

O presente capítulo tratará do sufrágio em sua evolução histórica, como uma daquelas convenções a legitimar o poder. Será observado como o direito ao mesmo foi sendo conquistado até alcançar o caráter de universal na atualidade.

Serão abordados, ainda, os diferentes sistemas eleitorais, apresentando as características e vantagens de cada um, para, então, discutir-se a questão do voto e soberania popular.

Nada obstante o comum uso das palavras sufrágio e voto como expressões sinonímicas, a Constituição dá-lhes sentidos diferentes, especialmente no ponto em que interessa a presente Dissertação, no artigo 14, onde se verifica que o sufrágio é universal e o voto é direto, secreto e tem valor igual para todos²¹¹.

No sistema de democracia representativa adotado no Brasil, o sufrágio consubstancia o consentimento do povo que legitima o exercício do poder. Esta, de fato, é sua função primordial, de que defluem as funções de seleção e nomeação das pessoas que hão de exercer as atividades governamentais.

²¹¹ **CF, 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:

José Afonso da Silva define o instituto do sufrágio como,

O direito público subjetivo, de natureza política, que tem o cidadão de eleger, de ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal. É um direito que decorre diretamente do princípio de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)”. Constitui a instituição fundamental da democracia representativa, e é pelo seu exercício que o eleitorado – instrumento técnico do povo – outorga legitimidade aos governantes²¹².

Para o Mestre paulista, o regime político condiciona as formas de sufrágio, ou, por outras palavras, as formas de sufrágio denunciam, em princípio, o regime. Se este é democrático, o sufrágio será universal. Não querendo dizer que a existência de sufrágio universal configure, necessariamente, um regime democrático, porque este não se compõe apenas de formalidades eleitorais. Mas é certo que o sufrágio restrito revela um regime elitista, autocrático ou oligárquico, que, para tanto, procura vários meios de restringir ou de privar os indivíduos do direito de sufrágio²¹³.

Conceitua-o Paulo Bonavides, como o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na gerência da vida pública²¹⁴.

Em Joel José Cândido, é o poder de decisão. Em sentido eleitoral específico, sufrágio é o direito de escolher um candidato ou de se escolher candidato (direito de concorrer aos cargos eletivos)²¹⁵.

Para o mestre português Joaquim José Gomes Canotilho, trata-se de,

[...] um instrumento fundamental de realização do princípio democrático: através dele, legitima-se democraticamente a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, estabelece-se a organização legitimante de distribuição dos poderes, procede-se à criação do pessoal político e marca-se o ritmo da vida política de um país. Daí a importância do direito de voto como direito estruturante do próprio princípio democrático e a relevância do procedimento eleitoral justo para a garantia da autenticidade do sufrágio²¹⁶.

De tudo o dito, a conclusão é que o sufrágio é o direito exercido através do voto, pelo qual se manifesta a vontade do povo na formação do

²¹² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. p. 214.

²¹³ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. p. 215.

²¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 228.

²¹⁵ CÂNDIDO, Joel José. **Inelegibilidades no direito brasileiro**. Bauru: Edipro, 1999. p. 25.

²¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 432.

governo democrático. Em outras palavras, é o processo legal de escolha das pessoas que irão representar o povo no exercício das funções eletivas.

Considerando que no regime democrático o poder político assenta-se no povo, o sufrágio é o meio necessário para esse poder manifestar-se na organização e direção do Estado. Destarte, o sufrágio é o meio pelo qual o povo politicamente organizado manifesta sua opinião.

Quanto à sua natureza jurídica, não são acordes os autores que a estudam. Os que se baseiam na doutrina da soberania popular e da origem contratual do Estado, têm-na como “um direito individual, imprescritível e inalienável, pertencente a todos os membros da comunidade nacional”²¹⁷. Tal corrente, revigorada pelas conquistas e franquias obtidas contra o absolutismo, pleiteava a extensão do voto e via nele o símbolo da luta contra os antigos privilégios da nobreza.

Outros doutrinadores, contudo, avessos às teorias clássicas, vêem no sufrágio uma função social e não um direito individual. Pois que o Estado se organizou sob o regime representativo, cabendo a uns exercer as funções de governo e a outros a função de designar pelo voto a esses primeiros.

Assevera Darcy Azambuja que, tanto entre os adversários do regime democrático, como entre alguns que o aceitam, têm surgido críticas acerbadas contra o sufrágio, mostrando-lhe os vícios e defeitos. Estes, prossegue o Mestre Paulista, vêem no sufrágio, não um direito individual, mas apenas uma função de escolha dos representantes para governar²¹⁸.

A par dessa discussão, para aquele autor, embora o sufrágio não seja um meio infalível para designar os representantes, é, entre todos os meios para indicar os homens mais capazes para o governo, o menos defeituoso, posto que, entre a eleição, a hereditariedade e a força, a eleição pelo sufrágio é o mais aceitável, além de ser o único meio realmente democrático²¹⁹.

De acordo com Fávila Ribeiro o sufrágio é um direito e uma função. O direito de designar as pessoas que devem exercer os cargos eletivos, bem como uma função, sendo dever do cidadão manifestar sua vontade pelo voto para escolher seus governantes no regime representativo²²⁰.

²¹⁷ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. p. 285.

²¹⁸ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. p. 285.

²¹⁹ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. p. 285.

²²⁰ RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 191.

Tal divergência acerca da natureza jurídica do sufrágio, diz Darcy Azambuja, perdeu o interesse,

É quase unânime o acordo, quer na doutrina quer nas legislações, em considerar o voto um direito e uma função ou dever. Depende do ponto de vista pelo qual ele é examinado. Quase todos os direitos são deveres e funções encarados quanto ao exercício. O poder emana do povo e o seu exercício se legitima pelo consentimento da consciência coletiva. É um direito, pois, do indivíduo designar as pessoas que devem exercer os cargos eletivos. Ao mesmo tempo, porém, sendo necessário que aja governantes designado pelo voto dos cidadãos, como é da essência do regime representativo, o indivíduo tem o dever de manifestar sua vontade pelo voto, é uma função natural e indispensável à organização do Estado²²¹.

Observa com acuidade Valda de Souza Mendonça, que os autores que se dedicaram a escrever sobre a natureza jurídica do sufrágio, trataram do tema com uma certa indiferença e passaram a aceitar o sufrágio tanto como um direito, uma função ou dever, ao argumento de que o povo tem a obrigação de designar as pessoas que devem exercer os cargos eletivos, sem considerar que é o povo o detentor do poder, ou seja, o titular da soberania²²².

No que concerne as formas de sufrágio, em regra esta é condicionada pelo regime político. No regime democrático é adotado o sufrágio universal, nada obstante possa existir sufrágio universal fora do regime democrático.

José Afonso da Silva classifica as formas de sufrágio quanto à extensão e quanto à igualdade. Quanto à extensão, leciona o Mestre Paulista, o sufrágio pode ser, universal ou restrito; quanto à igualdade, pode ser igual ou desigual²²³.

A universalidade do sufrágio é um princípio da democracia política. No sentido próprio do termo, deveria ser entendido como a participação ativa da totalidade dos habitantes do país nas eleições. Contudo, o eleitorado é sempre uma minoria, pois, a extensão do direito de voto a todos os cidadãos habilitados para o seu exercício, nos ternos legais de cada país, corresponde a uma universalidade de competências.

²²¹ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. pp. 285/286.

²²² MENDONÇA, Valda de Souza. **O exercício da soberania popular pelo voto não-obrigatório: ato de cidadania política consciente**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002, pp. 102/103.

²²³ SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 310.

Na precisa observação de Darcy Azambuja, a expressão sufrágio universal não é bem exata, uma vez que não significa que absolutamente todos os membros da sociedade política tenham direito de votar. Seu significado é o de que o sufrágio não será restringido por motivos de fortuna ou de nascimento²²⁴.

Portanto, o princípio do sufrágio universal admite a existência de certas condições, que, por óbvio, não representam privilégios de riqueza ou de classe social. Dentro desses limites, a denominação universal quer significar uma tendência à ampliação do sufrágio, buscando sempre a abrangência do maior número possível de indivíduos com direito a intervir na direção do Estado por meio do voto.

Em países como os Estados Unidos, por exemplo, em que o sufrágio tem uma dupla fonte normativa - federal e estadual -, são várias as restrições que se impõem ao exercício desse direito, conquanto seja universal e facultativo.

Entre os diferentes tipos de eleições que ocorrem naquele país, nas importantes eleições primárias fechadas, somente participam os eleitores que declararam no momento do alistamento eleitoral a filiação ao partido em questão; já nas eleições primárias abertas, todos os eleitores podem participar da eleição dos delegados que vão escolher o candidato do partido²²⁵.

Registra Olivia Telles que “nos últimos 20 anos do século XIX, nos Estados Unidos, os Legislativos estaduais aprovaram medidas tornando o direito de voto menos acessível a negros (e frequentemente também a brancos pobres)”²²⁶.

Medidas como o voto secreto, em que, embora o objetivo declarado fosse o de preservar a liberdade do voto, na realidade servia para dificultar o voto dos analfabetos, que não podiam ser ajudados no momento da votação; a taxa eleitoral (*poll tax*), um obstáculo particularmente severo em alguns Estados; testes de leitura e escrita (entre os anos 1950 e 1960, estes testes foram eficientemente utilizados para restringir o direito de voto dos afro-descendentes).

²²⁴ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. p. 287.

²²⁵ TELLES, Olivia Raposo da Silva. **Direito eleitoral comparado – Brasil, estados unidos e França**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 180.

²²⁶ TELLES, Olivia Raposo da Silva. **Direito eleitoral comparado – Brasil, estados unidos e França**. p. 305.

Assinala a autora supra que: “no chamado sul profundo, nenhum afro-descendente estava registrado até o fim de 1952”²²⁷. De fato, o problema somente foi superado com a aprovação da XXVI Emenda, em 1º de julho de 1971, que proibiu os Estados de negar o direito de votar aos cidadãos com idade de 18 (dezoito) anos, conferindo poderes ao Congresso para regulamentar a matéria²²⁸.

Na República Portuguesa o direito de sufrágio é garantido a todos os cidadãos, pela Constituição, que, todavia, autoriza a lei geral a fixar limitações²²⁹.

No caso brasileiro, a Constituição Federal veda o alistamento eleitoral, e, com isto, o direito de sufrágio, ao brasileiro menor de 16 (dezesesseis) anos, bem como aos estrangeiros e, durante o período de serviço militar obrigatório, aos conscritos²³⁰.

Do exposto, a ilação que se impõe é que, ser o sufrágio universal não significa necessariamente a participação de todos os habitantes do território nacional. Significa, tão somente, que ninguém será privado do direito de votar com base em critérios como a renda, o sexo, ou a raça.

Daí o ensinamento de Paulo Bonavides:

A rigor todo sufrágio é restrito. Não há sufrágio completamente universal. Relativa pois é a distinção que se estabelece entre o sufrágio universal e o sufrágio restrito. Ambos comportam restrições: o sufrágio restrito em grau maior; o sufrágio universal em grau menor.

Define-se o sufrágio universal como aquele em que a faculdade de participação não fica adstrita às condições de riqueza, instrução, nascimento, raça e sexo. Em geral, 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 limitações²³¹.

²²⁷ TELLES, Olivia Raposo da Silva. **Direito eleitoral comparado – Brasil, estados unidos e França**. p. 307.

²²⁸ **The Constitution of the United States.**

Amendement XXVI.

Section 1. The right of citizens of the United States, Who are eighteen years of age or older, to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of age.

Section 2. The Congress shall have Power to enforce this article by appropriate legislation.

²²⁹ **Constituição da República Portuguesa.**

ARTIGO 49º. – (Direito de sufrágio)

1. Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral.

²³⁰ **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Art. 14. [...]

§ 2º. Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

²³¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 233.

Doutra banda, o sufrágio restrito ou de qualidade fica caracterizado quando o exercício do voto é conferido a indivíduos qualificados por condições econômicas ou por possuírem capacidades especiais.

Referindo-se a restrição à qualidade econômica do eleitor, tem-se o sufrágio censitário ou pecuniário, que demanda de seus titulares, conforme a legislação que o instrui, uma das seguintes exigências: o pagamento de um imposto direto; o ser dono de uma propriedade fundiária; ou usufruir certa renda²³².

Tal modelo foi adotado no Brasil-Império, em que para votar nas eleições primárias exigia-se uma renda líquida anual de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio, ou remuneração²³³.

O segundo nível de eleitores, ou seja, aqueles que de fato iriam escolher os representantes na Câmara do Império, além de preencher os requisitos para ser cidadão ativo, precisava apresentar uma renda líquida de duzentos mil réis por bens de raiz, indústria, comércio, ou remuneração²³⁴.

Olivia Telles lembra que, nos Estados Unidos, até o século XIX, em alguns de seus Estados instituiu-se uma taxa eleitoral – *poll tax* –, somente admitindo-se a votar o eleitor que a cumprisse²³⁵.

Importante registro traz Darcy Azambuja, ao chamar a atenção para o fato de que, “as primeiras Constituições escritas e leis que se lhes seguiram, ainda que inspiradas nas ideias igualitárias das doutrinas do Contrato Social, não deram o direito de voto a todos os membros da sociedade”²³⁶.

Claro exemplo do acima dito dá-se com os legisladores da Revolução Francesa, os quais, em contradição com as ideias de igualdade que pregavam, partiram do axioma de ciência política no qual a sociedade deve ser dirigida pelos mais sensatos, mais inteligentes, mais capazes, pelos melhores, por

²³² BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 232.

²³³ **Constituição Política do Império do Brasil**.

Art. 92. São excluídos de votar nas Assembleias Parochiais

V. Os que não tiverem de renda líquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Emprego.

²³⁴ **Constituição Política do Império do Brasil**

Art. 94. Podem ser eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuando-se

I. Os que não tiverem renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Emprego.

²³⁵ TELLES, Olivia Raposo da Silva. **Direito eleitoral comparado – Brasil, estados unidos e França**. p. 304.

²³⁶ AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. p. 286.

uma elite enfim. Razão pela qual, atribuíram o direito de votar àqueles que possuíam bens de fortuna.

Quanto ao sufrágio capacitatório, o critério de limitação era dado pelo grau de instrução. O fim que se tinha em vista primordialmente era afastar as pessoas mais rudes do ponto de vista cultural e intelectual de qualquer ingerência política, por crer-se que não seriam capazes de concorrer para a boa qualidade da representação, isto é, para a formação da elite dirigente.

Mas não só os critérios censitário e capacitatório foram utilizados para restringir o direito de sufrágio. Assinala Paulo Bonavides o sufrágio racial, em que se impede o direito de voto por critérios que se prendem à origem dos indivíduos, bem como as vedações em razão da classe social e do sexo.

Exemplo marcante de restrição do sufrágio a uma etnia, ainda que por via obliqua, encontra-se no Código Eleitoral brasileiro, Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965, art. 5º, II, ao vedar o alistamento eleitoral aos que não saibam exprimir-se na língua nacional²³⁷.

Tal critério, que a princípio pode parecer legal e justo, uma vez que a própria Constituição Federal garante o voto apenas ao nacional²³⁸, na prática foi um meio utilizado para negar cidadania à maioria dos povos indígenas.

Apenas nas eleições de 2010, a vedação acima foi afastada pelo Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do Processo Administrativo n. 19.840 (30219-46.2007.6.00.0000) – Classe 19 -, de 01 de junho de 2010, relator o Min. Fernando Neves, decidiu que o inciso II do artigo 5º do Código Eleitoral não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

O referido Processo dizia respeito a consulta formulada pelo Juiz Eleitoral do Município de Tabatinga, no Estado do Amazonas, indagando sobre o alistamento eleitoral de brasileiros natos, nos termos do art. 12, I, a, da Constituição Federal (critério *ius soli*), mas que, tendo em vista o fato de que a

²³⁷ **Código Eleitoral.**

Art. 5º. Não podem alistar-se eleitores:

II – os que não saibam exprimir-se na língua nacional.

²³⁸ **Constituição da República Federativa do Brasil.**

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:

§ 2º. Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

circunscrição territorial da Zona Eleitoral que presidia ser área fronteiriça com o Peru e a Colômbia, pouco ou nada falam da língua portuguesa²³⁹.

Informa, ainda, o Magistrado consulente, que na mesma situação encontram-se os indígenas ali localizados, os quais, “no máximo balbuciam trechos em português, já que a língua principalmente praticada é o dialeto indígena ‘ticuna’”²⁴⁰.

Face a importância da discussão para a presente Dissertação e, em especial, para o presente capítulo, registro, no que interessa, passagens do voto do Ministro Relator, que assim dispôs:

Conforme é sabença, o alistamento eleitoral é ato constitutivo de direitos políticos – cuja prerrogativa é de sede constitucional – artigo 14 -, uma vez que é por seu intermédio que se pode exercitar a soberania popular, configurada no direito ao sufrágio universal.

Desse modo, sendo o voto obrigatório para os brasileiros maiores de 18 anos – artigo 14 da Constituição, ressalvada a facultatividade de que cuida o inciso II do § 1º desse dispositivo, não há como se entender como recepcionado preceito de lei, mesmo de índole complementar à Constituição, que imponha restrição ao que a norma superior hierárquica não estabeleceu.

Vedado, portanto, impor qualquer empecilho ao alistamento eleitoral que não esteja previsto na Lei Maior, por caracterizar restrição indevida a direito político, há que se afirmar a alistabilidade de brasileiro na circunstância apontada.

No que diz com o indígena, em situação similar, ou seja, de ausência de habilidade para expressar-se na língua portuguesa, parece-nos que a solução haverá de ser a mesma, dado que a Constituição da República conclama todo brasileiro ao alistamento, observadas as ressalvas nela contidas, independente de: credo, ideologia, sexo ou etnia do possível alistando²⁴¹.

Em voto-Vista, manifestou-se o Ministro Carlos Ayres Britto:

De saída, pontuo que os direitos políticos são formas de densificação da cidadania e da soberania popular (incisos I e II do art. 1º da CF). Nessa medida, direitos fundamentais que demandam interpretação extensiva, e não restritiva.

Pois bem, compulsando as Constituições Brasileiras anteriores, percebo que o Código Eleitoral, datado de 1965, seguiu os moldes da Constituição de 1946, que vedava em seu artigo 132 o alistamento de eleitores sem condições de se exprimir na língua nacional. Tal restrição se manteve na vigência da Constituição de 1967 (com a Emenda nº 1/69), que expressamente reproduziu tal limitação em seus artigos 142 e 147.

A seu turno, a Carta Política de 1988 afastou essa restrição, e o fez intencionalmente. Vale dizer: ao suprimir a limitação de alistamento aos que não saibam se expressar na língua nacional, a Carta-cidadã

²³⁹ PA nº 19.840 (30219-462007.6.00.0000), AM, p. 4. Diário da Justiça Eletrônico de 20/08/2010, p. 115.

²⁴⁰ PA nº 19.840 (30219-462007.6.00.0000), AM, p. 4, Diário da Justiça Eletrônico de 20/08/2010, p. 115.

