



Íntegra

Da não recepção do art. 109, § 2º, e do art. 111 do Código Eleitoral pela atual Constituição Federal

Por: Ricardo Luiz da Costa Tjäder

1 NÃO RECEPÇÃO DO § 3º DO ART. 109 DO CÓDIGO ELEITORAL

Estou plenamente convencido de que o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, que estabelece que "só poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos que tiverem obtido o quociente eleitoral", não foi recepcionado pela atual Constituição Federal.

Ocorre que, antes da edição de nossa atual Carta Magna, eram do mesmo nível legal as normas que estabeleciam que, nas eleições para a Câmara dos Deputados, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, seria obedecido o princípio da representação proporcional (art. 84 do Código Eleitoral) e a que estabelecia a exclusão da distribuição de lugares do partido que não tivesse atingido o quociente eleitoral (acima reproduzida), os quais integravam o mesmo diploma legal: o Código Eleitoral.

Além da mesma graduação legal, as duas normas pertenciam ao mesmo diploma legal, o que lhes exigia uma interpretação integrativa, especialmente porque havia expressa previsão de que a mesma lei (Código eleitoral) estabeleceria o que era princípio da representação proporcional, porque, ao seu final, dizia o art. 84 que aquelas eleições obedeceriam ao princípio da representação proporcional, na forma da lei". Assim sendo, à época, podia ser considerada que a exclusão dos partidos que não tivessem atingido o quociente eleitoral integrava a própria definição do que era eleição pelo sistema proporcional.

Entretanto, com a edição da atual Constituição Federal, algumas mudanças ocorreram nessa área. O sistema proporcional, previsto às eleições para os legislativos federal (com exclusão do Senado), estaduais e municipais apenas em legislação ordinária, passou a ser previsto na própria Constituição Federal. E, como já afirmei em outra oportunidade: "ao ser alçada à categoria de disposição constitucional, indiscutivelmente aumentou consideravelmente seu grau de relevância" (Enfoques jurídico-políticos das trocas de partidos, in Anais do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral, p. 155-165).

A determinação de que estas eleições deverão, obrigatoriamente, seguir o sistema proporcional está prevista nos arts. 45 (Câmara Federal) e 27, § 1º (que manda aplicar ao mandato dos Deputados Estaduais as regras que a Constituição estabeleceu sobre sistema eleitoral - e o que estabeleceu foi o sistema proporcional para a eleição de Deputados Federais, que deve, então, ser o aplicado também para as eleições de Deputados Estaduais).

Observe que em relação à eleição para os legislativos municipais não estabeleceu a Constituição Federal, de modo expresso, qual o sistema eleitoral que deveria ser seguido, mas, em atenção ao princípio da simetria, deve-se entender que a eleição em nível municipal segue o mesmo sistema adotado em níveis federal e estadual (o que, aliás, tem sido entendido sem nenhuma discussão em todas as eleições municipais realizadas posteriormente à edição da Constituição). Sublinhando mais essa questão referente à eleição para Câmara de Vereadores, pode-se dizer, ainda, que não quis o legislador implantar dois sistemas proporcionais diferentes: um para os níveis federal e estadual e outro para o municipal, até porque, para isso, seria necessário que o tivesse feito de forma absolutamente clara, distinguindo os dois sistemas, o que não ocorreu na Constituição Federal.

Mas o que muda com a circunstância de a eleição pelo sistema proporcional ter sido prevista na Constituição Federal, e não mais na legislação ordinária?

Em primeiro lugar - que não é o que interessa à espécie -, passou a ser mais difícil a sua substituição por outro sistema eleitoral (sistema distrital, por exemplo), pois agora é necessária a edição de emenda constitucional para afastar a incidência desse sistema nas eleições, com o necessário e difícil quorum qualificado de 3/5 dos membros da Câmara e do Senado.

Além disso, ao estabelecer o sistema proporcional nas eleições legislativas, disse a Constituição Federal que tem que haver na representação legislativa o respeito à proporcionalidade; que cada partido tem direito ao número de representantes populares demonstrada por sua força eleitoral na proporção da força eleitoral dos demais partidos participantes do pleito. Assim sendo, transformando em exemplo prático, quem fez 10% dos votos tem direito a 10% das vagas no respectivo Poder Legislativo; quem fez 20% dos votos tem direito a 20% das vagas, e assim por diante.

