

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MURILO RODRIGUES DA ROSA

**A REFORMA POLÍTICA E O FINANCIAMENTO DE CAMPANHA
ELEITORAL NO BRASIL**

FLORIANÓPOLIS

2015

Murilo Rodrigues da Rosa

**A REFORMA POLÍTICA E O FINANCIAMENTO DE CAMPANHA
ELEITORAL NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito para
colação de grau.

Orientador: prof. Dr. Reinaldo
Pereira e Silva.

Florianópolis

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Reforma Política e o financiamento de campanha eleitoral no Brasil.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Murilo Rodrigues da Rosa**, defendido em **30/06/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

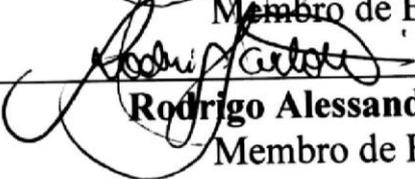
Florianópolis, 30 de Junho de 2015



Reinaldo Pereira e Silva
Professor(a) Orientador(a)



Marcel Soares de Souza
Membro de Banca



Rodrigo Alessandro Sartoti
Membro de Banca

**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): **Murilo Rodrigues da Rosa**

RG: 5033 284

CPF: 076.657.789-92

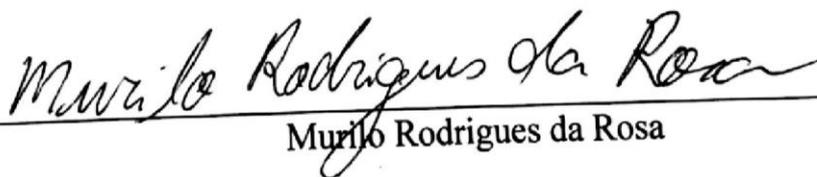
Matrícula: 10202655

Título do TCC: **Reforma Política e o financiamento de campanha eleitoral
no Brasil.**

Orientador(a): **Reinaldo Pereira e Silva**

Eu, **Murilo Rodrigues da Rosa**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 30 de Junho de 2015



Murilo Rodrigues da Rosa

AGRADECIMENTOS

As palavras e os nomes nessas páginas são o reconhecimento de que a minha graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina não foi um projeto solitário. Ela contou com a participação de muitas pessoas que marcaram a minha passagem pela universidade, colaboraram para o meu crescimento pessoal, político e intelectual, imprimiram em mim profundas marcas que levarei para fora da UFSC.

Antes de falar sobre minha trajetória universitária, algumas pessoas merecem ser lembradas. Essas pessoas foram o fundamento de tudo o que foi construído até o momento. Em primeiro lugar, tenho que agradecer a minha mãe Simone, exemplo de mulher, mãe, amiga, conselheira, trabalhadora. Por ter sempre apoiado meus sonhos, meus projetos, minhas viagens, meu intercâmbio, por ter escutado meus anseios, minhas preocupações, por ter ouvido minhas palavras, pelo incentivo constante aos estudos, por assegurar a minha permanência em Florianópolis, e por inúmeros outros pequenos e grandes feitos, pelo amor infinito, meus mais sinceros agradecimentos.

Aos meus avós maternos, Pedro e Santina, a ajuda dada durante esses anos na faculdade, pelo apoio aos estudos, pelo exemplo do trabalho e da dedicação, pelas conversas sérias e também pelas horas de descontração. À avó paterna, Cristina, por todas as nossas longas conversas, que muito me moldaram, além do exemplo de bondade, amor e fé. *In memoriam*, ao meu avô paterno, José Antonio, do qual tenho apenas lembranças de tempos felizes e despreocupados.

Ao meu pai, Cleverson, que sempre me incentivou a cursar Direito e que apesar de todas as dificuldades da vida não perde a leveza, o bom humor, o carisma e a simpatia.

Na Universidade, tive a sorte de logo no início encontrar a professora Dr^a. Jeanine Nicolazzi Philippi, a quem devo muito da minha formação intelectual. Suas provocações desde o início despertaram reflexões que levaram a questionar tudo o que tinha como certo, propiciando uma verdadeira abertura à novas ideias.

Devo fazer também um agradecimento geral a todos os professores que marcaram a minha graduação, que contribuíram para uma formação crítica e humana, em especial à professora Dr^a Vera Regina Pereira de Andrade.