²⁴¹ PA nº 19.840 (30219-462007.6.00.0000), AM, p. 4, Diário da Justiça Eletrônico de 20/08/2010, p. 115.

ampliou o espectro da participação democrática, sem distinção de etnia ou de língua²⁴².

Veja-se que, com a atual Constituição de 1988, o princípio prevalecente é o da plenitude do gozo dos direitos políticos positivos, de votar e ser votado. A pertinência desses direitos ao indivíduo é o que o erige em cidadão.

Contudo, releva o fato de que, pelo menos, de julho de 1965, data de promulgação do Código Eleitoral Brasileiro, até as eleições de 2010, os povos indígenas estavam privados do exercício da soberania pelo sufrágio, pela simples razão de, não obstante terem nascido no Estado Brasileiro – o que os enquadra no art. 12, I, a da Constituição Federal, são brasileiros natos –, não falarem a língua oficial do país.

Na lição de Konrad Hesse, uma eleição somente é geral quando o círculo de pessoas com direito a votar compreende fundamentalmente todos os cidadãos; é inadmissível negar o direito a participar em eleições a determinadas camadas ou grupos²⁴³. Para ele, e com razão, o procedimento eleitoral por ser determinado pelos princípios da liberdade e igualdade: somente quando a eleição é livre, ela é capaz de proporcionar legitimidade democrática e, somente quando todos os membros do povo têm direito a votar em forma igual e cada voto tem o mesmo peso, existe igualdade de direito eleitoral como condição fundamental da democracia moderna, na qual não há mais escalonamento dos direitos políticos²⁴⁴.

Aliás, assinalou Ayres Britto, em voto-vista, no Processo Administrativo n. 19, acima mencionado:

[...] A democracia implica deslocamento topográfico: tirar o povo da platéia e o colocar no palco das decisões coletivas, lembrando ou tentando positivar o ideal Rousseauiano de todos decidindo sobre tudo. Rousseau chegou a preconizar que no futuro todos decidiriam sobre tudo; de fato, acertou, porque a democracia avança à medida que consagra o princípio da universalidade do voto. Todos que se encontram na mesma situação, ou seja, todos que sejam nacionais do Brasil, a partir de determinada idade, têm o direito de se alistar como eleitores²⁴⁵.

²⁴² PA nº 19.840 (30219-462007.6.00.0000), AM, pp. 11/12, Diário da Justiça Eletrônico de 20/08/2010, p. 115.

²⁴³ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. de Luís Afonso Heck. 20 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 127.

²⁴⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. p. 126.

²⁴⁵ PA nº 19.840 (30219-462007.6.00.0000), AM, p. 14, Diário da Justiça Eletrônico de 20/08/2010. p. 115.

Quanto à restrição ao sufrágio em razão do sexo, as mulheres somente obtiveram este direito, nos Estados Unidos, em 1920, com a 19ª Emenda²⁴⁶; no Brasil, em 1932, com o Código Eleitoral deste ano²⁴⁷.

O sufrágio classifica-se em suas formas também quanto à igualdade. O sufrágio igualitário significa que cada eleitor tem o mesmo peso político e a mesma influência no resultado do pleito, qualquer que seja seu papel na sociedade, sua instrução ou sua idade. Ou seja, no regime democrático, em que vigora o princípio da igualdade, significa atribuir a todos iguais pressupostos para ser eleitor e para elegibilidade.

Desigual é o sufrágio quando se outorga a determinados eleitores, por circunstância especial, o direito de votar mais de uma vez ou de dispor mais de um voto para prover um mesmo cargo.

O sufrágio universal, conquanto apresente alguns inconvenientes, bem como, imperfeições, é o único democrático.

Pois bem, enquanto o sufrágio é o direito de votar, o voto é um ato político pelo qual se materializa a vontade popular, vale dizer, coloca no plano prático o direito de sufrágio. É pelo voto que o cidadão emite sua opinião, escolhe seus representantes e exerce o poder estatal direta ou indiretamente na forma da Constituição.

O voto materializa o direito de sufrágio. É o instrumento de participação do cidadão na organização da vontade estatal. Embora não explícito no artigo 14 da Constituição Federal, que apenas o anuncia como sendo direto e secreto, com valor igual para todos, é evidente que o mesmo tem outra qualificação: há de ser livre.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, ao escrever sobre a natureza do voto, preleciona:

O voto é ato político que materializa, na prática, o direito público subjetivo de sufrágio. É o exercício deste, como dissemos. Mas sendo ato político, porque contém decisão de poder, nem por isso se lhe há de negar natureza jurídica. É ato também jurídico. Portanto, a ação de emití-lo é também um direito, e direito subjetivo. Não fosse assim, o

²⁴⁶ **The Constitution of the United States:**

Amendment XIX: The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex.

²⁴⁷ **Código Eleitoral da República dos Estados Unidos do Brasil**

Art. 2º É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste código.

direito de sufrágio, que se aplica pelo voto, seria puramente abstrato, sem sentido prático²⁴⁸.

É o voto, portanto, o instrumento pelo qual o cidadão exerce seu direito político, manifestando solenemente a sua opção, fazendo valer a sua vontade soberana.

Carlos Ayres Brito, levando em conta o teor do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, que afirma todo o poder emanar do povo, pondera:

Desse entendimento de que a soberania popular tem no voto uma de suas formas de manifestação, parte-se, obviamente, para a formulação do juízo elementar de que soberania vem do latim *super omnia* e significa estar acima de tudo, estar acima de todos. Logo o voto é expressão de uma vontade imperial do eleitor, no sentido de que há de ser livremente manifestada e integralmente respeitada [...]²⁴⁹.

Por outro lado, embora haja distinção entre os vocábulos sufrágio e voto, de nada adianta falar-se em direito de sufrágio se o seu exercício, que se materializa pelo voto, for considerado função ou dever que implique obrigação, pois o voto é um direito assegurado para o eleitor manifestar o seu desejo, a sua vontade política com absoluta liberdade. Portanto, voto além de ato político é também um direito do cidadão de participar da vida política do Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil impõe que voto seja direto e secreto, com valor igual para todos²⁵⁰.

Ser o voto direto impõe que o voto dado pelo eleitor seja conferido a determinado candidato ou a determinado partido, sem que haja mediação por uma instância intermediária ou por um colégio eleitoral. Trata-se do princípio da imediatidade do voto. O voto é indireto se o eleitor votar em pessoa incumbida de eleger os eventuais ocupantes dos cargos postulados.

Já a condição de ser o voto secreto, é uma garantia da liberdade deste. Afirma Gilmar Mendes: “O voto secreto é inseparável da ideia de voto livre”²⁵¹. A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do

²⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. p. 218.

²⁴⁹ BRITO, Carlos Ayres. O aproveitamento do voto em branco para o fim de determinação de quociente eleitoral: inconstitucionalidade. In: ROCHA, C. L. A.; VELLOSO, C. M. S. (Orgs) **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: DI Rey, 1996. p. 126.

²⁵⁰ **Constituição da República Federativa do Brasil**

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:

²⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 733.

eleitor. Liberdade que envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.

O caráter livre e secreto do voto impõe-se não apenas em face do Poder Público, mas também das pessoas privadas em geral. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar. A preservação desta liberdade, e do segredo do voto, 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.

A igualdade do voto significa não admitir este, qualquer tratamento discriminatório, seja quanto aos eleitores, seja quanto à própria eficácia de sua participação eleitoral. Abarca não só a igualdade de valor numérico, mas também a igualdade de valor quanto ao resultado.

A igualdade de valor quanto ao resultado associa-se ao sistema eleitoral adotado, se majoritário ou proporcional, à admissão ou não de cláusula de desempenho ou de barreira, para as agremiações partidárias, e à solução que se adote para as sobras ou restos, no caso de eleição proporcional. Esta igualdade é observada se cada voto é contemplado na distribuição dos mandatos.

Ademais, o sistema democrático impõe o voto periódico; exigência que constitui cláusula pétrea, o que traz consigo a idéia de renovação dos cargos eletivos e da temporariedade dos mandatos²⁵².

Como registrado linhas atrás, a igualdade do voto quanto ao resultado depende em maior ou menor grau do sistema eleitoral adotado. De qualquer sorte, em geral, os modelos de sistemas eleitorais apresentam maior ou menor restrição ao princípio da igualdade do voto quanto ao resultado. Daí a importância do próximo tópico.

3.2 SISTEMAS ELEITORAIS

Sistemas eleitorais, conceitua-o José Jairo Gomes, “é o conjunto complexo de procedimentos empregados na realização das eleições, ensejando a

²⁵² **Constituição da República Federativa do Brasil:**

Art. 60. [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir
II – o voto direto, secreto, universal e periódico.

representação do povo no poder”²⁵³. Marcos Ramayana, por sua vez, o define como “o conjunto de técnicas legais que objetiva organizar a representação popular, com base nas circunscrições eleitorais”²⁵⁴.

Ensina Paulo Bonavides que: “O sistema eleitoral adotado num país pode exercer – e em verdade exerce – considerável influxo sobre a forma de governo, a organização partidária e a estrutura parlamentar, refletindo até certo ponto a índole das instituições e a orientação política do regime”²⁵⁵.

Gomes Canotilho observa que a discussão do sistema eleitoral a ser adotado, centra-se em suas vantagens e desvantagens, considerando-se, muitas vezes, que a escolha de um deles traz subjacente a opção por diferentes concepções de democracia²⁵⁶.

De fato, a procura de meios eficazes para assegurar a autenticidade eleitoral e a necessidade de atender às características de cada colégio eleitoral têm determinado uma grande variedade de sistemas eleitorais. E a par desses fatores positivos de influência há também fatores negativos, que concorrem para a introdução de inovações visando a adaptar os sistemas às conveniências do regime dominante.

De tudo isso resulta a impossibilidade de um rigoroso enquadramento dos sistemas eleitorais, em razão de em todos eles encontrarem-se peculiaridades que são causa e consequência de importantes e variados fenômenos políticos.

Portanto, percebe-se os sistemas eleitorais como mutáveis, variando no tempo e no espaço. A forma que assumem concretamente em determinada sociedade decorre da atuação, da interação e dos conflitos travados entre as diversas forças político-sociais ao longo da história.

Não obstante, diz Dalmo Dallari, é possível se indicar em termos bem gerais as espécies de sistemas, analisando-se as características gerais de cada um²⁵⁷. O Direito Eleitoral conhece três espécies de sistemas eleitorais

²⁵³ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. p. 99.

²⁵⁴ RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 124.

A circunscrição é a divisão territorial em que se leva em conta a realização do pleito. Nas eleições municipais, cada município constitui uma circunscrição. Nas eleições gerais (Governador, Senador e Deputado), a circunscrição é o Estado da Federação. Já para as eleições presidenciais, a circunscrição é o território nacional.

²⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 247.

²⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. pp. 436/437.

²⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 191.

tradicionais: o majoritário, o proporcional e o misto. Como registrado antes, a adoção de um ou outro tipo depende das circunstâncias históricas de cada sociedade.

No Brasil, para as eleições de presidente e vice-presidente da República, para governadores e vice-governadores de Estado e do Distrito Federal, prefeitos e vice-prefeitos, bem como, para o Senado Federal, adotou-se o sistema eleitoral majoritário, é o que se abstrai da literalidade dos art. 77, § 2º, 28 e 32, § 2º da Constituição Federal, e do art. 83 do Código Eleitoral, *in verbis*:

Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

§ 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e nulos.

Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de 4 (quatro) anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77.

Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 2º A eleição de Governador e Vice-Governador, observadas as regras do art. 77, e dos Deputados Distritais coincidirá com a dos Governadores e Deputados Estaduais, para mandato de igual duração.

Código Eleitoral:

Art. 83. Na eleição direta para o Senado Federal, para Prefeito e Vice-Prefeito, adotar-se-á o princípio majoritário.

De igual modo, explicitou o legislador ordinário, a adoção do sistema proporcional para as eleições de deputados federais, deputados estaduais e distritais, e de vereadores. É o que consta do artigo 84 do Código Eleitoral.

Código Eleitoral:

Art. 84. A eleição para a Câmara dos Deputados, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, obedecerá ao princípio da representação proporcional na forma desta Lei.

Pois bem, pelo sistema majoritário, o candidato que receber a maioria – absoluta ou relativa – dos votos válidos é considerado vencedor do certame. Como se percebe, este sistema funda-se no princípio da representação da maioria em cada circunscrição.

Compreende o sistema majoritário duas espécies. Uma, denominada simples ou de turno único, em que se considera eleito o candidato

que obtiver o maior número de votos entre os participantes do pleito, não importando se a maioria alcançada é relativa ou absoluta, como ocorre nas eleições para Senador da República e, ainda, nas eleições para prefeito em municípios com menos de duzentos mil eleitores – CF, art. 29, II²⁵⁸; outra chamada de sistema majoritário de dois turnos, em que o candidato só é considerado eleito no primeiro turno se obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os brancos e nulos. Caso contrário, faz-se nova eleição.

Na observação de Paulo Bonavides o sistema majoritário apresenta como vantagens permitir a construção de um governo estável, uma vez que evita a pulverização partidária; favorecer a função democrática, quando faz emergir com nitidez das eleições um partido vitorioso apto a governar pela maioria parlamentar de que dispõe; aproximar o eleitor do candidato e, colocar o representante numa dependência maior do eleitor do que do partido²⁵⁹.

Hamilton Pontes indica como principal mérito do sistema majoritário sua simplicidade, conduzindo a governos estáveis, orientando a atuação governamental para o cumprimento do programa proposto; e, como defeito, o fato do referido método não espelhar a vontade do eleitorado, já que alguns segmentos da sociedade acabam sem representantes²⁶⁰.

Acresce ainda Gomes Canotilho como vantagem do sistema majoritário o robustecimento da oposição, pois este sistema possibilita uma clara separação entre governo e oposição, fortalecendo aquele e esta, sem necessidade de recurso a frágeis coligações²⁶¹.

Já o sistema proporcional foi concebido para refletir os diversos pensamentos e tendências existentes no meio social. Visando distribuir entre as múltiplas entidades políticas as vagas das Casas Legislativas, tornando equânime a disputa pelo poder e, principalmente, ensejando a representação de grupos minoritários.

²⁵⁸ **Constituição da República Federativa do Brasil:**

Art. 29 [...]

II – eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77 no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores.

²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 248.

²⁶⁰ PONTES, Hamilton Valvo Cordeiro. Sistemas eleitorais em vigor na América do Sul. In LEMBO, Claudio; S. CAGGIANO, Monica Herman. **O voto nas Américas**. Barueri, SP: Minha Editora, 2008. p. 135.

²⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 438.

Por isso, leciona José Jairo Gomes, o voto no sistema proporcional tem caráter dúplice ou binário, de modo que votar no candidato significa igualmente votar no partido; sendo possível, também, votar tão-só na agremiação²⁶².

Portanto, tal sistema não considera somente o número de votos atribuídos ao candidato, como no majoritário, mas sobretudo os endereçados à agremiação, com vistas a assegurar a presença no Parlamento do maior número de grupos e correntes que integram o eleitorado.

Nos termos de José Jairo Gomes, prestigia-se a minoria, objetiva-se fazer da Casa Legislativa um espelho tão fiel quanto possível do colorido partidário nacional²⁶³. Percebe-se, assim, que o ideal é que haja um ótimo grau de correspondência entre as preferências manifestadas nas urnas pelos eleitores e a distribuição de poder entre as diversas agremiações políticas. Nisso, aliás, consiste a ideia de representatividade.

No Brasil, o sistema proporcional foi implantado com o Código Eleitoral de 1932 – Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro do mesmo ano -, e mantido nos posteriores; o que, para José Jairo Gomes, não foi obra do acaso sua acolhida ocorrer logo após o vitorioso movimento revolucionário de 1930, que culminou com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, e nos albores da revolução constitucionalista de 1932.

Para Fábio Konder Comparato é preciso entender as razões que levaram à adoção desse sistema, logo após a Revolução de 30. Um dos objetivos desse movimento político consistia em demolir a monocracia dos partidos republicanos em cada Estado da Federação. Para tanto, pareceu indispensável criar um sistema partidário duplamente fraco: pela ampla liberdade de criação de partidos e pela introdução do voto em candidatos individuais e não no partido²⁶⁴.

Paulo Bonavides o entende, sob certo aspecto, como um sistema que proporciona ao eleitor sentir a força do voto e saber de antemão de sua eficácia, porquanto toda a vontade do eleitorado se faz representar proporcionalmente ao número de sufrágios²⁶⁵.

²⁶² GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. pp. 100/101.

²⁶³ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. p. 101.

²⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A necessária reformulação do sistema eleitoral brasileiro. In VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia (Coord.). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 65.

²⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 250.

O sistema proporcional, afirma o Professor cearense acima referido, tem como efeito positivo conferir às minorias igual ensejo de representação de acordo com sua força quantitativa, sendo este aspecto alto penhor de proteção e defesa dos grupos minoritários, cuja representação fica desatendida pelo sistema majoritário²⁶⁶.

Sendo por sua natureza sistema aberto e flexível, favorece grandemente a fundação de novos partidos políticos, acentuando desse modo o pluralismo político da democracia partidária. Com isto, aumenta a influência dos partidos na escolha dos candidatos.

Ainda com Paulo Bonavides, o sistema proporcional permite de modo adequado a representação dos grupos de interesse e oferece um quadro político mais autêntico e mais compatível com a realidade contida no pluralismo democrático da sociedade ocidental de nosso tempo²⁶⁷.

Gomes Canotilho aponta também, como vantagem do sistema proporcional permitir este,

A representação de todos os grupos sociais em virtude de a representação no parlamento dever ser “um espelho da sociedade política”; ora só o sistema proporcional, em ligação com a estrutura partidária, possibilita a “reprodução”, no órgão representativo, dos mais importantes grupos sociais e políticos.

O modelo consensual assente no voto proporcional é mais adaptado às sociedades plurais. A representação proporcional assenta numa regra que se pode resumir facilmente “a cada um o que lhe é devido”, ou seja, a percentagem de mandatos deve ser idêntica à percentagem de votos²⁶⁸.

Por outro lado, a multiplicidade de partidos políticos que surgem em decorrência da facilidade de sua criação no sistema proporcional, funciona, também, como um inconveniente, levando a uma fraqueza e instabilidade dos governos. A representação proporcional ameaça de esfacelamento e desintegração o sistema partidário ou enseja uniões esdrúxulas de partidos.

Essas uniões arrefecem no eleitorado o sentimento de confiança na legitimidade da representação, burlada pelas alianças e coligações de partidos, cujos programas não raro brigam ideologicamente²⁶⁹.

²⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 251.

²⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 251.

²⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. pp. 438/439.

²⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 252.

Outro grave problema do sistema proporcional é apontado por Alexandre Rollo, em análise que faz do parágrafo primeiro do artigo 45 da Constituição da República Federativa do Brasil, que assim dispõe:

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

A gravidade do problema, diz Alexandre Rollo, está em que para países com disparidades regionais em termos de densidade populacional como o Brasil, nem sempre a proporcionalidade é tão “proporcional” assim²⁷⁰.