Essa exigência de representação segundo a proporção de votos tem caráter extremamente democrático, pois dá amplamente ao povo o direito de decidir a força que cada partido deverá ter no Poder Legislativo respectivo e também porque valoriza todos os votos, mesmo os que não forem dados aos candidatos campeões de votação, pois poderão, no mínimo, influenciar na proporcionalidade, assim ocorrendo com relação aos votos dados apenas à legenda. O eleitorado, e somente ele, decide a proporção que deseja na composição da casa legislativa, entre os vários partidos que participem do pleito.

Tendo em vista sua inserção na Constituição Federal, o sistema proporcional não poderá ser quebrado, alterado ou minimizado por nenhuma norma de hierarquia legislativa inferior. Dessa forma, a legislação ordinária não poderá estabelecer regras que façam com que o sistema não seja, na prática, efetivamente proporcional, pois isso atentaria contra o texto literal da Constituição e, também, contra o espírito das referidas normas, que querem que as representações dos partidos sejam efetivamente proporcionais. Não é dado à legislação ordinária estabelecer exceções que desrespeitem o sistema da representação proporcional.

Poder-se-ia dizer, de outra forma, que antes era admitida a existência de uma forma de proporcionalidade relativa, mas agora se está frente à necessidade legal-constitucional de que a proporcionalidade entre os partidos seja absoluta, não se aceitando mais nenhuma forma de minimizá-la.

Ocorre, entretanto, que o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, que agora é norma de hierarquia inferior em relação a esses disciplinamentos constitucionais, causa, em verdade, uma ruptura no sistema proporcional, pois faz com que, apesar de o sistema ser denominado de proporcional, haja representações não-proporcionais entre os partidos, já que impede a participação de alguns partidos no cálculo da representação e favorece, em níveis incríveis, outros partidos (normalmente os mais fortes), que terão representação maior que a correspondente à proporcionalidade dos seus votos totais.

No quadro anexo, apresento alguns exemplos dessas discrepâncias, verificadas em eleições municipais no Estado do Rio Grande do Sul, nas eleições de 1988 e 1992. Essas discrepâncias chegam a ser tão grandes que, muitas vezes, alteram a maioria parlamentar na casa legislativa. Em alguns casos, partidos que atingiram aproximadamente 40% dos votos conseguem, em virtude da exclusão dos partidos que não atingiram o quociente eleitoral, fazer mais de 50% da representação popular.

Não podemos esquecer que o número de vagas de cada partido deve corresponder à efetiva proporção de votos que os eleitores deram para cada partido nas urnas, e não à outra quantia qualquer. Se assim não for, não será representação proporcional.

Observe, ainda, que pode parecer que deva mesmo ser excluído da representação parlamentar o partido que não tiver atingido o quociente eleitoral, por não ter ele representação popular. Ocorre que muitas vezes a quantidade de votos faltantes para atingir o quociente eleitoral foi ínfima, extremamente pequena, que se ele participasse do cálculo das quebras que define as vagas não preenchidas diretamente pelo cálculo do quociente eleitoral, atingiria quociente partidário superior ao de partido que já estivesse disputando outras vagas além das já conquistadas pelo quociente eleitoral.

Existem casos em que partido que não atingiu o quociente eleitoral, mas conseguiu mais de 10% dos votos, quando necessitava de 11,1% (eleição em pequeno município com 9 vagas a vereador), pelo sistema atual ficou com 0% de representação popular, transferindo-se, quase que num golpe de mágica, esse

percentual, de forma gratuita e artificial, para a representação de seus concorrentes no pleito, fortalecendo-os, sem que isto fosse a efetiva demonstração da vontade dos eleitores.