Ao professor Dr. Reinaldo Pereira e Silva, por aceitar a missão de orientar este trabalho de conclusão de curso.

Ao professor Marcel Soares de Souza, que foi desde o início uma referência política e intelectual dentro do curso de Direito, pela participação na banca de defesa. Agradeço também ao Rodrigo Sartoti e ao Gustavo Zatelli por aceitarem tecer alguns comentários sobre esta monografia.

No centro de ciências jurídicas, tive a oportunidade de conhecer pessoas incríveis e aprender muito com elas. O primeiro contato foi com os colegas de sala, com os quais logo formei um vínculo de cumplicidade. Aos amigos Gregório, Glenda, Carla, Domitila, Diogo, Roberto e Roger, que tornaram suportáveis as aulas chatas e mais interessante o dia a dia.

Porém, muito além da sala de aula, foi na Universidade Federal de Santa Catarina que percebi a importância de um projeto coletivo. O movimento estudantil me proporcionou experiências que mudaram totalmente minha visão de mundo. Num mundo cada vez mais individualista e atomizado, encontrar pessoas dispostas a construir coletivamente um projeto alternativo foi a parte mais interessante da vida universitária. No movimento estudantil tive oportunidade de conhecer pessoas de todos os centros de ensino, de vários cursos diferentes, de viajar para encontros nacionais e vivências inspiradoras, e ainda a oportunidade de representar os estudantes no Conselho Universitário. Portanto, quero agradecer a todos os que colaboraram com a chapa Rosa dos Ventos (2010) e Polifonia (2012) para o Diretório Central dos Estudantes Luís Travassos, particularmente à Luana, Diógenes, Nando Reis, Pedro, Carol, Sara, Arland, Tomás, Belinha, Bagé, Pri, Tamara, Gabriela, João Gabriel, Iohanna, João Paulo, Jonathan, Bruna, Zeva, Ellen, Tainam, Renato, Marino, Josué, Igor, Tito.

No curso de direito, tradicional e conservador, a chapa Primavera nos Dentes (2011), foi capaz de demonstrar a importância da resistência e do pensamento contra-hegemônico. A nossa gestão do Centro Acadêmico XI de Fevereiro, com suas intermináveis reuniões, os encontros e desencontros, os eventos e as festas, são resultado de muita vontade e determinação de diversas pessoas. Agradeço pelas experiências que tive, principalmente à Renata, Nayara, Vanessa, Sartoti, Innocente, Geovani, Glenda, Domitila, Carla.

À todos os que estiveram presentes nas chapas Tanto Mar (2012), Desmuros (2013), Roda a baiana (2014). Cada chapa foi singular e de todas elas extraí importantes lições. Aos integrantes da chapa Movimento (2015), que demonstram que o movimento estudantil tem essa incrível capacidade de se reinventar e se reorganizar.

Impossível não mencionar o Programa de Educação Tutorial, lugar no qual encontrei as pessoas mais dedicadas à academia dentro do curso. A força do pensamento crítico e da reflexão é aquela de não aceitar passivamente o direito posto e de pensar novas possibilidades e caminhos. Agradeço a todos os petianos que usaram e usam suas energias para tornar o programa um centro de convergência de troca de ideias e de formação intelectual, principalmente à Moisés, Eduardo, Adailton, Carolina, Pedro, Rafael, Helena, Fernando, Victor, Censi, Demetri, Ana, Marja, Renata, Roger, Flávio, Contini, Lariane, Chapecó, Priscilla, Bruna, Maila, João Victor, Ana Maria, e Scheide.

Agradeço imensamente aos amigos que partiram comigo em aventuras além-mar, Gregório, Gustavo e Roberta. Penso que devemos medir o tamanho do mundo a partir de nossas experiências, e com a ajuda de vocês meu mundo ficou um pouco maior.

Ao Vitor Botega, com quem dividi o teto no começo e no final da faculdade, compartilhamos as alegrias do início e as tensões da conclusão, pela parceria e o companheirismo.

À Thamirys, pelas ótimas conversas e pela amizade sincera.

À Bia, por todo o amor.