Essa regra, leciona José Afonso da Silva, é fonte de grave distorções do sistema de representação proporcional nele mesmo previsto para as eleições de deputados federais, porque, com a fixação de um número mínimo de 8 deputados e o máximo de 70, não se encontrará meio de fazer uma proporção que atenda ao princípio do voto com valor igual para todos, consubstanciado no art. 14, que é aplicação particular do princípio democrático da igualdade de direitos de todos perante a lei²⁷¹.

De fato. Se por um lado a equação do número de representantes para o número de representados visa a amenizar as disparidades por meio de mecanismos que estipulem um mínimo e um máximo de representantes por circunscrição eleitoral, com a finalidade de garantir que a representação dos Estados com número menor de habitantes não seja prejudicada pela representação de Estados com maiores densidades populacionais, por outro, a desproporção que atualmente vigora no Brasil é tão grande que põe em xeque o próprio sistema dito proporcional.

Outro inconveniente do sistema proporcional é a possibilidade de eleição de pessoas que tenham obtido um número reduzido de votos em

²⁷⁰ ROLLO, Alexandre Luís Mendonça. As eleições proporcionais – voto em lista aberta e voto em lista fechada. In ROLLO, Alberto (Org.). **Reforma política: uma visão prática**. São Paulo: Iglu, 2007. p. 76.

²⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. p. 391.

detrimento de outras com votação muito mais expressiva. Isto porque, diferentemente do sistema majoritário, que, como já se viu, considera-se eleito o candidato que obtém o maior número de votos, neste sistema proporcional, além dos votos obtidos pelo candidato, também é muito importante o número de votos obtidos pelo partido ou coligação ao qual se vincula o candidato.

Observe-se que não basta o desempenho individual do candidato se o seu partido ou coligação não obteve votos suficientes para atingir o chamado quociente eleitoral. É o que se conclui da leitura do artigo 108 do Código Eleitoral, assim redigido: “Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido”.

Quociente eleitoral, esclarece Alexandre Rollo, é uma quantidade de votos que se obtém após serem divididos os votos válidos pelo número de cadeiras em disputa na Câmara dos Deputados, nas Assembléias legislativas ou nas Câmaras Municipais, desprezadas a fração igual ou inferior a meio e arredondando-se para um se superior a meio²⁷².

Pois bem, essa grave distorção que o sistema proporcional provoca na formação das casas legislativas, permitindo a possibilidade de eleição de quem sequer foi votado, tem levado a alguns doutrinadores a decretarem a morte da democracia representativa²⁷³.

De qualquer modo, a questão agrava-se mais ainda, quando se constata que o ordenamento jurídico não prevê qualquer mecanismo que possibilite ao eleitor, em quem reside a soberania, revogar o mandato outorgado ao seu representante.

Para Orides Mezzaroba, levando-se em consideração a função representativa e o papel dos representantes, podem ser identificadas três formas distintas para tratar teoricamente a questão da representação política: 1) a que associa o significado da representação à ideia de autoridade ou delegação; 2) a que trata a questão da representação política a partir da própria atividade de

²⁷² ROLLO, Alexandre Luís Mendonça. **As eleições proporcionais – voto em lista aberta e voto em lista fechada**. p. 80.

²⁷³ AMARAL, Roberto. **A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa**. p. 19.

representar como relação de confiança; e 3) a que estabelece o significado da representação como reflexo de alguma coisa de alguém²⁷⁴.

Leciona o autor supra sobre o modelo de representação vinculada a ideia de autoridade:

O ato de representar está ligado ao poder de agir em lugar de outrem. A autoridade surge com a concessão de direitos de alguém, para que outra pessoa possa agir em seu nome. Nesse modelo, em tese, os representados respaldam as ações dos seus representantes pelo processo eleitoral. A função do representante é funcionar como transmissor da vontade de seus representados. As posições assumidas pelos representantes que não encontrem respaldo em seus representados ficam sem qualquer efeito²⁷⁵.

Um dos primeiros pensadores a vincular a concepção de representação ao conceito de autoridade foi Thomas Hobbes, para quem se compreende por autoridade sempre o direito de praticar qualquer ação, e, feito por autoridade, significa sempre por comissão ou licença daquele a quem pertence o direito²⁷⁶.

Esclarece Orides Mezzaroba, contudo, que a concepção hobbesiana, que faz do soberano um representante de seus súditos, não implica absolutamente afirmar que o primeiro não lhes deva satisfação e possa fazer o que bem entender, mas apenas que a autorização dada pelos representados para que o soberano assuma sua posição de representante não comporta reclamação de seus súditos no caso de conduta divergente da vontade destes últimos²⁷⁷.

Para Rousseau, por outro lado, a vontade popular no sistema representativo, que ele denominou de vontade geral, não encontrou seu verdadeiro sentido. Para ele, “a soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade geral não se representa: ou é a mesma, ou é outra – não existe meio-termo”²⁷⁸.

Observe-se que, para o pensador francês, a vontade geral é soberana e, como tal, é inalienável, indivisível, infalível e absoluta. Chama atenção o que o mesmo diz sobre os deputados do povo: “não são, pois, nem podem ser os seus representantes; são simplesmente comissários, e nada podem

²⁷⁴ MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 57.

²⁷⁵ MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 58.

²⁷⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. p. 135.

²⁷⁷ MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 25.

concluir definitivamente. Toda e qualquer lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei”²⁷⁹.

Coube a Edmund Burke fazer a defesa do modelo de representação como relação de confiança ou fiduciária, em seu discurso pronunciado aos eleitores de Bristol²⁸⁰.

Nesse modelo de representação fiduciária, no momento da escolha, o representado deposita toda a sua confiança no representante escolhido. Isto equivale a dizer que, na hora de votar, o eleitor já sabe que está transferindo ao seu representante o poder para que ele possa decidir e legislar sobre condutas gerais. Os eleitos passam a representar não apenas os seus eleitores, como também, virtualmente, toda a Nação, gozando de autonomia para tomar todas as decisões conforme o seu livre arbítrio²⁸¹.

Fica claro que, no modelo de representação como relação de confiança inexistente obrigatoriedade de consulta sobre a vontade dos eleitores pelos representantes destes.

Doutra banda, o modelo de representação como reflexo de alguém ou de alguma coisa, busca analisar, precisamente, a função do representante, numa sociedade em que a representação de interesses sociais e econômicos são essenciais para o seu funcionamento.

segundo Orides Mezzaroba, esse modelo de representação, também conhecido como espelho, parte do princípio de que se representar é tornar presente alguma coisa que de fato não está presente, representar significa espelhar de algum modo o ausente²⁸².

Esse modelo logrou possibilitar alterações profundas nos órgãos representativos. A partir de então, a representação política passaria a ser encarada não mais como aquela definida por Rousseau – delegação – ou Burke – relação de confiança –, mas, sim, como reflexo de toda realidade social.

A partir desta discussão, do âmbito de atuação da atividade representativa diante das vontades, desejos, aspirações e valores dos representados, chega-se à clássica discussão entre pelo menos três diferentes modelos de mandatos: o mandato imperativo ou representação delegada –

²⁷⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 114.

²⁷⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 114.

²⁸⁰ MEZZAROB, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 61.

²⁸¹ MEZZAROB, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 62.

vinculada ao eleitor; o mandato representativo ou representação virtual – livre; e, mandato partidário – vinculado ao partido.

No mandato imperativo ou representação delegada, todos os atos dos representantes estão sujeitos à aprovação prévia dos representados. O representante desempenha o limitado papel de sucedâneo imediato do representado, estabelecendo com este uma relação de estrita confiança. A partir desse modelo mandatício, a existência da representação está condicionada ao seu próprio exercício enquanto vontade efetiva dos representados²⁸³.

Acerca do mandato imperativo, diz Paulo Bonavides, sujeita os atos do mandatário à vontade do mandante, transformando-o em simples depositário da confiança do eleitor, o que, juridicamente, equivale a um acordo de vontades ou a um contrato entre o eleito e o eleitor; e, politicamente, ao reconhecimento da supremacia permanente do corpo eleitoral²⁸⁴.

Na precisa observação de Orides Mezzaroba, o mandato imperativo parte do pressuposto teórico de que a Soberania está pulverizada em cada indivíduo que compõe a Sociedade. Assim, cada cidadão, titular de uma parcela da Soberania, exerce o seu direito, influenciando nas eleições e escolhendo o seu representante²⁸⁵.

Interessantes exemplos deste modelo de mandato traz Darcy Azambuja, ao lembrar que em certos cantões suíços, onde a democracia direta funciona ainda aparentemente, é admitida a revogação do mandato, mas, na legislação federal helvética, essa prática nunca foi admitida. Entre nós, isto é, no Brasil, a Constituição do Rio Grande do Sul, de 14 de julho de 1891, admitia revogação do mandato de deputado à Assembléia dos Representantes e dos Intendentes Municipais²⁸⁶.

A conclusão, portanto, é que, neste modelo de mandato, no desempenho de sua função de mandatário, o eleito fica totalmente vinculado aos interesses do eleitor, devendo cumprir fielmente a sua missão, sob o risco de ter o seu mandato revogado.

Já registrado anteriormente, as primeiras manifestações contrárias ao mandato imperativo e que, com o tempo viriam a fundamentar a doutrina do

²⁸² MEZZAROBÁ, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 64.

²⁸³ MEZZAROBÁ, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 71.

²⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 262.

²⁸⁵ MEZZAROBÁ, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. pp. 72/73.

mandato representativo, foram expostas na Inglaterra por Edmund Burke, em três de novembro de 1774, em seu conhecido discurso aos eleitores de Bristol.

Esclarece Orides Mezzaroba que, nesse discurso a tese fundamental defendida por Burke era a de que, muito embora a vontade dos representados devesse ser respeitada e considerada, não caberia aos representantes sujeitarem-se única e exclusivamente às suas instruções imperativas²⁸⁷.

Nada obstante, leciona o autor supra, coube à Constituição Francesa de 1791 o primeiro reconhecimento formal do mandato representativo. Os representantes eleitos pelos Departamentos não o seriam mais de nenhum departamento em particular, mas de toda a Nação, e não lhes sendo conferido nenhum mandato; entendendo-se, aqui, por mandato, qualquer orientação, ordem ou instrução imperativa dos eleitores²⁸⁸.

Note-se que este modelo representativo de mandato pressupõe o deslocamento da soberania nacional para o órgão representativo, assim que decorridas as eleições. Nessa perspectiva, muito embora as opiniões dos representados devam ser levadas em consideração e respeitadas, os representantes estão desobrigados de cumprir à risca as instruções daqueles.

Acrescenta Orides Mezzaroba:

Na sua função de representar e expressar a vontade da Nação, os representantes são invioláveis no exercício de suas prerrogativas soberanas como legisladores e por serem titulares de um mandato não ficam presos às limitações ou dependência de nenhum colégio eleitoral ou circunscrição territorial²⁸⁹.

Deste modo, o mandato representativo passa a funcionar conforme o princípio da substituição política, desvinculado de qualquer obrigação contratual de Direito Privado. Com isso, o mandato representativo acaba transpondo a perspectiva dogmática e contratualista do Direito Privado, que somente regulariza as relações entre mandante e mandatário²⁹⁰.

Contudo, a despeito de constituir o mandato representativo o modelo típico de representação política nas democracias-representativas, no final do século XIX e início do século XX, a Democracia Representativa passa a ser

²⁸⁶ AZAMBUJA, Darcy, **Teoria Geral do Estado**. 36 ed. São Paulo: Globo, 1997. p. 269.

²⁸⁷ MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 75.

²⁸⁸ MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 75.

²⁸⁹ MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 77.

²⁹⁰ MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 76.

objeto de fortes críticas, uma vez que não possibilita o real controle dos representados sobre as decisões de governo e de não estabelecer quaisquer mecanismos jurídicos de controle ou prestação de contas aos seus eleitores.

Na busca por uma democracia mais autêntica, em condições de substituir o modelo de representação política instituído pela Revolução Francesa, defende, entre nós, Orides Mezzaroba, com fundamento em Hans Kelsen, a formação de um modelo denominado de Democracia de Partidos²⁹¹.

Neste modelo, o partido político passaria a ter a função de agrupar as vontades individuais coincidentes e interpô-las, de forma conjunta, na esfera estatal. Portanto a organização partidária nasceria de um processo sociopolítico que envolveria um conjunto de pessoas com afinidades ideológicas e com um projeto definido de ação e governo²⁹².

Tal modelo permitiria ao povo se autogovernar, ainda que indiretamente, por ser ele o responsável pela fixação das diretrizes governamentais e não mais os representantes eleitos os quais, em seu nome e lugar, tomavam as decisões políticas.

Nesse novo modelo, acresce o autor acima mencionado, os verdadeiros candidatos passariam a ser os partidos com seus programas e não os indivíduos que postulam cargos eletivos. A imperatividade decorreria da fidelidade partidária. Vale dizer que os mandatos pertenceriam ao partido político, e os titulares deveriam obedecer à disciplina deste, sob pena de serem destituídos ou substituídos. O representante ocuparia uma espécie de função partidária comissionada, convertido em um elo da organização e não mais no seu centro²⁹³.

Pois bem, tratados os sistemas eleitorais majoritário e proporcional, ora de se examinar o sistema eleitoral misto.

Para João Carvalho, trata-se de sistema que prevê que um certo número de vagas será preenchida pelo sistema distrital, e as demais de uma forma que prestigie a proporcionalidade das votações recebidas pelos partidos²⁹⁴.

É forma de sistema que garante maior representatividade aos candidatos regionais. Todas as regiões estariam representadas nos parlamentos

²⁹¹ MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. pp. 77/78.

²⁹² MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 78.

²⁹³ MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. p. 78.

federal e estaduais. É considerado misto o sistema eleitoral que utiliza, simultaneamente, dois modelos de representação (proporcional e majoritário) para o mesmo cargo eletivo²⁹⁵.

De um modo geral, o sistema misto é dividido em dois tipos, de acordo com o papel desempenhado pelas cadeiras proporcionais: o primeiro, denominado de combinação, em que as cadeiras eleitas pelo sistema proporcional são independentes das eleitas pelo sistema majoritário; o segundo, chamado de sistema de correção, no qual as cadeiras proporcionais são distribuídas com o objetivo de corrigir as distorções geradas pela parte majoritária²⁹⁶.

João Carvalho apresenta como vantagens deste sistema, a proximidade entre eleitor e eleito – sendo que ocorreria uma drástica redução do colégio eleitoral perante o qual cada candidato se apresentaria a pedir votos, divulgando projetos e ideias. Se eleito esse político manteria a vinculação com a população que o elegeu, pois logo novamente se apresentaria aos mesmos reduzidos eleitores para pleitear sua recondução ao cargo, e então teria de prestar contas de seus atos no exercício do mandato eletivo.

De igual modo, ocorreria o barateamento da campanha eleitoral, uma vez que a propaganda eleitoral seria direcionada a um número menor de eleitores, em um distrito específico.

Dar-se-ia, também, uma diminuição do número de partidos políticos. Posto que, de modo natural, o sistema misto cria uma cláusula de barreira, só os partidos que atingirem uma determinada percentagem de votos logram obter cadeiras nas casas legislativas.

E, ainda, a garantia de representação parlamentar para todas as regiões geográficas. Com a divisão do território em distritos, todas as regiões geográficas têm garantido o direito de eleger um parlamentar²⁹⁷.

As principais desvantagens, anota-as Cláudia Ajaj, revelam-se na complexidade do processo eleitoral, pois envolve muitos detalhes, tornando difícil sua compreensão pelos eleitores; bem como, o perigo de se criar representantes

²⁹⁴ CARVALHO, João Fernando Lopes de. Voto distrital. In ROLLO, Alberto (org.). **Reforma política: uma visão prática**. São Paulo: Iglu, 2007, p. 96.

²⁹⁵ AJAJ, Cláudia. Voto distrital misto – um mito. In LEMBO, Cláudia; CAGGIANO, Monica Herman S. **O voto nas Américas**. Barueri, São Paulo: Minha Editora, 2008, pp. 60/61.

²⁹⁶ AJAJ, Cláudia. **Voto distrital misto – um mito**. p. 61.

²⁹⁷ CARVALHO, João Fernando Lopes de. **Voto distrital**. p. 98.

com *status* diferenciados, pois, enquanto os parlamentares eleitos pela parte majoritária submetem-se ao confronto eleitoral direto com outros candidatos, cultivando laços mais fortes com o seu distrito, o parlamentar da parte proporcional elege-se por meio de lista, não tendo influência direta dos votos individuais, razão pela qual o fortalecimento de suas relações será com o partido²⁹⁸.

Ao seu turno, Paulo Bonavides não poupa críticas ao voto distrital, para quem o mesmo tem natureza antiminoritária e flagrantemente infensa às teses democráticas mais amplas, que se prendem indissolúvelmente à participação proporcional e representativa de todas as camadas eleitorais, constitutivas do povo politicamente organizado e governante²⁹⁹.

Outra deficiência do sistema misto, anota aquele autor, diz respeito aos partidos políticos que estão nascendo; estes poderão ser enfraquecidos por efeito do voto distrital, cuja tendência é sempre prender o eleitor à personalidade ou carisma do candidato, de preferência a uma obediência às ideias contidas no programa partidário, que assim se converte numa expressão morta de anseios teóricos, de sinceridade duvidosa³⁰⁰.

E, prossegue Paulo Bonavides em sua crítica ao sistema misto, o mandato representativo se debilita, ocorrendo de fato um mandato imperativo, com este, o partido sempre perde ou se enfraquece. O coronelismo estadual dos chefes partidários se desdobrará provavelmente no coronelismo das oligarquias municipais, cuja influência, bafejada pelo poder central, seria manifestamente imbatível, pela facilidade que teriam os órgãos centrais do poder de exercitar, na diminuta faixa da circunscrição eleitoral, a pressão concentrada do poder oficial³⁰¹.

João Carvalho indica como reflexos negativos decorrentes da implantação do sistema misto³⁰²:

a) distorções da representação em relação à votação – neste sistema, apenas os partidos vencedores obtêm representação, ficando os partidos minoritários sem garantia de eleição de representante algum. E, dentre os partidos vencedores, a distribuição de vagas não se dará, necessariamente, de acordo com a votação total recebida pelos

²⁹⁸ AJAJ, Cláudia. **Voto distrital misto – um mito**. p. 62.

²⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. p. 196.

³⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. p. 197.

³⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. p. 197.