Essa visão de maior valorização da proporcionalidade entre os partidos não quer dizer, também, que os partidos que não atingirem o quociente eleitoral devam sempre ter representação parlamentar, mas sim, apenas, quando sua quantidade de votos for suficientemente alta para superar o quociente partidário dos demais partidos participantes do pleito, calculado de acordo com o inciso I do art. 109 do Código Eleitoral. Quando for inferior ao quociente de outros partidos, continuará ele sem nenhuma representação parlamentar, mas isso justamente devido à pequena proporção de seu eleitorado, em relação ao todo. Estará atendida, assim, a proporcionalidade estabelecida pelos eleitores.

O direito que se quer estabelecer em favor dos partidos que não atingiram o quociente eleitoral não é o de sempre ganhar alguma vaga no Poder Legislativo, mas sim o de poder, efetivamente, competir pela conquista de vagas, dentro do cálculo das quebras.

Assim sendo, de maneira a valorar adequadamente a norma constitucional, que estabeleceu que determinadas eleições deverão obrigatoriamente seguir o sistema proporcional, e para valorizar, de maneira mais ampla, todos os votos válidos dados pelos eleitores, sem exclusão de alguns (os endereçados a partidos que não atingirem o quociente eleitoral), advogo que não pode ser considerada como norma legal, válida e aplicável pelos operadores do direito (especialmente os integrantes do Poder Judiciário Eleitoral), a prevista pelo § 2º do art. 109 do Código Eleitoral. Ela não foi recepcionada pelas normas constitucionais que consagram o sistema proporcional, não integrando mais a definição do que seja tal sistema.

2 NÃO RECEPÇÃO DO ART. 111 DO CÓDIGO ELEITORAL

Situação também tipicamente caracterizadora de descumprimento de norma constitucional é a prevista no art. 111 do Código Eleitoral, que estabelece que:

"Se nenhum partido alcançar o quociente eleitoral, considerar-se-ão eleitos, até serem preenchidos todos os lugares, os candidatos mais votados."

Ocorre que, atendendo-se a essa norma, ter-se-ão, muitas vezes, representações absolutamente desproporcionais em relação a partidos que participaram de um pleito específico, pois que a ordem de votação dos candidatos não tem efetiva e direta relação com a proporção de votos recebidos por seu partido.

Quantas vezes já ocorreu que algum candidato a cargo eletivo incluiu-se entre os candidatos mais votados e não teve direito a vaga alguma, porque o seu partido não atingiu o quociente eleitoral? Isto ocorreu, por exemplo, na eleição municipal de 1988, na cidade de Porto Alegre, quando a candidata mais votada em toda a cidade, a hoje Deputada Estadual Jussara Cony, não teve direito a uma vaga na vereança, pois seu partido não fez um total de votos que, na proporção total dos dados aos vários partidos, fizesse jus a ocupar uma das vagas daquele legislativo, na oportunidade.

Mas, se for seguida a disciplina do artigo 111 do Código Eleitoral, ocorrerão muitas vezes que partidos não teriam direito a vaga alguma pelo sistema proporcional, ou que teriam direito a menos vagas, por possuírem candidatos muito bem votados, conseguirão mais vagas, enquanto que partidos que teriam vagas pela proporcionalidade, ficarão sem vaga ou com menos vagas que as que seriam indicadas pela efetiva proporcionalidade.

Assim, o art. 111 do Código Eleitoral também deve ser entendido como não recepcionado pela Constituição Federal, pois estabelece forma não-proporcional de representação popular em eleições legislativas, contrapondo-se à obrigatoriedade estabelecida pela Constituição de que o sistema a ser seguido para a definição da representação popular seja o proporcional.

3 INCIDÊNCIA SOBRE RESULTADO DE ELEIÇÕES ANTERIORES

Apesar de a proporcionalidade, como forma de estabelecimento dos eleitos para as casas legislativas, ter origem na Carta Magna, isso não quer dizer que a eventual adoção do entendimento ora defendido por algum julgador significará que deverá ser alterada, de ofício ou mediante provocação, a composição de alguma casa legislativa que tiver tido a indicação de seus componentes estabelecida pelo sistema que excluía os partidos que não tivessem atingido o quociente eleitoral,

ou que incluía todos os partidos, se nenhum tivesse atingido o quociente eleitoral. Isso porque todo o processo eleitoral se baseia, como praticamente todo nosso sistema judiciário, nos princípios da preclusão e da coisa julgada das decisões proferidas. Não se pode esquecer que as decisões que indicaram os eleitos naquelas eleições foram divulgadas, tanto nas etapas de proclamação dos eleitos, quanto na de diplomação, não tendo havido ataque a tais atos, pelos motivos elencados neste trabalho.