Por fim, um agradecimento ao povo brasileiro, à todos os trabalhadores anônimos que constroem esse país e me permitiram o ainda privilégio de estudar numa universidade pública, gratuita e de qualidade. Esse reconhecimento é também o desejo de que todos os filhos deste país possam ter a dignidade de estudar e se formar em uma Instituição de Ensino público de excelência.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é elaborar uma reflexão crítica sobre o tema da reforma política através de um olhar da teoria constitucional e abordar especificamente o tema do financiamento de campanha eleitoral no país. A questão da reforma política diz respeito à reforma constitucional, uma vez que a Constituição é o documento no qual está organizado o sistema político de um Estado. Tentamos, com o presente trabalho, ir além do tema de uma simples reforma eleitoral e tratar de maneira generalista a estrutura de poder do Estado e a maneira como ela pode ser modificada, utilizando sobretudo conceitos da teoria constitucional. Em seguida, buscamos analisar detalhadamente as leis eleitorais brasileiras, incluindo a disciplina constitucional de tal matéria, para entender o financiamento escolhido pelo legislador. As leis brasileiras, fruto de casuísmos e ardilosas manobras políticas, garantem um sistema extremamente desigual e corrupto, que não dá o devido protagonismo aos cidadãos. Ao fim do trabalho, apresentamos o projeto que a nosso ver seria a resposta mais coerente para o problema de como financiar a política: o financiamento cidadão.

Palavras-chave: Reforma política, direito constitucional, poder constituinte, financiamento de campanha eleitoral, democracia.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A REFORMA POLÍTICA E A CONSTITUIÇÃO.....	10
2.1 A casa das máquinas da Constituição.....	13
2.2 A mudança constitucional	19
2.2.1 O poder constituinte.	19
2.2.2 O poder constituinte derivado: os limites da reforma constitucional	24
2.2.3 Processo de Reforma.....	27
2.3 Assembleia Nacional Constituinte Exclusiva para Reforma Política.....	30
3 O FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS.....	36
3.1 A natureza jurídica dos partidos e seu financiamento	36
3.2 Financiamento Privado.....	39
3.3 Financiamento Público.....	41
4 O CONTEXTO NACIONAL	45
4.1 Lei dos partidos políticos e Lei das eleições	46
4.2 Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.650.....	51
4.3 O financiamento cidadão: paradigma para o financiamento eleitoral e partidário no Brasil.....	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1 INTRODUÇÃO

A reforma política é um tema que sempre retorna no debate público brasileiro. A cada nova crise, lá está ela, nos telejornais, nas revistas semanais, nos diários, apenas para ser esquecida no dia seguinte em alguma gaveta do Congresso. No entanto, a democracia brasileira parece atingir contradições insuportáveis, criando as condições necessárias para uma reforma significativa.

A classe dominante e seus políticos já trabalham para que tudo continue como está. A reforma aprovada na Câmara dos Deputados dias antes do término deste trabalho mostra o quanto é importante a reflexão crítica acerca do assunto. Os deputados pretendem cristalizar o financiamento empresarial de campanha por meio de emenda constitucional, além de que não fizeram nenhuma mudança substancial na organização do poder.

Nesse cenário, é absolutamente imprescindível que a academia e a sociedade civil organizada façam um esforço de reflexão e produção sobre o tema, para apresentar propostas condizentes com as necessidades do povo brasileiro. O objetivo deste trabalho é somar ao debate que vêm crescendo e tomando corpo desde os protestos de 2013 e refletir sobre qual tipo de reforma política precisamos.

A escolha do tópico específico do financiamento das campanhas eleitorais diz respeito à sua importância na democracia contemporânea. Com o desenvolvimento das técnicas de marketing e de comunicação de massas, as campanhas políticas brasileiras tem ficado cada vez mais caras e parecem estar longe de chegar a um limite. O grande problema desse encarecimento exponencial tem sido as trocas de favores entre políticos eleitos e seus maiores patrocinadores. Além disso, o sistema brasileiro favorece candidatos alinhados aos interesses das grandes empresas e não permite uma igualdade de oportunidades.

Trabalhar a reforma política numa monografia é uma tarefa árdua, pois o assunto é extenso e ele pode ser trabalhado de diversas formas, seguir variados caminhos, adotar diferentes recortes. Diante do desafio, dividimos o trabalho em três capítulos: o primeiro voltado à visão constitucional da reforma política, o segundo apresentando o tema do financiamento eleitoral no âmbito geral e o terceiro tratando especificamente o cenário nacional.

A primeira parte da monografia vai expor a organização de poderes do Estado, a sua instituição, organização, manutenção e reforma. Roberto Gargarella defende que na última onda constitucionalista latino-americana a casa das máquinas permaneceu intocada. Todo o esforço em garantir direitos sociais encontra a barreira da distribuição do poder no Estado.