³⁰² CARVALHO, João Fernando Lopes de. **Voto distrital**. pp. 106/112.

partidos, mas sim em conformidade com o número de distritos em que ocorreu vitória eleitoral de cada agremiação;

b) desenvolvimento do debate eleitoral sobre questões locais – a disputa eleitoral é centrada no convencimento dos eleitores de determinado distrito, com tendência de que sejam discutidos temas relacionados com os interesses locais da comunidade, desprezando-se temas de maior abrangência, ou de repercussão nacional. Temas como política macroeconômica, reformas estruturais, projetos de lei de interesse geral ou política externa, por exemplo, deixariam de ocupar o centro das atenções;

c) dificuldades para a eleição de políticos renomados – a realidade atual das campanhas dos parlamentares, espalhadas por centenas de municípios, seria radicalmente alterada; e,

d) dificuldades para a implantação do sistema no Brasil – a eventual implantação deste sistema no Brasil requereria uma grande mudança de paradigmas em relação aos critérios de escolha dos partidos e candidatos para ocupar os cargos de representação política. Em poucas palavras: perderiam espaço os líderes e partidos nacionais, ganhariam espaço os locais. De outro lado, apenas os partidos majoritários teriam representantes eleitos, que poderiam conseguir maiorias parlamentares mesmo sem obter a maioria dos votos populares.

Discorrido sobre os prós e os contras do sistema eleitoral misto, aqui e agora, porém, o que nos há de preocupar é o voto, instrumento fundamental do exercício da soberania, na forma como abordada no presente trabalho. Este o próximo ponto.

3.3 VOTO E SOBERANIA POPULAR

Nos primeiros dias de janeiro de 1789, cerca de seis meses antes da Revolução Francesa, Emmanuel Joseph de Sieyès (abade de Sieyès), lança seu livro *“Qu’est-ce que le Tiers État?”* – “O que é o Terceiro Estado” -, que teria enorme influência no processo da revolução.

Questão fundamental tratada no livro acima, diz respeito ao voto. Pedia o Terceiro Estado³⁰³ “Que os Estados Gerais votem não por ordens mas por cabeças³⁰⁴”.

Na defesa que faz da necessidade da votação se dar por cabeça, não por ordens, preconiza Sieyès:

A partir do instante em que um cidadão adquire privilégios contrários ao direito comum, já não faz mais parte da ordem comum. Seu novo interesse se opõe ao interesse geral. Ele não pode votar pelo povo.

O Terceiro Estado pede, pois, que os votos sejam emitidos “por cabeça” e não por ordem”. Estas reclamações se resumem a isso.

É certo que não votando por cabeças, a gente se expõe a desconhecer a verdadeira maioria, o que seria o pior dos

³⁰³ A França à época era composta por três Estados, o Primeiro Estado e o Segundo Estado compostos pela nobreza e pelo clero e, o Terceiro Estado formado pela burguesia e pelo povo.

³⁰⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu’est-ce que le tiers état?**. p. 25.

inconvenientes, porque a lei seria radicalmente nula. Estas verdades são incontestáveis³⁰⁵.

Em 17 de maio de 1957, a Associação Nacional pelo Avanço do Povo Negro (*National Association for the Advancement of the Colored People – NACCP*), organizou a Peregrinação pela Liberdade no Lincoln Memorial para comemorar o terceiro aniversário da histórica decisão da Suprema Corte que derrubara a política de segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos da América³⁰⁶.

Walter E. Fauntroy, em apresentação que faz do discurso proferido por Luther King no encerramento da peregrinação acima referida, assim declara:

Luther King percebeu que, nos 11 estados sulistas, a segregação racial sancionada pelos estados transformara-se em política pública que negava, ruidosa e brutalmente, a milhões de cidadãos afro-americanos do Sul, o direito ao voto. Aqueles que efetivamente votavam viam suas convicções – de que todas as pessoas não são criadas iguais – traduzidas numa política pública que oferecia menos emprego, educação, saúde, moradia e justiça aos afro-americanos. Luther King apontou as cabinas eleitorais como o caminho para uma ação mais eficaz. Se formos às urnas para votar, disse ele, poderemos eleger pessoas que entendam as nossas convicções, criem políticas públicas e atuem de acordo com esse entendimento. O voto nos dá o poder para direcionar as ações naquelas cinco áreas essenciais à vida³⁰⁷.

E assim pronunciou-se Luther King, naquele momento:

[...] todos os métodos conspiratórios estão sendo utilizados para impedir que os negros se registrem eleitores. A negação desse direito sagrado é uma trágica traição aos mais altos princípios de nossa tradição democrática. E, assim, o nosso pedido ao presidente dos Estados Unidos e a cada membro do Congresso é que nos dêem o direito de votar.

Deixem-nos votar, e não mais importunaremos o governo federal para falar de nossos direitos básicos.

Deixem-nos votar, e não mais imploraremos ao governo federal pela promulgação de uma lei antilinchamento; com a força de nosso voto, inscreveremos essa lei nas leis do Sul e acabaremos com os atos covardes dos encapuzados que disseminam a violência.

Deixem-nos votar, e transformaremos as más ações visíveis de multidões sanguinárias na calculada boa ação de pacatos cidadãos.

Deixem-nos votar, e encheremos as assembleias legislativas com homens de boa vontade e enviaremos às câmaras sagradas do Congresso homens que, devotos do manifesto da justiça, jamais assinarão um “Manifesto Sulista”.

³⁰⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?**. pp. 10/27.

³⁰⁶ KING, Martin Luther. **Um apelo à consciência: os melhores discursos de Martin Luther King**. CARSON, Clayborne; SHEPARD, Kris (orgs.). Tradução de Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 47.

³⁰⁷ KING, Martin Luther. **Um apelo à consciência: os melhores discursos de Martin Luther King**. p. 47.

Deixem-nos votar, e colocaremos, nos tribunais do Sul, juízes que atuarão com justiça e amarão a misericórdia, e colocaremos, à frente dos estados sulistas, governadores que experimentaram não só a amargura dos homens, mas o ardor de Deus.
Deixem-nos votar, e implementaremos com calma e não-violência, sem rancor ou ressentimento, a decisão da Suprema Corte de 17 de maio de 1954³⁰⁸.

Os dois episódios acima narrados, isto é, a exigência de se garantir o direito de voto ao povo, feita por Emmanuel Sieyès em seu livro “O que é o Terceiro Estado”, bem como a defesa feita por Luther King em seu discurso, muito bem confirmam a crucial importância deste como instrumento de exercício da soberania pelo povo, e, ainda, sua fundamental eficácia para o estabelecimento da democracia.

Ensina José Jairo Gomes, que o vocábulo soberania designa o poder mais alto, o superpoder, o supremo poder. A soberania é, portanto, uma qualidade do poder. O poder é soberano quando não está sujeito a nenhum outro. Soberano é o poder supremo. Sem ele, não se concebe o Estado, que o enfeixa em nome de seu titular o povo³⁰⁹.

Deste modo, para aquele autor, a soberania popular se revela no poder incontestável de decidir. É ela que confere legitimidade ao exercício do poder estatal. Tal legitimidade só é alcançada pelo consenso expresso na escolha feita nas urnas³¹⁰.

Contudo, embora se trate de um superpoder, adverte aquele eleitoralista, soberania não significa arbítrio. O poder soberano deve ser democrático³¹¹.

A confirmar esta necessária complementaridade entre soberania e democracia, afirma Norberto Bobbio: “na democracia, os indivíduos, todos os indivíduos, detêm uma parte da soberania”³¹². Mas, para este jurista italiano, a democracia moderna repousa na soberania não do povo, mas dos cidadãos. O povo é uma abstração, que foi frequentemente utilizada para encobrir realidades muito diversas³¹³.

³⁰⁸ KING, Martin Luther. **Um apelo à consciência**: os melhores discursos de Martin Luther king. p. 49.

³⁰⁹ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral** p. 34.

³¹⁰ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral** p. 34.

³¹¹ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral** p. 34.

³¹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. P. 101.

³¹³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 119.

E continua Bobbio, povo é um conceito ambíguo, do qual se serviram também todas as ditaduras modernas. As decisões coletivas não são tomadas pelo povo, mas pelos indivíduos, muitos ou poucos, que o compõem. Numa democracia, quem toma as decisões coletivas, direta ou indiretamente, são sempre e apenas indivíduos singulares, no momento em que depositam seu voto na urna. Isso pode soar mal para quem só consegue pensar a sociedade como um organismo; mas, quer isso agrade ou não, a sociedade democrática não é um corpo orgânico, mas uma soma de indivíduos³¹⁴.

Numa democracia moderna, quem toma as decisões coletivas, direta ou indiretamente, são sempre e somente os cidadãos *uti singuli*, no momento em que depositam o seu voto na urna³¹⁵.

Nesse passo, o desenvolvimento da democracia do início do século passado a hoje, tem coincidido com a progressiva extensão dos direitos políticos, isto é, do direito de participar, ao menos com a eleição de representantes, da formação da vontade coletiva³¹⁶.

Porém, o processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos³¹⁷.

Em outras palavras e, de modo abreviado, é possível se dizer que, se hoje se deve falar de um desenvolvimento da democracia, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na substituição da democracia representativa pela democracia direta, mas na passagem da democracia na esfera política, isto é, na esfera em que o indivíduo é considerado como cidadão, para a democracia na esfera social, onde o indivíduo é considerado na multiplicidade de seus *status*³¹⁸.

Reconhece Bobbio que, uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a

³¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 102.

³¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 120.

³¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 145.

³¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 155.

³¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 156.

esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Portanto, uma coisa é a democracia da direção política, o que ocorreu com a instituição dos parlamentos, outra coisa é a democratização da sociedade³¹⁹.

Assim sendo, hoje, quem deseja ter um indicador do desenvolvimento democrático de um país deve considerar não mais o número de pessoas que têm direito de votar, mas o número de instâncias diversas daquelas tradicionalmente políticas nas quais se exerce o direito de voto. Em outros termos, quem deseja dar um juízo sobre o desenvolvimento da democracia num dado país deve pôr-se não mais a pergunta: “Quem vota?”, mas “Onde se vota?”³²⁰.

No Brasil, diz Leonardo Avritzer, a partir de meados dos anos 1970, começou o surgimento daquilo que se convencionou chamar de uma “sociedade civil autônoma e democrática”. E, no final dos anos 1980, durante o processo constituinte, uma série de formas híbridas de participação foram criadas. Conselhos de políticas com participação tanto da sociedade civil quanto do Estado foram criados nas áreas de saúde, assistência social, meio ambiente e criança e adolescente. Há hoje no Brasil mais de 10 mil conselhos e existem mais conselheiros do que vereadores no país³²¹.

Para o Professor de Minas Gerais, o crescimento das formas de organização da sociedade civil no Brasil foi um dos elementos mais importantes da democratização do país. A Constituição de 1988 abriu espaço, por meio de legislação específica, para práticas participativas nas áreas de política públicas, em particular na saúde, na assistência social, nas políticas urbanas e no meio ambiente³²².

Já registrado no presente trabalho, mas chama atenção o autor citado linhas atrás³²³: a Constituição Federal em seu artigo 14, incisos I, II e III, acerca dos direitos políticos, assegura que “[a] soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito; referendo [e] iniciativa popular.

³¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 156.

³²⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 157.

³²¹ AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e participação no Brasil democrático. In AVRITZER, Leonardo (org.). **Experiências nacionais de participação social**. São Paulo: Cortez, 2009. p. 28.

³²² AVRITZER, Leonardo. **Sociedade civil e participação no Brasil democrático**. p. 29.

³²³ AVRITZER, Leonardo. **Sociedade civil e participação no Brasil democrático**. p. 30.

No artigo 27, parágrafo 4º, a respeito dos Estados federados, estabelece que “[a] lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual”. No artigo 29, incisos XII e XIII, sobre os Municípios, ela dispõe que “[o] município reger-se-á por lei orgânica, [...] atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] cooperação das associações representativas no planejamento municipal [e] iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairro, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento de eleitorado.

Assim, o próprio processo constituinte se tornou a origem de um conjunto de instituições participativas que foram normatizadas nos anos 1990, tais como os conselhos de política e tutelares ou as formas de participação em nível local.

Seguindo, ainda, com Leonardo Avritzer, para ele, as instituições participativas que realmente influenciaram as políticas públicas no Brasil democrático são os conselhos de políticas e os orçamentos participativos³²⁴.

Conselhos, define ele, são instituições híbridas nas quais têm participação atores do Executivo e atores da sociedade civil relacionados com a área temática na qual o conselho atua. Orçamento participativo é uma forma de balancear a articulação entre representação e participação ampla da população por meio da cessão da soberania por aqueles que a detêm enquanto resultado de um processo eleitoral³²⁵.

Veja-se, que no caso do orçamento participativo, a soberania passa a ser partilhada com um conjunto de assembléias regionais e temáticas que o operam a partir de critérios de livre participação. Todos os cidadãos são tornados, automaticamente, membros das assembléias regionais e temáticas com igual poder de deliberação³²⁶.

De modo mais amplo ainda, encerro o presente capítulo com Fernando Dantas, para quem, a cidadania, tradicionalmente concebida como sinônimo de nacionalidade, decorrente do título legal concedido pelos Estados aos indivíduos que integram seu corpo social com igualdade, homogeneidade,

³²⁴ AVRITZER, Leonardo. **Sociedade civil e participação no Brasil democrático**. p. 34.

³²⁵ AVRITZER, Leonardo. **Sociedade civil e participação no Brasil democrático**. pp. 34/37.

³²⁶ AVRITZER, Leonardo. **Sociedade civil e participação no Brasil democrático**. p. 37.

identidade e aspirações comuns, reduzida ao espaço nacional, requer transformações no atual contexto mundial³²⁷.

Esse contexto, continua o Professor, é caracterizado externamente pela construção política de espaços transnacionais com evidente predomínio do interesse econômico e, no âmbito interno dos Estados, pela diversidade sociocultural e étnica historicamente invisibilizada pelo violento processo de homogeneização social e cultural. Pugnar por uma nova cidadania significa romper limites. Os clássicos limites conceituais à própria cidadania, ao Estado e ao direito³²⁸.

Bem, preparado está o caminho para o próximo capítulo, que tratará da “Discussão sobre a soberania popular e a superação da obrigatoriedade do voto”. É o voto um direito ou uma obrigação? Sendo um direito, como obrigar seu titular a exercitá-lo? Sendo ele um dos instrumentos do exercício da soberania, como obrigar o soberano a exercê-lo?

Todo o poder emana do povo. Este princípio constitucional da soberania popular não contrasta com a, também regra constitucional, da obrigatoriedade do voto? Não estaria esta regra superada e, portanto, não seria mais vinculativa, em face daquele princípio? Estas as questões que se buscará responder no capítulo seguinte.

³²⁷ DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. A “cidadania ativa” como novo conceito para reger as relações dialógicas entre as sociedades indígenas e o Estado multicultural brasileiro. In **Hiléia: Revista da Amazônia**. Ano 2. n. 2. Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas, 2004. p. 215.

³²⁸ DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **A “cidadania ativa” como novo conceito para reger as relações dialógicas entre as sociedades indígenas e o estado multicultural brasileiro**. p. 215.

CAPÍTULO 4

SOBERANIA POPULAR E A SUPERAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DO VOTO

4.1 VOTO COMO DIREITO OU DEVER E IMPERATIVO CATEGÓRICO

O presente capítulo cuidará primeiramente do voto, discutindo, especialmente, quanto a ser o mesmo um direito ou dever. Tal discussão é fundamental para o presente trabalho, uma vez que se pretende demonstrar que sendo o voto um direito através do qual o povo exerce a soberania, sua obrigatoriedade está superada, posto que ofensiva ao princípio maior da soberania popular.

Por esta razão, em segundo lugar se analisará a incompatibilidade entre soberania popular e voto obrigatório. Aqui se discutirá a suposta anomia entre as duas normas constitucionais, afirmando-se, por fim, a não-obrigatoriedade do voto.

O último item, que encerra o capítulo e a dissertação, buscará demonstrar que, de fato, o princípio da soberania popular levou à superação do voto obrigatório, devendo ser, este, um ato de cidadania política consciente.

A idéia de superação do voto obrigatório fundamenta-se na assertiva de que o povo é o titular da soberania, e o voto é o instrumento intangível de seu exercício, por meio do qual, em uma democracia representativa, são eleitos os mandatários.

Em um Estado Democrático de Direito, o regime democrático caracteriza-se não pelo comparecimento do maior número de eleitores às urnas por ser o voto uma obrigação jurídica que não exercida leva a uma punição, mas pela existência da liberdade para os cidadãos manifestarem sua vontade política de forma consciente e voluntária.

Trata-se de construir uma cidadania participativa, fundada, de fato, na soberania popular, o que justificaria uma alteração da Constituição Federal no que se refere à obrigatoriedade do voto.

Antes mesmo de pôr-se em questão o voto como direito ou dever, necessário se faz algumas considerações sobre a distinção entre direito - no sentido de faculdade, e, dever – no sentido de obrigação. Isto porque, pretende-se submeter tal discussão ao imperativo categórico de Immanuel Kant.

Leciona José Ferrater Mora que “dever” e “obrigação” são usados frequentemente como sinônimos. Alguém deve algo quando está obrigado a (fazer) algo. O que obriga pode ser uma lei, norma ou regra: uma série de prescrições correspondentes a cargo ou a um “ofício” (*officium* = “dever”); um compromisso assumido, etc³²⁹.

A noção geral de dever compreende todas as categorias de deveres e, por conseguinte, também o chamado dever moral. Segundo Kant, o dever – esse grande e sublime nome – é a forma da obrigação moral. A moralidade ocorre deste modo somente quando a ação é realizada por respeito ao dever e não apenas em cumprimento do dever. O dever é a necessidade de atuar por puro respeito à lei, a necessidade objetiva de atuar a partir da obrigação, ou seja, a matéria de obrigação³³⁰.

Alerta José Ferrater Mora que: “O termo obrigação é usado com freqüência, em ética, como sinônimo de dever. Em outros casos, usa-se obrigação como uma das características fundamentais – se não a característica fundamental – do dever. Supõe-se que o dever obriga, isto é, prende”³³¹.

Anota o filósofo espanhol, considerar-se, em suma, que os deveres são obrigatórios, isto é, que vinculam ou prendem a pessoa, no sentido de que ela é forçada (obrigada) a cumpri-los³³².

Para Alf Ross, o mais conveniente seria aplicar o termo dever a situações nas quais uma pessoa pode ser objeto de uma pena, ou condenada a realizar certo ato, ou ao pagamento de indenização por danos e prejuízos. A palavra dever pode ser substituída por prescrição ou por proibição. Afirmar que um ato está prescrito quer dizer que há o dever de realizá-lo; afirmar que um ato está proibido quer dizer que há o dever de não realizá-lo³³³.

³²⁹ MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 175.

³³⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 26.

³³¹ MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. p. 521.

³³² MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. p. 522.

³³³ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. 2 ed. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2007. pp. 193/194.

Direito, por sua vez, no sentido de faculdade, de direito subjetivo, ensina Alf Ross, designa aquele aspecto de uma situação jurídica que é vantajoso a uma pessoa, significando assim que a situação jurídica é contemplada a partir da perspectiva da pessoa a que favorece. Em outras palavras, o titular do direito tem um poder absoluto de conservar – ou abandonar – sua posição vantajosa de gozo passivo. Caracteriza-se por um poder exclusivo (potestade) para dispor do direito³³⁴.

Para ele, o próprio conceito de direito subjetivo é usado unicamente para indicar uma situação na qual o ordenamento jurídico deseja assegurar a uma pessoa liberdade de poder se comportar – no âmbito de uma esfera específica – como lhe agrada. Isto indica a uto-afirmação autônoma do indivíduo³³⁵.