Assim sendo, precluiu o direito de qualquer interessado arguir defeito na proporcionalidade, mantendo-se, assim, a composição definida pelo resultado proclamado pela Justiça Eleitoral na época oportuna.

Também não se justifica eventual alteração de ofício, por parte dos órgãos da Justiça Eleitoral, porque não se trata de alguma espécie de nulidade absoluta, que possa ser declarada a qualquer tempo. Além do que, não existem fatores de conveniência jurídica e econômica para se alterar composições de casas legislativas durante os respectivos períodos legislativos, com todos os problemas que daí decorreriam, inclusive discussões totalmente prejudiciais quanto aos atos legislativos praticados por pessoas que não deviam tê-las integrado, se a forma de cálculo da proporcionalidade tivesse sido diverso, mais fiel à Constituição Federal.

Assim sendo, entendo que a não-recepção dos artigos indicados somente deverá se operar ex nunc, a partir dos pleitos eleitorais que se realizarem no futuro, a partir das respectivas decisões judiciais (das Juntas Eleitorais) que proclamarem os eleitos em cada nova disputa regida pelo sistema proporcional, como estabelece a Constituição Federal.

4 CONCLUSÕES

A) Não foi recepcionado pela Constituição Federal o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, por minimizar a obediência absoluta ao princípio da proporcionalidade nas eleições para Deputados Federais, Estaduais e Vereadores.

B) Não foi recepcionado pela Constituição Federal o art. 111 do Código Eleitoral, por estabelecer composições de casas legislativas sem nenhuma atenção à efetiva proporcionalidade de votos recebidos pelos partidos que participaram do pleito.

C) Esse entendimento somente poderá ser aplicado às eleições futuras, tanto por obediência ao princípio da preclusão dos atos do processo eleitoral, quanto pelos prejuízos que causariam ao trabalho desenvolvido pelas casas parlamentares, as quais poderiam sofrer alterações em suas composições, caso o entendimento tivesse efeitos ex tunc.

ANEXO I - QUADRO DE EXEMPLOS

1º Exemplo

Município: Ibirama - Eleição de 1992

Total de votos válidos:	3.116
Total de vagas na Câmara:	9
Quociente Eleitoral:	346

Votações e número de vereadores:

PMDB: 1562 votos (50, 1% do total) -7 vagas (77, 7% do total) Média de votos por vaga: 223

PDT: 548 votos (17,6% do total) -2 vagas (22,2% do total) Média de votos por vaga: 274

PDS: 344 votos (11,04% do total) -0 vaga (0% do total) Média possível de ser alcançada: 344

PRN: 334 votos (10,7% do total) -0 vaga (0% do total) Média possível de ser alcançada: 334

Esta divisão de vagas evidentemente não é proporcional. Observe-se que os partidos que não participaram do cálculo das quebras, por não terem atingido o quociente eleitoral (PDS e PRN), têm média superior à dos partidos que participaram do pleito (PMDB e PDT) e ganharam vagas.

A divisão que seria proporcional, com a participação dos partidos que não atingiram o quociente eleitoral, seria a seguinte:

PMDB: 1562 votos (50, 1% do total) -5 vagas (55,5% do total) Média de votos por

vaga: 321

PDT: 348 votos (17,6% do total) -2 vagas (22,2% do total) Média de votos por vaga: 274

PDS: 344 votos (11,04% do total) -1 vaga (11, 1% do total) Média de votos por vaga: 344

PRN: 334 votos (10,7% do total) -1 vaga (11, 1% do total) Média de votos por vaga: 334

2° Exemplo

Município: São Leopoldo - Eleição de 1988

Total de votos válidos:	72.884
Total de vagas na Câmara:	21
Quociente Eleitoral:	3.471

Votações e número de vereadores:

PMDB: 23.281 votos (31,9% do total) -9 vagas (42,9% do total) Média de votos por vaga: 2.587

PDT: 22.286 votos (30,6% do total) -8 vagas (38, 1% do total) Média de votos por vaga: 2.786

PSDB: 3.061 votos (4,2% do total) -0 vaga (0% do total) Média possível de ser alcançada: 3.061

PSB: 3.011 votos (4,1% do total) -0 vaga (0% do total) Média possível de ser alcançada: 3.011

Esta divisão não é proporcional. Observe que as médias do PMDB e do PDT são inferiores às do PSDB e PSB, e que aqueles dois partidos juntos têm uma representação 8% maior que a quantidade de votos obtida.