Pois bem, estabelecida de maneira sucinta, mas suficiente ao que interessa para o presente trabalho, a distinção entre direito e dever, passamos a expor a discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do voto, é dizer, a discussão sobre ser este um direito ou uma obrigação.

Para José Afonso da Silva, a obrigatoriedade do voto na forma como exigida em nossa Constituição – artigo 14, § 1º, I -, não pode significar senão o comparecimento do eleitor, a deposição da cédula na urna e a assinatura da folha individual de votação. Quer dizer: é obrigatoriedade formal, que não atinge o conteúdo da manifestação da vontade do eleitor³³⁶.

Para o Professor paulista, o dever político-social do voto é que exige uma tomada de posição positiva do eleitor, com efetiva participação no processo político e, por esse modo, nos órgãos governamentais, por meio de seus representantes³³⁷.

O que facilmente se deduz do acima dito é que, para o Mestre de São Paulo, embora a liberdade do voto seja fundamental para sua autenticidade e eficácia, a manifestação deste, ou seja, a ida a urna pelo eleitor e o depósito, ou em linguagem mais consentânea com o sistema de votação hoje, o digitar o voto, é um dever; uma obrigação legítima, em conformidade com o princípio da soberania popular, uma vez que contra isso não tece críticas.

³³⁴ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. pp. 209/211.

³³⁵ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. p. 211.

³³⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. p. 219.

³³⁷ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. p. 219.

Celso Ribeiro Bastos, na mesma direção, entende que é compatível, todavia, com a liberdade do voto a imposição do dever de comparecer às urnas, sob pena de, assim não sendo, ocorrer uma grande abstinência eleitoral³³⁸. A liberdade do voto, acrescenta, significa apenas que nem aos particulares nem ao Estado é lícito exercer pressão sobre o eleitor no sentido de determinar o conteúdo do seu voto ou mesmo impedir que ele exerça esse direito³³⁹.

Quanto a ser o voto um dever, não deixa o autor supra qualquer dúvida, especialmente quando lido em “Curso de Direito Constitucional”, em que preleciona ter o voto a natureza jurídica de função³⁴⁰.

Percebe, de igual modo, o voto como um dever, Inocêncio Mártires Coelho, posto que chama a atenção para o fato de que, não podendo o eleitor comparecer às eleições, tem o dever de justificar a ausência³⁴¹.

Defende, também, a continuidade da obrigatoriedade do voto, Almino Affonso, ao considerar que a supressão da obrigatoriedade do voto seria um retrocesso em nossa história constitucional e política, entendendo que o voto obrigatório representou uma conquista da Sociedade³⁴². Nesse sentido, argumenta:

É uma larga tradição de obrigatoriedade do voto, de mais de meio século. Os que propugnam pela adoção do voto facultativo espelham-se na experiência dos povos europeus e, em especial dos Estados Unidos. Prefiro referir-me às nações da América Latina, cuja evolução econômica e social mais se assemelha à nossa realidade, projetando-se em nossas instituições políticas³⁴³.

Vê-se que para estes doutrinadores o ato de votar constitui um dever, e não um mero direito. Neste sentido, a essência desse dever está na ideia da responsabilidade que cada cidadão tem para com a coletividade ao escolher seus mandatários.

Aponta-se, ainda, como razão à permanência da obrigatoriedade do voto, o fato de que, o pleito em que a maioria dos eleitores vota é de legitimidade

³³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e ciência política**. p. 243.

³³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e ciência política**. p. 243.

³⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. p. 273.

³⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 730.

³⁴² AFFONSO, Almino. **Voto obrigatório**. Revista Jurídica de Osasco, v. 3, 1996. p. 107.

³⁴³ AFFONSO, Almino. **Voto obrigatório**. p. 107.

incontestes, tornando-o insuscetível de alegação pelos derrotados nas urnas de que o resultado eleitoral não corresponde à vontade dos eleitores³⁴⁴.

Percebeu-se, nas leituras dos autores que defendem a obrigatoriedade do voto, uma constante; o receio, como dito linhas atrás ao citar Celso Ribeiro Bastos, de ocorrência de uma grande abstinência eleitoral.

Fiódor Dostoiévsk em seu livro “Memórias da casa dos mortos”, ao discorrer sobre o trabalho forçado na prisão assim escreveu:

O próprio trabalho, por exemplo, não se me afigurava custoso nem forçado, e só depois de muito tempo percebi que o aspecto pesado e forçado daquele trabalho não estava tanto na sua dificuldade e continuidade como em ser imposto, obrigado, a golpes de vergasta. O camponês em liberdade trabalha incomparavelmente mais, às vezes de dia e de noite, sobretudo no verão, mas trabalha para si, trabalha com uma finalidade racional, e assim o seu trabalho é muito mais leve, para ele, do que o do presidiário, forçado e perfeitamente inútil para si. Acontecia-me às vezes pensar que se me desse alguma vez para perder-me completamente, para abater um homem, para castigá-lo com o mais horrível castigo, um castigo que metesse medo e fizesse tremer antecipadamente o criminoso mais valente, não precisava senão de dar ao seu trabalho o caráter de uma inutilidade e total e absoluta carência de sentido³⁴⁵.

Traçando um paralelo com o dito acima pelo autor russo, talvez seja isto o que ocorre com o voto obrigatório; um sentimento de inutilidade, uma percepção de falta de sentido no exercício do sufrágio, experimentado pelo povo, que não tem evitado a crescente abstinência em cada eleição que se sucede, a despeito da aplicação de penalidade por falta às urnas.

Doutra banda, com mais fortes argumentos ante o real estágio em que se encontra a sociedade política brasileira, Orlando Soares pugna que o exercício do voto de forma não-obrigatória significa reconhecer o direito democrático de votar por consciência, e não por obrigação. Em suas palavras: “A cidadania está no comparecimento voluntário e refletido para votar, mas nunca em fazê-lo compulsoriamente”³⁴⁶.

De fato, a preocupação de Celso Ribeiro Bastos anteriormente registrada, de não sendo o voto obrigatório ter-se uma grande abstinência eleitoral, verifica-se, hoje, mesmo ante a imposição da norma constitucional. As

³⁴⁴ SOARES, Paulo Henrique. **Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo**. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, p. 4. Disponível em [HTTP://www.senado.gov.br/senado/coleq/textos](http://www.senado.gov.br/senado/coleq/textos) Acesso em 8 de julho de 2011, às 11h16.

³⁴⁵ DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Memórias da casa dos mortos**. Tradução de Natália Nunes e Oscar Mendes. Porto Alegre, RS: L & PM, 2010. pp. 28/29.

³⁴⁶ SOARES, Orlando. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 74.

estatísticas constantes do sítio do Tribunal Superior Eleitoral (www.tse.jus.br), registram alto índice de abstenção nos últimos pleitos eleitorais de 2008 e 2010.

Com precisa acuidade aduz Valda de Souza Mendonça:

Na verdade, embora os Estrados que apresentem maior índice de abstenção sejam aqueles mais atrasados no que se refere às taxas de escolarização, o aparente desinteresse dos leitores pela política agrava-se com a constante desilusão da atuação dos políticos brasileiros (detentores de cargos eletivos), em decorrência da corrupção e do descaso pelos problemas sociais, razão pela qual, o eleitor, vulgarmente, diz não gostar de política³⁴⁷.

Nada obstante a desilusão com os ocupantes de cargos eletivos, que provoca uma apatia pela política, para Valda Mendonça: “mesmo diante da falta de ética e de consciência moral por parte de alguns representantes políticos e de todos os atropelos que a democracia brasileira sofreu no decorrer de sua história, a cidadania política vai evoluindo e ganhando outras dimensões”³⁴⁸.

Francisco Xavier Medeiros Vieira anuncia haver motivos para júbilo, mormente quando a sociedade civil se organiza, como sucedeu com a grande mobilização popular que colheu, sob as bênçãos da CNBB e participação da OAB, mais de um milhão de assinaturas em um projeto de lei. Resultado dessa manifestação da soberania do povo foi a edição da Lei n. 9.840/1999, a primeira de iniciativa popular na vigência do atual Pergaminho Fundamental, visando punir a corrupção eleitoral³⁴⁹.

Para ele, Francisco Xavier Medeiros Vieira,

O voto facultativo é a escolha livre, a opção consciente por excelência. Ninguém vai à Seção Eleitoral para anular seu voto ou votar em branco. Já o voto obrigatório é um retrocesso democrático que só interessa aos mercadores da consciência, aos que aviltam a liberdade, valor maior do ser humano³⁵⁰.

Para o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio da liberdade do voto significa garantir ao eleitor um voto formado sem qualquer coação, física ou psicológica exterior, de entidades públicas ou de

³⁴⁷ MENDONÇA, Valda de Souza. **O exercício da soberania popular pelo voto não-obrigatório:** ato de cidadania política consciente. p. 114.

³⁴⁸ MENDONÇA, Valda de Souza. **O exercício da soberania popular pelo voto não-obrigatório:** ato de cidadania política consciente. p. 115.

³⁴⁹ VIEIRA, Francisco Xavier Medeiros. **A (ainda) insuspeita força da cidadania.** Resenha Eleitoral, Florianópolis: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, v. 11, n. 1, 2004. p. 13.

³⁵⁰ VIEIRA, Francisco Xavier Medeiros. **A experiência do voto facultativo como expressão da cidadania.** Resenha Eleitoral, Florianópolis: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, v. 1, n. 1, 1994. p. 12.

entidades privadas. Deste princípio da liberdade do voto deriva a doutrina da ilegitimidade da imposição legal do voto obrigatório³⁵¹.

A liberdade do voto abrange, assim, o se e o como: a liberdade de votar ou não votar e a liberdade no votar. Desta forma, independentemente da sua caracterização jurídica – direito de liberdade, direito subjetivo –, o direito de voto livre é mais extenso que a proteção do voto livre³⁵².

A amparar o acerto do que afirmado pelo Professor de Coimbra, está o artigo 49, 2, da Constituição da República Portuguesa, no qual se considera o voto como um dever cívico e não como dever jurídico, assim redigido: “O exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico”.

Portanto, a liberdade no exercício do sufrágio não deve se restringir ao ato de escolha entre os candidatos que concorrem aos cargos eletivos, ou, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, linhas atrás declaradas, ao conteúdo do voto, mas estende-se ao exercício mesmo do direito de votar ou não, inclusive.

Por esta razão, mesmo que a democracia, para sua existência, precise do consentimento do povo, é necessário que a participação do povo no pleito eleitoral seja por convicção e desejo de viver no regime democrático, e não por obrigação. Caso os eleitores não se sintam responsáveis pelo seu governo, não haverá representatividade política ou livre escolha dos seus dirigentes³⁵³.

Portanto, o dever do exercício de cidadania política importa um dever de consciência de cidadania, e não um dever jurídico sob pena de receber punição. Acrescenta Valda Mendonça, poder-se observar que o voto é um ato político e um direito para levar o povo ao exercício do poder político, devendo ser exercido por eleitores com consciência de cidadania política, com absoluta liberdade de votar ou não³⁵⁴.

A facultatividade do voto significa a completa 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

³⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 434.

³⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 434.

³⁵³ MENDONÇA, Valda de Souza. **O exercício da soberania popular pelo voto não-obrigatório: ato de cidadania política consciente**. p. 117.

³⁵⁴ MENDONÇA, Valda de Souza. **O exercício da soberania popular pelo voto não-obrigatório: ato de cidadania política consciente**. p. 118.

tanto a possibilidade de se votar como a consciência determina, quanto a liberdade de abster-se de votar sem sofrer qualquer sanção do Estado³⁵⁵.

Na visão de Paulo Henrique Soares, da Coordenação de Estudos da Consultoria Legislativa do Senado Federal, com a adoção do voto facultativo, pode-se admitir que, em algumas áreas de extrema pobreza, continue a existir o chamado “voto de cabresto”, em que o chefe político da região tem um certo controle sobre o eleitorado, conduzindo-o às urnas, mas, por outro lado, deve reduzir-se a níveis ínfimos a quantidade de votos nulos ou brancos, denotando um corpo eleitoral motivado pela proposta apresentada pelos partidos políticos³⁵⁶.

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 voto³⁵⁷.

Do exposto pelos que defendem a facultatividade do voto, a conclusão é que o voto é entendido como uma faculdade da pessoa, uma autodeterminação do próprio cidadão, fruto de sua liberdade de escolha, de sua vontade.

Percebeu com clareza o ex-senador Jutahy Magalhães, em discurso pronunciado no Senado Federal, e registrado por Paulo Henrique Soares:

Democracia à força, com reserva de mercado de eleitores, nada mais é do que o alicerce viciado e retrógrado sobre o qual se erige o edifício da incompetência e da corrupção. É a terra fértil onde germina a indústria e o comércio eleitoral, paraíso dos detentores de grandes currais eleitorais e de candidatos movidos a dinheiro, manhas e velhos acordos.

Desse modo, o que interessa efetivamente num pleito eleitoral é a mobilização da opinião pública, e esta é a que efetivamente exprime a substância da atuação política do eleitorado. Aquele que vota apenas para evitar complicações legais e burocráticas não está imbuído de

³⁵⁵ SOARES. Paulo Henrique. **Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo**. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal. p. 6. Disponível em [HTTP://www.senado.gov.br/senado/coleg/textos](http://www.senado.gov.br/senado/coleg/textos) Acesso em 8 de julho de 2011, às 11h16.

³⁵⁶ SOARES. Paulo Henrique. **Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo**. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal. p. 7. Disponível em [HTTP://www.senado.gov.br/senado/coleg/textos](http://www.senado.gov.br/senado/coleg/textos) Acesso em 8 de julho de 2011, às 11h16.

³⁵⁷ SOARES. Paulo Henrique. **Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo**. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal. p. 7. Disponível em [HTTP://www.senado.gov.br/senado/coleg/textos](http://www.senado.gov.br/senado/coleg/textos) Acesso em 8 de julho de 2011, às 11h16.

nenhum propósito específico quanto aos negócios da *polis* no original sentido grego e não há lei que o faça se interessar por um assunto que lhe parece não dizer respeito³⁵⁸.

Assim, vista a discussão doutrinária acerca do voto como direito ou dever, cumpre, como dantes anotado, a submissão de tal questão ao imperativo categórico, utilizado, aqui, como instrumento de verificação tanto da liberdade como da soberania popular; questão mesmo crucial da presente dissertação, posto ser este o princípio tido como razão ou fundamento para se afirmar a superação da obrigatoriedade do voto. Não sem antes, contudo, discorrer-se sobre o que seja imperativo categórico.

“Pelo pacto social demos existência e vida ao corpo político. Trata-se agora de dar-lhe o movimento e a vontade pela legislação³⁵⁹”. Desnecessário se faz perguntar a quem cabe fazer as leis, visto serem atos da vontade geral, nem se o Príncipe está acima da lei, visto ser membro do Estado, nem se a lei pode ser injusta, porquanto ninguém é injusto para consigo mesmo, nem como se é livre e ao mesmo tempo submisso às leis, já que estas são meras expressões de nossa vontade. Portanto, a obediência à lei que o homem prescreveu a si mesmo é liberdade³⁶⁰.

Seguindo o caminho aberto por Rousseau, Immanuel Kant apresenta uma solução para o problema do vínculo da liberdade com a lei, com a obediência. Em sua proposição, a obediência à lei e a espontaneidade da liberdade poderão ser pensadas juntas, e não em oposição.

Em análise que faz do acima dito, conclui Ricardo Terra que: “O móbil da vontade deve ser a própria lei; por isso, no plano ético, a ação é realizada não apenas conforme o dever, mas por dever; pois o móbil é incluído na lei, de forma que se tem de cumprir a letra e também estar de acordo com o espírito, ou seja, com a intenção³⁶¹”.

No dizer, então, do próprio Immanuel Kant, o homem era visto ligado a leis pelo seu dever, mas a ninguém ocorreu que ele estava sujeito unicamente à sua própria legislação, embora essa legislação fosse universal, e que ele estava

³⁵⁸ SOARES, Paulo Henrique. **Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo**. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, pp. 12/15. Disponível em [HTTP://www.senado.gov.br/senado/coleq/textos](http://www.senado.gov.br/senado/coleq/textos) Acesso em 8 de julho de 2011, às 11h16.

³⁵⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 45.

³⁶⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 47.

³⁶¹ TERRA, Ricardo R. **Kant & o direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 21.

obrigado a agir somente em conformidade com a sua própria vontade, mas que, segundo o fim natural, essa vontade era legisladora universal³⁶².

Lembrando da influência da obra de Rousseau em Kant, esclarece Ricardo Terra que Kant formula a noção de autonomia da vontade ao ampliar a concepção democrática de liberdade de Rousseau, que articula a ideia de contrato social como um procedimento em que as pessoas obedecem a si mesmas na medida em que participam juntas da elaboração das leis³⁶³.

E, continua comentando Ricardo Terra que, o contrato originário apresenta no plano político a exigência da autonomia; ele exige a soberania popular e servirá como padrão de medida para a legislação, uma vez que uma lei será justa se puder provir da vontade unida de todo o povo³⁶⁴.

Logo, do dito acima, a conclusão é que, a autonomia do Estado não é mera independência em relação a outros Estados ou a sua auto-suficiência, pois contêm a exigência de realização, não da felicidade, mas da universalidade das leis da liberdade. Ela é possível pela união dos poderes distintos que remetem à soberania popular; a salvaguarda do Estado consiste na maior concordância da constituição com os princípios do direito, que, por sua vez, se fundam na autonomia da vontade³⁶⁵.

A ideia de uma constituição de acordo com o direito natural dos homens, ou seja, que aqueles que obedecem às leis devem, reunidos, legislar, se encontra na base de todas as formas de Estado. Tem-se assim um critério para as reformas e melhoramentos da constituição a serem promovidos pelo chefe do Estado e também um critério para a elaboração das leis positivas: as leis que o povo não pode promulgar para si mesmo, o legislador não pode proclamá-las para o povo³⁶⁶. Em virtude de sua liberdade, o homem exige um governo em que o povo legisle.

Afirma Kant que, o homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. De tal modo que, aquilo que serve à vontade

³⁶² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 63.

³⁶³ TERRA, Ricardo R. **Kant & o direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 12.

³⁶⁴ TERRA, Ricardo R. **Kant & o direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 23.

³⁶⁵ TERRA, Ricardo R. **Kant & o direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 24.

³⁶⁶ TERRA, Ricardo R. **Kant & o direito**. p. 27.

como princípio objetivo de sua autodeterminação é o fim (*Zweck*), e este, se é posto pela só razão deve ser igualmente para todos os seres racionais³⁶⁷.

Desse modo, acresce Kant, toda a vontade humana é uma vontade legisladora universal. A vontade de todo ser racional é uma vontade legisladora universal³⁶⁸.

Assim posto, se uma ação realizada por dever deve eliminar totalmente a influência da inclinação e com ela todo o objeto da vontade, nada mais resta à vontade que a possa determinar do que, objetivamente, a lei, e, subjetivamente, o puro respeito por essa lei prática, e, portanto, a máxima³⁶⁹ que manda obedecer a essa lei, ainda que com prejuízo para todas as minhas inclinações³⁷⁰.

A partir do acima afirmado, ensina Kant que todos os imperativos ordenam, seja hipotética, seja categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queira (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim³⁷¹.

Enquanto o imperativo hipotético diz somente que a ação é boa em vista de algum propósito possível ou real; o imperativo categórico – sem referência a qualquer outro propósito, isto é, sem qualquer outra finalidade – declara a ação como em si objetivamente necessária, vale como princípio apodítico-prático.

Veja-se que o imperativo categórico não se baseia como condição em nenhum outro propósito para chegar a certo comportamento, ao contrário, determina imediatamente esse comportamento. Ele não se relaciona com a matéria da ação e com o que dela possa resultar, mas com a forma e com o princípio do qual ela mesma deriva³⁷².

Por não estar limitado por nenhuma condição, o imperativo categórico pode ser chamado de mandamento absoluto, posto que praticamente

³⁶⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 58.

³⁶⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 62.

³⁶⁹ Máxima é o princípio subjetivo do querer; o princípio objetivo – que serviria subjetivamente de princípio prático a todos os seres racionais, caso a razão sempre tivesse todo o poder sobre a faculdade de desejar – é a lei prática (Explicação do próprio autor, Immanuel Kant, em nota de rodapé na obra aqui utilizada, p. 28).

³⁷⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 28.

³⁷¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 45.

necessário. Dizia Kant que, quando imaginava um imperativo categórico, sabia exatamente o que ele continha. Pois, não contendo o imperativo além da lei senão a necessidade da máxima que manda se conformar com essa lei, e não contendo a lei nenhuma condição que a limite, nada mais resta senão a universalidade de uma lei geral, à qual a máxima da ação deve ser conforme, conformidade esta que só o imperativo nos representa propriamente como necessária³⁷³.

Explica Ricardo Terra que o imperativo categórico, como a própria expressão indica, comanda absolutamente. E, que, uma de suas formulações é a seguinte: ‘age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal’³⁷⁴. Esclarece o autor que, o imperativo categórico garante que estamos obedecendo a leis de cuja elaboração nós, como seres racionais, participamos³⁷⁵.

Assevera Kant que se há um imperativo categórico ele só pode mandar que tudo se faça em obediência à máxima de uma vontade que ao mesmo tempo se possa ter a si mesma como universalmente legisladora acerca do objeto; pois só então é que o princípio prático e o imperativo a que obedece podem ser incondicionais, porque não se fundamentam sobre interesse algum³⁷⁶.

Segue-se assim, diz Kant, incontestavelmente que todo o ser racional, como fim em si mesmo, terá de poder considerar-se, com respeito a todas as leis a que possa estar submetido, ao mesmo tempo como legislador universal; porque exatamente essa aptidão de suas máximas para constituir a legislação universal o distingue como fim em si mesmo, e do mesmo modo sua dignidade³⁷⁷.

Pois bem, a autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei. O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal. Que essa regra prática seja

³⁷² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 47.

³⁷³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 51.

³⁷⁴ TERRA, Ricardo R. **Kant & o direito**. p. 12.

³⁷⁵ TERRA, Ricardo R. **Kant & o direito**. p. 13.

³⁷⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 63.

³⁷⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 68.

um imperativo, quer dizer, que a vontade de todo ser racional seja necessariamente ligada a ela como condição³⁷⁸.

Destarte, visto de maneira suficiente para o presente trabalho o que seja imperativo categórico, passamos agora a submeter o tópico sobre o qual se disserta - 'voto como direito ou dever' - a este procedimento, com o fim de verificar qual destas regras tem capacidade de universalização, o que se faz nos seguintes termos:

Primeira máxima – Sempre que houver eleições, seja federal, seja estadual, seja municipal ou presidencial, eu devo ser obrigado a votar, exercitando o que seria um direito meu sob pena de punição pelo seu não exercício. Pergunta-se: Essa máxima é universalizável? Posso desejar que ela se transforme em lei universal? A resposta é: Não posso, pois se todos forem obrigados a votar, destruir-se-ia a própria liberdade, com a extinção da soberania popular.

Segunda máxima – Sempre que houver eleições, seja presidencial, seja federal, seja estadual ou municipal, eu posso exercer livremente meu direito de comparecer ou não à urna e depositar meu voto. Pergunta-se: Essa máxima é universalizável? Posso desejar que ela se transforme em lei universal? A resposta é: Posso, pois estaria afirmado o princípio da soberania popular, garantindo-se a plena liberdade de cada um, exercer ou não seu direito.

Admitido, portanto, estar demonstrado ser o voto um direito, o próximo tópico tratará de estabelecer a inadequação entre sua obrigatoriedade na forma como prevista na Constituição Federal brasileira, e o princípio da soberania popular, igualmente de berço constitucional.

4.2 INCOMPATIBILIDADE ENTRE PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR E VOTO OBRIGATÓRIO

Para Humberto Ávila, princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação

³⁷⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. pp. 70/71.

entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁷⁹.

São normas imediatamente finalísticas, esclarece o próprio autor, no sentido de que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. São normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante³⁸⁰.

Portanto, para ele, a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas, posto como fim, e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

E aduz ainda, os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão³⁸¹.

Já Erick Wilson Pereira define princípio como o elo entre o valor e a norma jurídica³⁸². Os princípios jurídicos constituem a base do ordenamento jurídico, a parte permanente e eterna do Direito e, também, o fato cambiante e mutável que determina a evolução jurídica; são ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação³⁸³.

Etimologicamente o termo 'princípio' (do latim *principium, principii*) encerra a ideia de começo, origem, base. Em qualquer Ciência, princípio é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, pedra angular de qualquer sistema³⁸⁴.

O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos

³⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183.

³⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. p. 184.

³⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. p. 184.

³⁸² PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral**: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

³⁸³ PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral**: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais. p. 76.

³⁸⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 30/31.

quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam³⁸⁵.

Tal princípio jurídico é inconcebível em estado de isolamento. Ele – até por exigência do Direito (que forma um todo pleno, unitário e harmônico) – se apresenta sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhe dão equilíbrio e proporção e lhe reafirmam a importância³⁸⁶.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, vê o princípio como mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico³⁸⁷.

Jürgen Habermas tem nos princípios normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuindo um sentido deontológico. São normas válidas que obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas³⁸⁸.

De acordo com aquele jurista alemão, a validade deontológica do princípio tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos³⁸⁹.

De volta a Roque Carrazza, nenhuma interpretação poderá ser havida como boa (e, portanto, por jurídica) se, direta ou indiretamente, vier a afrontar um princípio jurídico-constitucional. O princípio cumpre uma função informadora dentro do Ordenamento jurídico e, assim, as diversas normas devem ser aplicadas em sintonia com ele³⁹⁰.

Importante observação traz Luís Roberto Barroso sobre a função dos princípios na atualidade. Para este Professor, no ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico.

³⁸⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. p. 33.

³⁸⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. p. 34.

³⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

³⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. 1. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 316.

³⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. p. 316.

³⁹⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. p. 35.

Expressam eles valores ou fins a serem alcançados, indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas e, em caso de colisão com outros princípios serão aplicados mediante ponderação³⁹¹.

Resta esclarecer, com Luís Roberto Barroso, que os princípios constitucionais incidem sobre o mundo jurídico e sobre a realidade fática de diferentes maneiras. Por vezes, o princípio será fundamento direto de uma decisão. De outras vezes, sua incidência será indireta, condicionando a interpretação de determinada regra ou paralisando sua eficácia³⁹².

Feitas essas digressões sobre princípio, necessário se faz, igualmente, traçar-se algumas considerações sobre soberania, para, enfim, discorrer especificamente sobre o princípio da soberania popular e sua inadequação ou incompatibilidade com a obrigatoriedade do voto.

Preleciona Celso Ribeiro Bastos que o poder é intrínseco a todas as formas de organização social, ou melhor, é ele fruto de todas as formas de organização. Ele exerce uma função de coordenação e de coesão entre os integrantes de uma sociedade. É um fenômeno social e bilateral, uma vez que decorre da união de duas ou mais vontades, sendo que uma sempre prevalece sobre a outra. Sua existência é indispensável para a vida em sociedade e para a organização do Estado³⁹³.

Em se tratando de poder soberano, a própria evolução histórica dos Estados modernos, desde o crepúsculo da Idade Média, sempre esteve intimamente vinculada ao reconhecimento progressivo deste poder. A evolução histórica da soberania, por sua vez, demonstra o seu verdadeiro significado como poder supremo e independente, implicando a negação de toda subordinação ou limitação de seu titular a qualquer outro poder³⁹⁴.

Darcy Azambuja percebe a soberania, não como o poder, mas, como uma qualidade do poder. É o grau supremo a que pode atingir esse poder. Supremo no sentido de não reconhecer outro poder juridicamente superior a ele, nem igual a ele³⁹⁵.

³⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 318.

³⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 319.

³⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. p. 89.

³⁹⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização**. p. 102.

³⁹⁵ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. pp. 49/50.

O que se pode constatar do acima especificado, é que a soberania apresenta-se como qualidade da independência absoluta de uma unidade de vontade em relação a qualquer outra vontade decisória universal efetiva, isto é, a unidade de vontade correspondente à soberania é uma unidade decisória universal suprema dentro da ordem do poder de que se trata.

Assim posta a questão, a ideia que se forma é que a soberania confere ao seu titular um poder incontrastável, vale dizer, o soberano pode tudo, inclusive agir arbitrariamente, estando acima da lei.

Tal compreensão não está correta, e, para o demonstrar, nos permitimos a liberalidade de traçarmos um paralelo com a teologia, até porque, como bem assinala Darcy Azambuja, o conceito de soberania do Estado foi-se formando em consequência da longa luta travada pelos reis da França, externamente para se emanciparem da tutela do Santo Império Romano, primeiro, e do Papado, depois³⁹⁶.

É, pois, na teologia, que o termo soberania, e, portanto, poder soberano, encontra sua aplicação plena. Isto porque, partindo-se do pressuposto de que Deus existe, não se encontra um outro Ser em todo o universo em quem o atributo da soberania ocorra em tão grande amplitude. Eis porque, afirma Tomás de Aquino que, com muito maior razão deve-se dizer que Aquele que é o primeiro de todos supera pela sua imensidade tudo quanto existe, abarcando tudo. Nesta linha, conclui-se igualmente que Deus é infinito em poder. Com efeito, se Deus é infinito na sua essência, segue que também é infinito em poder³⁹⁷.

Pois bem, sendo Deus a razão última de todas as coisas, o primeiro de todos, infinito em poder, sua soberania é, pois, ilimitada! Não, diria Charles Finney, considerado por muitos um dos maiores teólogos de todos os tempos. Para ele, o fato de Deus ser soberano não significa que Ele agirá ou deseja agir arbitrariamente, ou sem boas razões; razões tão boas ou de tal peso, que Ele absolutamente não pudesse agir de outro modo diferente daquele que Ele age, sem violar a lei de sua própria inteligência e consciência³⁹⁸.

Prosseguindo, assevera o teólogo estadunidense, qualquer visão da divina soberania, que implique arbitrariedade por parte da divina vontade, não é

³⁹⁶ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. pp. 50/51.

³⁹⁷ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 2000. p. 164.

somente contrária às Escrituras, mas também é uma revolta para com a razão. Tal visão tem Deus em uma concepção completamente superior, e sem qualquer lei ou regra de ação que dirigisse a sua vontade por sua infinita razão e consciência³⁹⁹.

Então, conclui Finney, Deus é soberano, não no sentido de que não esteja debaixo da lei, ou que esteja acima de toda lei, mas no sentido de que Ele é a lei para Si mesmo; que Ele não conhece outra lei além daquela que Lhe é dada por sua própria razão⁴⁰⁰.

Apenas para exemplificar o acima afirmado por Charles Finney, bem como a guisa de ilustração do presente trabalho, trazemos à colação uma passagem bíblica, em que se encontra uma limitação a soberania de Deus. Trata-se da Epístola de São Paulo a Tito, em que no capítulo primeiro, versículo 2, Paulo assegura: “Em esperança da vida eterna, a qual **Deus, que não pode mentir**, prometeu antes dos tempos dos séculos”⁴⁰¹ (negritos inexistentes no original).

Com o exposto, o que se quer destacar, e já anteriormente apregoadado na presente dissertação com especial fundamento em Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, é que, o titular da soberania é soberano não por estar acima da lei, mas porque obedece a leis por ele editadas para si mesmo.

De acordo com Fábio Comparato pode-se concluir que um regime democrático é aquele em que a soberania pertence ao povo, no interior de um Estado, ou ao conjunto dos povos, no plano mundial, para a realização do bem comum a todos, submetendo-se sempre o exercício desse poder soberano às normas jurídicas que consubstanciam os grandes princípios éticos⁴⁰².

Assim, leciona Tomás de Aquino no artigo 4, questão 96 de sua Suma Teológica que, não obstante o princípio do poder resida em Deus, criador de todas as coisas, o modo e o uso do poder vêm dos homens, a fonte humana da soberania é o povo. Compete a toda a multidão, ou a alguém em seu nome, ordenar o bem comum.

³⁹⁸ FINNEY, Charles. **Teologia Sistemática**. Tradução de Lucy Lamakami, Luís Aron de Macedo e Degmar Ribas Júnior. Rio de Janeiro: Casa Publicadora das Assembléias de Deus, 2001. p. 619.

³⁹⁹ FINNEY, Charles. **Teologia Sistemática**. pp. 619/620.

⁴⁰⁰ FINNEY, Charles. **Teologia Sistemática**. p. 621.

⁴⁰¹ **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição revista e corrigida. São Paulo: Editora Vida, 1984. p. 303.

⁴⁰² COMPARATO, Fábio Konder. **Repensar a democracia**. p. 193.

O princípio da soberania popular anuncia, portanto, a titularidade da soberania como pertencendo a todos os componentes do povo, ao atribuir a cada cidadão uma parcela do poder soberano. Mário Soares atribui seu nascimento à reflexão dos contratualistas, para quem a soma das distintas facções de soberania pertenciam como atributo a cada indivíduo, o qual, sendo membro da comunidade estatal era detentor dessa parcela do poder soberano fragmentado⁴⁰³.

O princípio da soberania popular revelado na expressão: “Todo o poder emana do povo” - previsto de modo expreso em nossa Constituição Federal – Art. 1º, Parágrafo único -, tem como uma de suas importantes consequências o sufrágio universal, considerado um direito de cada cidadão⁴⁰⁴.

Daí a incompatibilidade entre o princípio da soberania popular e a obrigatoriedade do voto. Ora, o voto obrigatório confirma o Estado como tutor da consciência das pessoas, impondo sua vontade à vontade do cidadão até mesmo para obrigá-lo a exercer sua cidadania. A obrigatoriedade do voto, nos termos da norma inscrita na Constituição Federal, transcende às regras de organização política do Estado, pois toma a forma de um constrangimento abusivamente imposto ao cidadão⁴⁰⁵.

Tal constrangimento imposto aos cidadãos é inadequado ao princípio da soberania popular, a ponto de tornar a própria democracia um engodo. É o que se depreende da lição de Fábio Comparato, para quem a conhecida fórmula de Lincoln, de que a democracia é o governo do povo pelo povo e em prol do povo, é falsa: soberania não se confunde com governo.

O grande defeito da democracia antiga foi justamente o estabelecimento dessa confusão na prática; ao passo que a grande falsidade da democracia moderna é a atribuição ao povo de uma soberania puramente retórica ou ornamental. Nos regimes ditos democráticos, o mundo moderno criou um arranjo heterodoxo: o povo, embora proclamado soberano oficial, é na prática despido de todos os poderes ativos⁴⁰⁶.

⁴⁰³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. p. 109.

⁴⁰⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. p. 109.

⁴⁰⁵ SOARES, Paulo Henrique. **Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo**. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, p. 2. Disponível em [HTTP://www.senado.gov.br/senado/coleleg/textos](http://www.senado.gov.br/senado/coleleg/textos) Acesso em 8 de julho de 2011, às 11h16.

⁴⁰⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Repensar a democracia**. p. 193.

Ao desvelar o autor supra como entende deva-se conceber e organizar a soberania política, deixa claro, extirpe de dúvida, a importância fundamental do exercício do voto que, nesta dissertação, defende-se seja um direito, portanto, incompatível com a obrigatoriedade. Assim dispõe ele:

Compete, antes de tudo, ao povo o poder-dever de controlar a ação dos governantes, e esse controle soberano compõe-se de vários elementos.

Em primeiro lugar, a aprovação da Constituição e de suas alterações, pois é a Constituição que fixa todas as modalidades e níveis de poder na sociedade política.

Em segundo lugar, compete unicamente ao povo soberano fixar as diretrizes gerais de governo, ou seja, as metas políticas a médio e longo prazo, as quais devem ser observadas pelos sucessivos governos.

É preciso afirmar, com toda ênfase, que o povo é o principal responsável pela preservação da identidade nacional, pelo desenvolvimento do país e pelo bem-estar das futuras gerações; e que essa responsabilidade não pode ser transferida a outrem.

Em terceiro lugar, como é óbvio, incumbe ao povo soberano eleger por períodos bem definidos os titulares das funções governamentais.

O quarto e último elemento componente da soberania do povo, é o poder de fiscalização e responsabilização direta de todos os titulares de cargos públicos, sejam eles eleitos ou não pelo povo⁴⁰⁷.

Já Mário Soares traz como características da soberania popular a impossibilidade de duas ou mais soberanias conviverem em um mesmo espaço – a soberania é uma; confirma isto o fato de que quem a detém desaparece quando fica sem ela – a soberania é inalienável; e, todo poder soberano aspira existir permanentemente – a soberania é imprescindível⁴⁰⁸.

Doutra banda, a concepção da soberania popular não se coaduna com a obrigatoriedade do voto porquanto sua concepção implicou, no decorrer da história do constitucionalismo, a construção do paradigma do Estado de Direito, que se alicerça no princípio da soberania popular. Neste paradigma, o poder é exercido pelo povo no exercício das liberdades públicas permanentes⁴⁰⁹.

O princípio da soberania popular reformulou o conceito de soberania, em consonância com os novos modelos, ao ampliar e democratizar a concepção de liberdade mediante a emancipação da coação social e das relações

⁴⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Repensar a democracia**. pp. 205/206.

⁴⁰⁸ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. pp. 102/103.

⁴⁰⁹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. p. 111.

de domínio, passando para a liberdade de todos sob o prisma do Estado democrático de direito⁴¹⁰.

A obrigatoriedade do voto não condiz com a governança responsável, que enseja o direito dos cidadãos de serem interlocutores permanentes do Estado e participar de políticas sociais, econômicas e culturais de inclusão social e na reestruturação qualitativa das instituições de poder, o que somente é alcançado com a concretização do princípio da soberania popular⁴¹¹.