A divisão mais proporcional seria a seguinte:

PMDB: 23.281 votos (31,9% do total) -8 vagas (38, 1% do total) .

Média de votos por vaga: 2.910

PDT: 22.286 votos (30,6% do total) -7 vagas (33,3% do total) Média de votos por vaga: 3.183

PSDB: 3.061 votos (4,2% do total) -1 vaga (4,8% do total) Média de votos por vaga: 3.061

PSB: 3.011 votos (4,1% do total) -1 vaga (4,8% do total) Média de votos por vaga: 3.011

3° Exemplo

Município: Taquara - Eleição de 1988

Total de votos válidos:	20.886
Total de vagas na Câmara:	15
Quociente Eleitoral:	1.392

Votações e número de vereadores:

POS: 6.947 votos (33,3% do total) -6 vagas (40% do total) Média de votos por vaga: 1.158

PMOB: 3.998 votos (19,1% do total) -4 vagas (26,7% do total) Média de votos por vaga: 999,5

PL: 1.288 votos (6,2% do total) -0 vaga (0% do total) Média possível de ser alcançada: 1.288

POT: 1.232 votos (5,9% do total) -0 vaga (0% do total) Média possível de ser alcançada: 1.232

Esta representação não é proporcional. A representação que seria proporcional é a seguinte:

POS: 6.947 votos (33,3% do total) -5 vagas (33,3% do total) Média de votos por vaga: 1.389

PMOB: 3.998 votos (19,1% do total) -3 vagas (20% do total) Média de votos por

vaga: 1.331

PL: 1.288 votos (6,2% do total) -1 vaga (6,7% do total) Média de votos por vaga: 1.288

POT: 1.232 votos (5,9% do total) -1 vaga (6,7% do total) Média de votos por vaga: 1.232

4° Exemplo

Município: Portão- Eleição de 1992

Total de votos válidos:	12.285
Total de vagas na Câmara:	9
Quociente Eleitoral	1.365

Votações e número de vagas:

PMDB: 4.890 votos (40% do total) -5 vagas (55,5% do total) Média de votos por vaga: 978

PDS: 1.344 votos (10,9% do total) -0 vaga (0% do total) Média de votos por vaga: 1.344

Essa representação não é proporcional e faz com que passe a ter maioria na Câmara dos Vereadores partido que não conquistou a maioria dos votos (maioria nitidamente artificial).

A representação proporcional seria a seguinte:

PMDB: 4.890 votos (40% do total) -4 vagas (44,4% do total) Média de votos por vaga: 1.223

PDS: 1.344 votos (10,9% do total) -1 vaga (11, 1% do total) Média de votos por vaga: 1.344

5° Exemplo

Município: Cerro Largo - Eleição de 1992

Total de votos válidos:	8.285
Total de vagas na Câmara:	9
Quociente Eleitoral:	921

Votações e número de vereadores:

PDS/PTB: 3.874 votos (46,8% do total) -5 vagas (55,5% do total) Média de votos por vaga: 775

PT: 833 votos (10,1% do total) -0 vaga (0% do total) Média de votos por vaga: 833

Esta divisão não é proporcional. Observe que a coligação PDS/PTB passa a ter a maioria das vagas de vereadores, embora não tenha atingido a maioria dos votos válidos.