Corroborando o acima dito José Jairo Gomes ao dispor que o poder é soberano quando não está sujeito a nenhum outro. É o que dita e comanda sem que possa ser refreado. Soberano é o poder supremo. Assim, a soberania popular se revela no poder incontestável de decidir. É ela que confere legitimidade ao exercício do poder estatal. Tal legitimidade só é alcançada pelo consenso expresso na escolha feita nas urnas⁴¹².

Observe-se que o “poder incontestável de decidir”, “que não está sujeito a nenhum outro”, acima descrito por José Jairo Gomes, que torna perceptível o princípio da soberania popular, perfaz-se através do voto. Logo, a obrigatoriedade do exercício do voto pelo povo soberano, implica uma incompatível sujeição de um poder que não encontra limites, a contrariar a própria lógica do princípio. O princípio da soberania popular, ao considerar o povo como origem de todo o seu poder, torna-o responsável pelo seu exercício⁴¹³.

Apresenta-se o princípio da soberania popular no povo, na formação da vontade política do povo, existente e eficaz, vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes, e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio⁴¹⁴.

A idéia de superação da obrigatoriedade do voto encontra pleno amparo no princípio da soberania popular; o voto é um direito sagrado para os cidadãos exercerem o poder diretamente ou por meio de seus mandatários, e não

⁴¹⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. p. 111.

⁴¹¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. p. 112.

⁴¹² GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 34.

⁴¹³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. p. 116.

⁴¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. pp. 418/419.

deve ser obrigatório; o que caracteriza o regime democrático não é o comparecimento do maior número de eleitores nas urnas sob pena de receber punições, mas a existência de liberdade para os cidadãos manifestarem sua vontade política de forma consciente e espontânea⁴¹⁵.

A legitimidade do pleito funda-se no resultado da verdadeira manifestação popular de forma espontânea e não decorrente do voto obrigatório.

Na visão de Valda Mendonça, embora a Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar dos princípios fundamentais, disponha no parágrafo único do artigo 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”; ao obrigar o cidadão a votar provoca uma inversão de direitos, pois ao invés de soberania popular no exercício do poder estatal, o que existe é a força do Estado sobre os indivíduos para legitimar o poder dos governantes, mas não existe democracia nesse ato de escolha⁴¹⁶.

Dá-se o que já foi registrado anteriormente nesta dissertação, o voto como função ou dever descaracteriza o regime democrático, que é o povo no exercício de sua soberania escolher seus representantes com absoluta liberdade. O voto é um ato político e um direito para levar o povo ao exercício do poder político, devendo ser exercido por eleitores com consciência de cidadania política, com absoluta liberdade para votar ou não.

Sobre a inadequação existente entre o princípio da soberania popular e a obrigatoriedade do voto, de modo expresso declara Valda Mendonça que, o sufrágio é um direito, e que, por sua vez, o seu exercício, que se materializa com o voto, é incompatível com a obrigação jurídica de votar. Quando o cidadão vota por ser obrigado, a soberania popular apresenta-se suprimida pela força coercitiva do Estado e o povo não pode ser considerado soberano, mas tão-somente instrumento do Estado para escolher o respectivo corpo de dirigentes⁴¹⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta como um inconveniente do voto obrigatório o fato de o eleitor necessitar ser ameaçado de sanções para votar, ou precisar ser arrastado às urnas pelos candidatos, dado o escasso ou nenhum interesse em fazê-lo *sponte propria*, demonstrando de modo evidente

⁴¹⁵ MENDONÇA, Valda de Souza. **O exercício da soberania popular pelo voto não-obrigatório:** ato de cidadania política consciente. p. 111.

⁴¹⁶ MENDONÇA, Valda de Souza. **O exercício da soberania popular pelo voto não-obrigatório:** ato de cidadania política consciente. p. 116.

⁴¹⁷ MENDONÇA, Valda de Souza. **O exercício da soberania popular pelo voto não-obrigatório:** ato de cidadania política consciente. p. 116.

que não valoriza o próprio voto e que não tem consciência alguma de sua importância⁴¹⁸.

Quem não se sente interiormente estimulado para escolher um mandatário, é porque não atribui significado político a este comportamento ou sequer tem consciência disso, razão por que, compelido ao voto, com maior facilidade do que outros facilmente sufragará qualquer pessoa de notoriedade, sem que seu sufrágio esteja a exprimir o correlato gesto de cidadania. Dessarte, o voto obrigatório degrada tanto a qualidade quanto a representatividade efetiva dos eleitos⁴¹⁹.

Deste modo, a obrigatoriedade do voto subtrai a liberdade de manifestação do cidadão, transformando-a em manifestação forçada, contrariando o princípio maior da soberania popular. A espontaneidade do comparecimento às urnas, a par de conferir maior legitimidade ao processo eleitoral, consistirá ato de vontade participativa, de prática de cidadania. O que conferirá ao resultado do pleito melhor representatividade da vontade popular, porque os votos serão sufragados, por certo, com a liberdade requerida pelo princípio da soberania popular.

Novamente com Valda Mendonça, o princípio da soberania popular exercido pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, de forma livre e espontânea para todos os eleitores brasileiros, melhor se coaduna com o teor do art. 1º da Constituição Federal, que assevera ser a República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, tendo entre seus fundamentos a soberania e a cidadania⁴²⁰.

Ademais, a expressão soberania popular inserida no art. 14 da Constituição Federal não admite outro significado a não ser o de que o povo é detentor da soberania, razão pela qual se pode afirmar com convicção que o ato de votar decorre de um direito e não de uma obrigação.

O povo é que é o titular do poder, não o Estado. Portanto, o ato de votar é um direito para a concretização da soberania popular. Admitir-se o contrário, considerando o voto como função ou dever, seria colocar o povo como

⁴¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Representatividade e democracia. In ROCHA, Cármem Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coords.). **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 43.

⁴¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Representatividade e democracia**. p. 43.

⁴²⁰ MENDONÇA, Valda de Souza. **O exercício da soberania popular pelo voto não-obrigatório: ato de cidadania política consciente**. p. 176.

mero instrumento do Estado, contrariando o princípio da liberdade do sufrágio, que se materializa pelo voto⁴²¹.

O princípio da soberania popular conflita, e ao final supera, a teoria da soberania nacional, que explica o ato de votar não como decorrente de um direito, mas também de uma obrigação de eleger o corpo representativo. Votar, para esta teoria, seria uma função eletiva e não um direito.

Não houvesse a superação da obrigatoriedade do voto em razão do princípio da soberania popular, estaria decretada a perda completa da vontade autônoma do cidadão.

Então, está-se, pois, diante de duas normas constitucionais. O princípio da soberania popular – previsto no Parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal –, e, a regra da obrigatoriedade do voto – inscrita no artigo 14, § 1º, I do mesmo diploma legal.

O que se defende na presente dissertação é que o princípio da soberania popular levou à superação da obrigatoriedade do voto. Como isto se dá? É o que se procurará responder no próximo tópico.

4.3 SUPERAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DO VOTO

Pois bem, como registrado acima, tem-se o encontro de duas normas constitucionais – o princípio da soberania popular (previsto no Parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal), com a regra da obrigatoriedade do voto (inscrita no artigo 14, § 1º, I), do mesmo diploma legal, e pretensão de se demonstrar a superação desta por aquele.

Conquanto se julgue que tal superação já possa ser percebida no tópico anterior, em que se deu a demonstração da inadequação entre o princípio da soberania popular e a obrigatoriedade do voto; no presente tópico serão desenvolvidas duas linhas de argumentação visando a confirmação do que se busca afirmar na presente dissertação.

A primeira linha de argumentação, já parcialmente tratada no presente trabalho, mas que se entende não apenas oportuna, porém necessária sua repetição, cuidará do deslocamento do poder soberano, isto é, da soberania, até chegar no povo como seu titular.

⁴²¹ MENDONÇA, Valda de Souza. **O exercício da soberania popular pelo voto não-obrigatório: ato de cidadania política consciente.** p. 177.

A segunda linha de argumentação, adotará a teoria do publicista alemão Otto Bachoff, e, entre nós, do professor de Recife Ivo Dantas, para se sustentar a tese da inconstitucionalidade da regra que prevê o voto obrigatório, não obstante trate-se de norma constitucional originária.

Assim é que, no princípio, diz Thomas Hobbes, era o Estado de Natureza, nele a soberania residia no homem, não no sentido de ser o povo soberano, não. Cada homem era seu único senhor, cada um era absolutamente soberano, o poder dependia da força. Dessa igualdade de capacidade resultava a igualdade de esperança quanto ao fim. Essa é a causa pela qual os homens, quando desejam a mesma coisa e não podem desfrutá-la por igual, tornam-se inimigos e, no caminho que conduz ao fim (que é, principalmente, sua sobrevivência e, algumas vezes, apenas seu prazer), tratam de eliminar ou subjugar uns aos outros. Um agressor teme somente o simples poder de outro homem⁴²².

Segundo ele, durante o Estado de Natureza nenhuma lei poderia ser editada enquanto os homens não entrassem num acordo e designassem uma pessoa para promulgá-la. Ademais, é fácil conceber como teria sido a vida enquanto não existia um poder comum a temer, pois o regime de vida dos homens que antes viviam sob um governo pacífico pode se degenerar numa guerra civil⁴²³.

Rousseau, tratando deste momento de individual soberania do homem, dispõe que essa liberdade comum decorre da natureza do homem. Sua primeira lei consiste em zelar pela própria conservação, seus primeiros cuidados são aqueles que devem consagrar a si mesmo, e tão logo alcança a idade da razão, sendo o único juiz dos meios adequados à sua conservação, torna-se por isso seu próprio senhor⁴²⁴.

John Rawls denomina este momento de “posição original”, partindo da ideia organizadora de sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais⁴²⁵. Para ele a posição original tem como sua característica o “véu da ignorância”, o qual não permite que as partes conheçam

⁴²² HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 94.

⁴²³ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 96.

⁴²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 10.

⁴²⁵ RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Traduzido por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 20.

as posições sociais ou as doutrinas abrangentes específicas das pessoas que elas representam. As partes também ignoram a raça e grupo étnico, sexo, ou outros dons naturais como força e a inteligência das pessoas⁴²⁶.

Chama-se atenção para o fato de que, embora se trate apenas de uma ideia, e não de um fato do passado, de uma realidade histórica, o Estado de Natureza caracteriza-se pelo fato de residir individualmente em cada homem o poder soberano. As divergências estão quanto à condição do próprio homem no Estado de Natureza.

Para Hobbes, tratava-se de um bruto, vivendo em constante estado de guerra⁴²⁷. Para Rousseau, tratava-se de um estado de homens livres, posto que nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante⁴²⁸. Para Rawls era uma sociedade de homens livres e iguais⁴²⁹.

O próximo passo na evolução, deixando para trás o Estado de Natureza, é a formação do Estado civil, isto se dá através de um contrato. Sobre isto diz Hobbes: “se não for instituído um poder considerável para garantir sua segurança, o homem, para proteger-se dos outros, confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade⁴³⁰. Continua Hobbes, enquanto entre as criaturas irracionais vige um acordo natural, entre os homens este surge apenas por meio de pacto, isto é, artificialmente⁴³¹.

Para John Rawls este acordo tem de ser celebrado sob certas condições para que seja um acordo válido do ponto de vista da justiça política. Em particular, essas condições devem situar, de modo equitativo, as pessoas livres e iguais e não deve permitir que alguns tenham posição de negociação mais vantajosa do que as de outras⁴³².

Com a formação do Estado Civil, por necessidade, o poder soberano deixa de pertencer a cada homem em particular, para ser exercido por uma pessoa ou grupo de pessoas. É ainda Hobbes quem esclarece, ensinando que: “Não causa espanto saber que é necessário algo mais além de um pacto,

⁴²⁶ RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. pp. 21/22.

⁴²⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. pp. 95/96.

⁴²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 13.

⁴²⁹ RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. p. 20.

⁴³⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 123.

⁴³¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 126.

⁴³² RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. p. 21.

para tornar constante e duradouro seu acordo, isto é, o poder comum capaz de fazê-los respeitar e dirigir suas ações para o bem comum”⁴³³.

O estágio seguinte, então, quanto à titularidade da soberania, é o absolutismo; o poder soberano concentrado nas mãos de uma única pessoa. Sobre o absolutismo diz Evelyne Pisier:

Na verdade, o Leviatã, seja ele monárquico, oligárquico ou democrático, só possui direitos: desde que ele seja instituído, ele não poderia ser contestado de modo algum por aqueles que o elegeram; ele é juiz do que é necessário para a paz e a defesa dos súditos e das doutrinas que é conveniente lhes ensinar; ele detém o direito de decretar regras tais que cada súdito saiba o que propriamente lhe pertence, de tal maneira que nenhum outro súdito possa lhe tomar o que ele tem sem injustiça; o de fazer justiça sob todas as suas formas, o de decidir sobre a guerra e paz e de escolher todos os conselheiros e ministros, tanto na paz como na guerra; o de retribuir e de castigar, e isso de acordo com sua vontade⁴³⁴.

Traduz muito bem esta concentração de poder existente no absolutismo Thomas Hobbes, ao afirmar que o soberano de um Estado, seja ele uma assembleia, seja um homem, não está sujeito as leis civis. Como é ele quem tem o poder de fazer e revogar às leis, pode, quando lhe aprouver, libertar-se dessa sujeição, revogando as leis que o estorvam e fazendo outras novas⁴³⁵.

O próximo passo será a transferência da soberania da pessoa do soberano para o próprio Estado. No século XIX, com o advento do constitucionalismo clássico, à medida que se despersonalizava a noção de Estado, verificava-se a separação do conceito de soberania da pessoa do monarca. A evolução histórica da soberania retratou a negação de toda subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder; o poder soberano de um Estado não podia reconhecer nenhum outro superior a si, sendo, portanto, poder supremo e independente⁴³⁶.

Na análise de Mário Soares, nessa linha dogmática, o Estado existe por si mesmo, pois se revela como uma ordem moral e jurídica objetiva, que não

⁴³³ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 126.

⁴³⁴ PISIER, Evelyne. **História das idéias políticas**. p. 55.

⁴³⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 189.

⁴³⁶ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. p. 97

depende nem da vontade dos homens nem do povo, isto é, o Estado é que possui o povo⁴³⁷.

Por fim, chega-se à soberania popular. A titularidade da soberania passa a pertencer a todos os componentes do povo, atribuindo-se a cada cidadão uma parcela do poder soberano.

A soberania do povo, já dito antes, é reconhecida pela Constituição Federal brasileira em seu Parágrafo único, artigo 1º: “Todo o poder emana do povo...”, nada obstante, o voto é obrigatório – CF, art. 14, § 1º, I.

Ora, a obrigatoriedade do voto nada mais é que a negação da soberania do povo, e um retrocesso à soberania do Estado, adotando-se claramente a doutrina da soberania nacional, segundo a qual o eleitor é tão somente um instrumento ou órgão de que se serve a nação para criar o órgão maior – o corpo representativo – a que delega o poder soberano, do qual todavia se conserva sempre titular. O sufrágio não representa a vontade autônoma do eleitor a intervir na eleição, mas a vontade soberana da nação⁴³⁸.

Nesta situação, o povo pertence ao Estado, disse-se linhas acima com Mário Soares, e, isto se confirma, observando-se como, ao conceituar o Estado, a Ciência Política coloca a soberania como um dos elementos componentes deste e não como qualidade do poder do povo, que, de fato, é tido, também, como um outro componente do Estado.

Assim é que, Dalmo Dallari, ao conceituar o Estado o afirma como a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”⁴³⁹.

Para Darcy Azambuja, isolando-se do conceito de Estado uma série de noções acidentais ou secundárias, verificar-se-á a permanência de três elementos essenciais: uma população; um território; um governo independente, ou quase, dos demais Estados. Esses elementos são essenciais e suficientes porque, em faltando um deles, não pode existir o Estado; onde concorram os três, surge o Estado⁴⁴⁰.

⁴³⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. p. 103

⁴³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. p. 229.

⁴³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 119.

⁴⁴⁰ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 36 ed. São Paulo: Globo, 1997. pp. 17/18.

Reis Friede tem como pressupostos (elementos essenciais) de existência do Estado o elemento físico do território, o elemento humano do povo e o elemento subjetivo da soberania⁴⁴¹.

Tal recuo da soberania não pode ser admitido, soberano é o povo. Este é o princípio constitucional maior, e o que se buscará demonstrar é que, outra regra que o contrariar, ainda que constitucional, pode ser pensada ou admitida como inconstitucional. É sobre o que passamos a discorrer.

É bem verdade que, para o Supremo Tribunal Federal, guardião e interprete maior da Constituição Federal, as normas constitucionais originárias, como é o caso da norma que prevê a obrigatoriedade do voto, é insuscetível de controle de constitucionalidade.

Confirma o acima dito, decisão unânime daquela Suprema Corte, proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.097-9, assim ementada:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário.⁴⁴²

A Ação supra tinha como causa de pedir, a declaração de inconstitucionalidade da parte final do § 4º do art. 14 da Constituição Federal, ao argumento de que o dispositivo afronta o art. 5º da própria Constituição.

Vale destacar do voto do Ministro Relator: O pedido é juridicamente impossível. É coisa fora de dúvida que, nos precisos termos do art. 102, I, a, da Constituição da República, o objeto primário da ação direta de inconstitucionalidade só pode ser lei ou ato normativo, ou, quem sabe, *rectius*, norma das classes de lei em sentido formal e material ou de ato normativo. O que, em absoluto, se não admite, em sistemas como o nosso, de Constituição rígida, é a ação tendente a atacar norma editada pelo constituinte originário.

A jurisprudência do Tribunal, portanto, é assente em reconhecer a impossibilidade de controle de constitucionalidade das normas produzidas pelo poder constituinte originário.

⁴⁴¹ FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do estado**: teoria constitucional e relações internacionais. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 48.

⁴⁴² Ação direta de Inconstitucionalidade 4.097-9. Relator: Min. Cezar Peluzo. Ementário nº 2340-2. DJe nº 211, Divulgação 05/11/2008, Publicação 07/11/2008.

Comentando o art. 93, nº I, alínea 2 da Lei Fundamental da Alemanha⁴⁴³, que traz previsão similar ao contido no art. 102, I a, da Magna Carta brasileira⁴⁴⁴, ensina Otto Bachof que, embora sugira-se a ideia de que o legislador, no tocante ao controle da constitucionalidade de normas jurídicas, pensou em primeira linha, se não mesmo exclusivamente, no controle de normas jurídicas sob a Constituição, que servirá de padrão, como referência à sua compatibilidade com as normas constitucionais: seja o controle de leis ordinárias de um Estado federado no que respeita à sua conformidade com a Constituição desse Estado federado, seja o controle do direito dos Estados Federados (inclusive do direito constitucional dos Estados federados) assim como de leis ordinárias federais no que respeita à sua conformidade com a Lei Fundamental⁴⁴⁵.

E, prossegue Bachof, todavia, também pode conceber-se uma inconstitucionalidade de normas constitucionais (um só e o mesmo plano) e também ela não pode ser pura e simplesmente excetuada do controle judicial⁴⁴⁶. Para ele, a permanência de uma Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma constitui⁴⁴⁷.

Corroborando o acima afirmado, Ivo Dantas, prelecionando que, a eficácia de uma Constituição dependerá, por um lado e sobretudo, de sua fidelidade aos valores sociais e políticos consagrados pela sociedade, sob pena de ocorrer o hiato constitucional, entendido como a quebra do ordenamento constitucional, em razão da não correspondência necessária entre a Constituição e a Realidade Social. Essa eficácia dependerá também de uma correta

⁴⁴³ **Grundgesetz:**

Art. 93 [Bundsverfassungsgericht, Zuständigkeit] (1) Das Bundsverfassungsgericht entscheidet:

2. bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmlich und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte zuf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung ode reines Dittells der Mitglieder des Bundstages;

⁴⁴⁴ **Constituição da República Federativa do Brasil**

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

⁴⁴⁵ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. p. 12.

⁴⁴⁶ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. 12.

⁴⁴⁷ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. II.

interpretação e da proteção que lhe é dada através do Controle de Constitucionalidade, quanto ao conteúdo que o texto prescreve⁴⁴⁸.

Deste modo, como já disposto anteriormente neste trabalho, a soberania que momentaneamente repousa sobre o poder constituinte originário, visto ser este mero exercente desta, pois soberano é o povo, não significa intocabilidade de sua obra, havendo casos de reconhecimento de direito suprapositivo a obrigar também o poder constituinte originário, bem como a possibilidade mesmo de se reconhecer uma norma constitucional como nula, se esta desrespeitar em medida insuperável os postulados fundamentais da justiça⁴⁴⁹.

Exemplo da primeira afirmativa - o reconhecimento da existência de direito suprapositivo - tem-se em decisão do VGH de *Württemberg-Baden* de 13.11.1950, em que aquele Tribunal Constitucional adotou, ainda que de forma cautelosa, um conceito de Constituição alargado por inclusão do direito suprapositivo. O Tribunal afirmou ser eventualmente possível uma norma da constituição infringir direito suprapositivo que, por seu lado, o legislador da Lei Fundamental, através do reconhecimento de direitos do homem invioláveis e inalienáveis, positivou em todo o caso em certa extensão, assim o declarando parte integrante da ordem constitucional⁴⁵⁰.

Ao seu turno, o VerfGH da Baviera em decisão de 24.04.1950, dispôs que, a nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está *a priori* e por definição excluída pelo fato de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas⁴⁵¹.

Estabelecido um debate acerca da decisão supra, o Tribunal Constitucional da Baviera esclareceu que: "...também o legislador constitucional se encontra vinculado ao direito, a cuja essência e conteúdo de sentido pertence o servir os valores éticos da dignidade humana e da justiça e, portanto, da

⁴⁴⁸ DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiapetta de Lacerda. **Teoria da inconstitucionalidade**: norma constitucional inconstitucional: coisa julgada inconstitucional. São Paulo: LTr, 2007. p. 22

⁴⁴⁹ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. 3.

⁴⁵⁰ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. 22.

⁴⁵¹ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. 23.

liberdade. Todo o poder do Estado – e por consequência também o poder constituinte – está de antemão limitado pela ideia de direito”⁴⁵².

Conquanto apresente o autor em comento diferentes tipos de inconstitucionalidades de normas originárias, para a presente dissertação interessa o estudo de apenas dois: a inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior e a inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional.

Quanto ao primeiro tipo, da inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior, afirma Bachof que, embora possa parecer à primeira vista algo paradoxal, pois uma lei constitucional não poderia, manifestamente, violar-se a si mesma, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, de caráter apenas formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito materialmente fundamental da Constituição⁴⁵³. Neste caso, afirma o Professor de Tübingen, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida⁴⁵⁴.

Para o publicista alemão, um preceito do documento constitucional pode ser inconstitucional e carecer, por isso, de obrigatoriedade jurídica em virtude de uma contradição com um preceito de grau superior do mesmo documento constitucional⁴⁵⁵.

Pois bem, de posse do acima dito, colocando-se em cotejo o dispositivo constitucional da soberania popular – Parágrafo único do Art. 1º. da Constituição Federal – com a norma da obrigatoriedade do voto – Art. 14, § 1º., I, outro não pode ser o resultado senão a superação desta última regra, ou nas palavras de Bachof “sua não vinculação”⁴⁵⁶. É o que se passa a demonstrar.

Para a demonstração do acima dito, necessário se faz estabelecer a distinção, ainda que de modo simples, entre regras e princípios.

Na lição de J. J. Gomes Canotilho, os princípios caracterizam-se por serem normas com um alto grau de abstração, enquanto as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. Ainda, na aplicação ao caso concreto, os

⁴⁵² BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. 26.

⁴⁵³ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. 55.

⁴⁵⁴ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. 55.

⁴⁵⁵ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. 55.

princípios por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta⁴⁵⁷.

Dessarte, vistas as características dos princípios e regras, não resta dúvida de que a norma da soberania popular trata-se de um princípio, enquanto a norma do voto obrigatório trata-se de uma regra, portanto, menos importante que aquela.

É o próprio Mestre português quem ensina que, o princípio da soberania popular transporta sempre várias dimensões historicamente sedimentadas; o povo é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação; ela vem do povo e a este se deve reconduzir⁴⁵⁸.

Retornado-se a Bachof, o segundo tipo de inconstitucional de norma constitucional pode ocorrer em razão de infração de direito supralegal positivado na lei constitucional. Ensina o referido autor que, se uma norma constitucional infringir outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural e carecerá de legitimidade, no sentido de obrigatoriedade jurídica⁴⁵⁹.

A incorporação material dos valores supremos na Constituição faz, porém, com que toda a infração de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violadora do conteúdo fundamental da Constituição. O direito constitucional supralegal positivado precede, em virtude do seu caráter incondicionado, o direito constitucional que é apenas direito positivo⁴⁶⁰.

Novamente, um detido exame do princípio da soberania popular, à luz do acima pregado, não leva a outra conclusão, senão que se está diante de norma supralegal positivada na Constituição. Basta que se observe a forma como o Constituinte de 1988 dá início ao Preâmbulo desta Constituição: “Nós, representantes do povo brasileiro....”.

Para se justificar o acima alegado, o presente trabalho adota, entre os vários conceitos de Constituição, o fornecido por Celso Ribeiro Bastos,

⁴⁵⁶ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. 56.

⁴⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** p. 166.

⁴⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** p. 418.

⁴⁵⁹ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** pp. 62/63.

segundo o qual a Constituição é a particular maneira de ser do Estado, vale dizer, é a norma fundacional do Estado⁴⁶¹.

A ilação é que, se o poder constituinte ainda vai dar origem ao Estado pela Constituição, contudo, antes mesmo do aparecimento deste, já reconhece como sendo o povo o titular da soberania, o princípio da soberania popular, anterior mesmo ao Estado, é norma supralegal que foi positivada na Constituição.

Para Luís Roberto Barroso, em razão do princípio da unidade da Constituição, não há que se falar em hierarquia entre normas constitucionais, contudo, pode-se cogitar de certa hierarquia axiológica, tendo em vista determinados valores que seriam, em tese, mais elevados⁴⁶². É o que se dá com o princípio da soberania popular em relação à obrigatoriedade do voto. Sendo aquele norma supralegal positivada na Constituição, tem carga axiológica superior a deste.

Ensina o Professor supra que, a moderna dogmática constitucional já não se impressiona com o argumento de autoridade, nem se satisfaz com a visão positivista do fenômeno jurídico – vale porque está escrito na norma. É imperioso demonstrar os valores e os fins que são atendidos por determinada proposição⁴⁶³.

Segundo Ivo Dantas, pode haver inconstitucionalidade de norma originária, que se dá em relação a própria Constituição a que pertence a norma eivada de inconstitucionalidade. São inconstitucionais tais normas quando: “contrariem os princípios e valores contidos na Constituição superior, ou seja, neguem e apresentem substitutivos àquilo que a cultura da consciência coletiva consagra”⁴⁶⁴.

Como se pode observar, o argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, de que não se pode reconhecer inconstitucionalidade de norma originária pelo simples fato de ser esta criada pelo poder constituinte originário, não encontra mais sustentação.

⁴⁶⁰ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** p. 63.

⁴⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. p. 42.

⁴⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 304.

⁴⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 143.

⁴⁶⁴ DANTAS, Ivo. **Teoria da inconstitucionalidade: norma constitucional inconstitucional: coisa julgada inconstitucional**. São Paulo; LT r, 2007, pp. 46/47.

A uma, porque como se demonstrou ao longo desta dissertação, o fato de ser o poder constituinte originário o exercente da soberania para elaboração da Constituição, não significa isto ausência absoluta de limites.

A duas, porque como noticia Luís Roberto Barroso, não é incomum que o próprio poder que convoca a assembléia nacional constituinte, além de lhe ditar regras de instalação, procure influenciar os próprios trabalhos de elaboração constitucional, pela imposição de formas e, por vezes, até de conteúdo⁴⁶⁵. Vejam-se os exemplos:

I – Na Itália, previu-se por decreto legislativo que, contemporaneamente à eleição para a assembléia constituinte, o povo seria chamado a decidir, mediante *referendum*, sobre a forma institucional do Estado (República ou Monarquia). Em consequência da deliberação popular, a forma de governo tornou-se republicana antes mesmo da elaboração da nova Constituição. Como se verifica, a decisão nessa matéria foi retirada da constituinte e atribuída diretamente ao povo.

II – No Brasil, após a Revolução de 30, o Governo Provisório dela originário editou decreto estabelecendo que a nova Constituição – que só viria a ser promulgada em 1944 – teria de manter a República e a Federação, sendo-lhe vedado, ademais, restringir direitos dos Municípios e dos cidadãos.

III – Caso por demais interessante ocorreu na África do Sul, em que, em 1994, no curso do processo de transição do regime do *apartheid*, foi adotada uma Constituição interina. Nela se previu que o texto definitivo de Constituição elaborado pela Assembléia Constituinte deveria ser submetido ao Tribunal Constitucional, que certificaria sua compatibilidade com determinados princípios constitucionais ajustados pelos dois lados no processo de transição. Em 1996, o Tribunal Constitucional negou certificação à Constituição e determinou que alguns dispositivos fossem refeitos.

De todo o exposto, é possível concluir-se que o princípio da soberania popular levou à superação da obrigatoriedade do voto, tornando-a regra não vinculativa, fazendo-se uso, novamente, da linguagem de Otto Bachof, linhas acima referida.

⁴⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** p. 112.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste último momento discursivo, cabe enfatizar que é possível tornar o voto obrigatório uma manifestação da vontade livre e soberana do eleitor. Isto porque, a regra constitucional que prevê a obrigatoriedade deste, teria perdido sua eficácia vinculante, face o superior princípio constitucional da soberania popular.

O voto como um dos principais instrumentos de manifestação da soberania popular, não pode ser, ao mesmo tempo, um instrumento de constrição do cidadão, tornando-o mero meio de eleição daqueles que vão dirigir o Estado.

A pesquisa literária desenvolvida na presente Dissertação procurou demonstrar que a soberania popular, legitimada pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, de forma livre e espontânea, melhor se adéqua ao disposto no art. 1º da Constituição Federal, que assevera ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito, tendo entre seus fundamentos, exatamente, a soberania popular.

O exercício do sufrágio através do voto obrigatório, sob pena de punição, ofende o constitucional princípio fundamental de que “todo o poder emana do povo”, inscrito no art. 1º, Parágrafo único da Carta Magna brasileira.

Ademais, a expressão soberania popular constante do art. 14 da Constituição Federal, bem como o reconhecimento do legislador constituinte de ser mero representante do povo para elaboração da Constituição, constante do Preâmbulo da mesma, significa que o povo é o titular do poder, razão por que o ato de votar decorre de um direito e não de uma obrigação.

Admitir-se o contrário disto, vale dizer, admitir-se a obrigatoriedade do voto, com punição pelo seu não exercício, seria tornar o cidadão mero instrumento do Estado, destituído de vontade autônoma e de soberania, negando-se, assim, eficácia ao princípio constitucional da soberania popular.

Ao longo deste trabalho foram examinadas algumas constituições além da brasileira, como a constituição dos Estados Unidos, de Portugal, da Alemanha, ficando demonstrado que no mundo ocidental está consolidada a

soberania e a supremacia do povo sobre o Estado, sendo do povo que emana o poder, e só o povo é soberano.

Utilizou-se, inclusive, do imperativo categórico de Emmanuel Kant, ficando demonstrado que obrigar o eleitor a votar em cada eleição, significa decretar a morte da liberdade, o que não pode ser admitido.

Cuidou-se, igualmente, de demonstrar a possibilidade de se admitir tratar-se o princípio da soberania popular de norma supralegal positivada pelo legislador constituinte na Constituição Federal, o que lhe conferiria uma hierarquia axiológica em relação a regra da obrigatoriedade do voto, tornando esta passível de ter reconhecida sua perda de eficácia vinculante.

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 4

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AFFONSO, Almino. **Voto obrigatório**. Revista Jurídica de Osasco, v. 3, 1996.

AJAJ, Cláudia. Voto distrital misto – um mito. In LEMBO, Cláudia; CAGGIANO, Monica Herman S (org.). **O voto nas Américas**. Barueri, São Paulo: Minha Editora, 2008.

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e participação no Brasil democrático. In AVRITZER, Leonardo (org.). **Experiências nacionais de participação social**. São Paulo: Cortez, 2009.

AZAMBUJA, Darcy, **Teoria Geral do Estado**. 36 ed. São Paulo: Globo, 1997.

_____. **Introdução à ciência política**. 11 ed. São Paulo: Globo, 1998.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito constitucional: uma abordagem histórico-crítica**. São Paulo: Madras, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de Teoria do Estado e ciência política**. 5 ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BENTO, Leonardo Valle. Democracia Participativa: percalços e desafios. In **Revista discente/ Universidade Federal de Santa Catarina. Curso de Pós-Graduação em Direito**. – v. 1. n. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

Bíblia Sagrada. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição revista e corrigida. São Paulo: Editora Vida, 1984.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

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

_____. **Curso de direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código eleitoral anotado e legislação complementar. 9 ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral. 2010.

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil. 45 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Diário da Justiça Eletrônico de 20/08/2010.

BRITO, Carlos Ayres. O aproveitamento do voto em branco para o fim de determinação de quociente eleitoral: inconstitucionalidade: In: ROCHA, C. L. A.; VELLOSO, C. M. S. (Orgs) **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: DI Rey, 1996.

CÂNDIDO, Joel José. **Inelegibilidades no direito brasileiro**. Bauru: Edipro, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, João Fernando Lopes de. Voto distrital. In ROLLO, Alberto (org.). **Reforma política: uma visão prática**. São Paulo: Iglu, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. A necessária reformulação do sistema eleitoral brasileiro. In VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia (Coord.). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Repensar a democracia. in **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. LIMA, Mário Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

DAHL Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLA-ROSA, Luiz Virgílio. **O direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **A “cidadania ativa” como novo conceito para reger as relações dialógicas entre as sociedades indígenas e o Estado nulticultural brasileiro**. In Hiléia: Revista da Amazônia. Ano 2. n. 2. Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas, 2004.

DANTAS, Ivo. **Teoria da inconstitucionalidade: norma constitucional inconstitucional: coisa julgada inconstitucional**. São Paulo; LT r, 2007.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **Direito e pós-modernidade**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política Jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Memórias da casa dos mortos**. Tradução de Natália Nunes e Oscar Mendes. Porto Alegre, RS: L & PM, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Declaration of independence and The Constitution of the United States. New York: Bantam Books, 1998.

FARIAS, José Fernando de Castro. **Crítica à noção tradicional de poder constituinte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Carlos (Org.). **100 discursos históricos**. Belo Horizonte: Editora Leitura, 2002.

FINNEY, Charles. **Teologia Sistemática**. Tradução de Lucy Lamakami, Luís Aron de Macedo e Degmar Ribas Júnior. Rio de Janeiro: Casa Publicadora das Assembléias de Deus, 2001.

FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do estado: teoria constitucional e relações internacionais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral** 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUIMARÃENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Campos Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, v. 1. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HELER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. de Luís Afonso Heck. 20 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KING, Martin Luther. **Um apelo à consciência: os melhores discursos de Martin Luther king**. CARSON, Clayborne; SHEPARD, Kris (orgs.). Tradução de Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

LASSALLE, Ferdinand Johann Gottlieb. **O que é uma constituição?**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1 ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHIAVELLI, Nicoló di Bernardo dei. **O príncipe**. Tradução de Brasil Bandecchi. 1 ed. São Paulo: Editora Moraes.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Representatividade e democracia**. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coords.). **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Valda de Souza. **O exercício da soberania popular pelo voto não-obrigatório: ato de cidadania política consciente**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002.

MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEGRI, Antonio. **A anomalia selvagem: poder e potência em Spinoza**. Tradução de Raquel Ramalhete. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

_____. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PASSOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial; Millenium Editora, 2008.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PISIER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Trad. de Maria Alice Farah Calil Antonio. Barueri, SP: Manole, 2004.

PONTES, Hamilton Valvo Cordeiro. Sistemas eleitorais em vigor na América do Sul. In LEMBO, Claudio; S. CAGGIANO, Monica Herman. **O voto nas Américas**. Barueri, SP: Minha Editora, 2008.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Traduzido por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ROLLO, Alexandre Luís Mendonça. As eleições proporcionais – voto em lista aberta e voto em lista fechada. In ROLLO, Alberto (Org.). **Reforma política: uma visão prática**. São Paulo: Iglu, 2007.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. 2 ed. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Traducion Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu'est-ce le tiers état?**. Tradução de Norma Azevedo. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Direito constitucional positivo**. 9 ED. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SOARES. Paulo Henrique. **Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo**. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, p. 4.

Disponível em [HTTP://www.senado.gov.br/senado/coleq/textos](http://www.senado.gov.br/senado/coleq/textos). Acesso em 08 de julho de 2011, às 11h16.

SPINOZA, Baruch. **Ética demonstrada à maneira dos geômetras**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. **Tratado político**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TELLES, Olivia Raposo da Silva. **Direito eleitoral comparado – Brasil, estados unidos e França**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TERRA, Ricardo R. **Kant & o direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

VIEIRA, Francisco Xavier Medeiros. **A (ainda) insuspeita força da cidadania**. Resenha Eleitoral, Florianópolis: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, v. 11, n. 1, 2004.

_____. **A experiência do voto facultativo como expressão da cidadania**. Resenha Eleitoral, Florianópolis: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, v. 1, n. 1, 1994.

WOLMER, Antônio Carlos: Movimentos Sociais: nova fonte de juridicidade. Direito em debate, Universidade de Ujuí, ano VI, nº 7, jan-jun. 1996, p. 47, apud. BAHIA, Carolina Medeiros. **As diversas apropriações da crise de legitimidade do estado e a importância dos movimentos sociais para a democratização da esfera pública estatal**. Revista Discente/Universidade Federal de Santa Catarina. Curso de Pós-Graduação em Direito. –v. 2. n. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.