A proporção correta seria a seguinte, com a qual, inclusive, seria retirada a maioria artificial da referida coligação:

PDS/PTB: 3.874 votos (46,8% do total) -4 vagas (44,4% do total) Média de votos por vaga: 968,5

PT: 833 votos (10,1 % do total) -1 vaga (11, 1% do total) Média de votos por vaga: 833

ANEXO II - MUNICÍPIOS DO RIO GRANDE DO SUL COM REPRESENTAÇÕES NÃO-PROPORCIONAIS

Esta forma de representação não-proporcional, ditada pelo entendimento que valoriza e considera ainda em vigor o § 2° do art. 109 do Código Eleitoral, resultou em representações desproporcionais, nas eleições municipais dos anos de 1988 e 1992, nos seguintes municípios do Estado do Rio Grande do Sul:

I- Eleições Municipais de 1988: 1 - Água Santa; 2- Alto Alegre; 3 - Arroio do Sal; 4 - Augusto Pestana; 5 - Bom Princípio (alterou a maioria); 6 - Bossoroca; 7 - Caibaté (alterou duas vagas e a maioria); 8 - Cidreira; 9 - Cruz Alta; 10 -Erval Seco; 11 - Esmeralda (alterou a maioria); 12 - Estação (alterou a maioria); 13 - Guaporé; 14 - Horizontina; 15 -Ibirapuitã; 16 - Ijuí (alterou duas vagas); 17 - Jaboticaba; 18 - Jaquirana; 19 - Liberato Salzano (alterou a maioria); 20 - Mariano Moro (alterou a maioria); 21 - Nova Bréscia; 22 - Piratini; 23 - Porto Lucena; 24 - Quaraí (alterou duas vagas); 25 - Redentora; 26 -Roque Gonzales; 27 -

Sananduva (alterou a maioria); 28 - Santa Maria; 29 - Santiago; 30 - Santo Cristo (alterou a maioria); 31 - São Borja; 32 - São Gabriel; 33 - São Leopoldo (alterou a maioria); 34 - São Pedro do Sul; 35 - Segredo; 36 - Serafina Correa; 37 - Soledade; 38 - Taquara (alterou duas vagas); 39 - Tenente Portela (alterou a maioria); 40 - Terra de Areia; 41 - Três Arroios; 42 - Tucunduva (alterou a maioria); 43 - Uruguaiana; 44 - Vicente Dutra e 45 - Victor Graeff.

II -Eleições de 1992: 1 - Alegrete; 2 - Alpestre; 3 - Alvorada; 4 - Amaral Ferrador (alterou a maioria); 5 - Aratiba (alterou a maioria); 6 - Aurea; 7 - Barra Funda (alterou a maioria); 8 - Caibaté (alterou a maioria); 9 - Campos Borges; 10 - Capão do Leão; 11 - Caseiros; 12 - Caxias do Sul; 13 - Cerro Largo (alterou a maioria); 14 - Chapada; 15 - Condor; 16 - Constantina (alterou a maioria); 17 - Coqueiros do Sul; 18 -Dezesseis de Novembro; 19 - Dois Irmãos; 20 -Horizontina; 21 - Ibirama (alterou duas vagas); 22 - Itatiba do Sul; 23 - Jaboticaba; 24 - Júlio de Castilhos; 25 - Liberato Salzano (alterou a maioria); 26 - Mato Leitão; 27 - Minas do Leão; 28 - Novo Hamburgo; 29 - Novo Tiradentes; 30 - Panambi; 31 - Portão (alterou a maioria); 32 - Porto Alegre; 33 - Putinga; 34 - Sananduva (alterou a maioria); 35 - São José das Missões; 36 - São Pedro do Butiã (alterou a maioria); 37 - São Pedro da Serra; 38 - Sinimbu; 39 -Tenente Portela; 40 -Tiradentes do Sul (alterou a maioria); 41 - Torres; 42 - Uruguaiana (alterou duas vagas); 43 - Vila Maria.

FONTE DOS RESULTADOS ELEITORAIS

1) ELEIÇÕES 1988/89, Porto Alegre: Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio Grande do Sul, 1989. 2 v.

2) ELEIÇÕES MUNICIPAIS 1992, Porto Alegre : Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1995. 2 v.

Juiz de Direito - Cruz Alta - RS.

Publicado na RESENHA ELEITORAL - Nova Série, v. 3, n. 2 (jul./dez. 1996).