Em seguida, serão estudados em detalhes os procedimentos para promulgação de uma Constituição, assim como a sua alteração. Apresentamos a ontologia do poder consituente de Antonio Negri e o entrelaçamento entre soberania e poder constituinte de Gilberto Bercovici para tentar compreender a relação entre a instituição de uma texto constitucional e sua reforma.

Por final, entramos no polêmico assunto sobre a convocação de uma Assembleia Constituinte para Reforma Política. Nesse ponto é impossível não tomar posição. Os políticos profissionais que ocupam as cadeiras do Congresso Nacional nunca votarão contra si mesmos, essa é a lição que podemos aprender nesse arremedo de reforma política produzida na atual legislatura.

O segundo capítulo trata do financiamento das campanhas eleitorais, bem como do financiamento ordinário dos partidos. Na primeira parte desse capítulo, fazemos uma introdução geral à teoria de financiamento da política, caracterizando a natureza jurídica dos partidos. Em seguida, apresentamos e diferenciamos o financiamento público do privado.

No terceiro capítulo, adentramos na legislação brasileira, com um breve histórico que se inicia nos anos 50 e tem seu momento mais importante para o debate a CPI que investigou o escândalo PC-Farias. Realizamos uma análise detalhada do ordenamento em vigor, demonstrando toda nossa discordância e fazendo a crítica às leis atuais.

Finalmente, apresentamos uma proposta que nos parece ser a mais viável em termos práticos e também a melhor em termos políticos. Deve ficar claro ao leitor que esse não é apenas um trabalho descritivo. Ele se propõe como um trabalho acadêmico, e, por isso mesmo, com relevante conteúdo político. A academia e os intelectuais devem ter o papel de refletir sobre a realidade e tomar posição. Não qualquer posição, mas a posição dos de baixo, dos trabalhadores, dos excluídos, dos

marginalizados do processo político. Não se pode ficar neutro num país tão desigual e tão injusto quanto o Brasil.

2 A REFORMA POLÍTICA E A CONSTITUIÇÃO

O Brasil vive uma profunda crise política-social-econômica, que anuncia o fim do ciclo político denominado de Nova República, o qual se iniciou com a transição lenta e conservadora da ditadura à democracia. A crise atual já podia ser vislumbrada com melhor nitidez a partir de julho de 2013, quando as tensões internas da política brasileira começaram a demonstrar seus limites. O pacto “petucano”, termo cunhado por Gilberto Vasconcelos para expressar o sistema político que se apoia num vazio de disputa de projeto, no qual os dois partidos que se mostram como antagônicos seguem religiosamente a mesma cartilha, começou a demonstrar seu esgotamento e a insatisfação popular cresceu de maneira surpreendente nas pesquisas de opinião¹.

As raízes dessa crise são diversas, nas manifestações daquele ano estiveram em destaque a demanda por serviços públicos de qualidade e por novos direitos sociais que resultem em um novo ciclo de inclusão social², assim como a questão urbana e a qualidade de vida nas grandes metrópoles³. Outros assuntos como corrupção, liberdade de manifestação, violência policial e representatividade também estiveram na ordem do dia. A crise dava os sinais do esgotamento da política governista.

Tão importante quanto suas demandas é que naquele momento a rua voltava a ser protagonista no cenário político nacional. A volta das manifestações de massa como sujeito no cenário político nacional abre possibilidades até então sufocadas pela política institucional e de cooptação do governo petista. Isso não significa que não houve manifestações de rua anteriores a julho de 2013, elas ocorreram e foram muitas. Movimento Passe Livre, Marcha da Maconha, Marcha das Vadias, estas por todas as capitais do país, Movimento dos Trabalhadores Sem Teto em São Paulo, Ocupação Dandara em Belo Horizonte, Ocupa Estelita em Recife, entre milhares de outras menores, espalhadas, horizontais, movimentos novos e outros já calejados, continuaram

¹ <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/08/avaliacao-de-dilma-sobe-de-31-para-38-diz-ibope.html>

² BRAGA, Ruy. *Sob a sombra do precariado*. In ARANTES, P. E.; SCHWARZ, R(orgs.). *Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 144.

³ MARICATO, Ermínia. *É a questão urbana, estúpido!*. In ARANTES, P. E.; SCHWARZ, R(orgs.). *Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 32.

exercendo o direito de resistência a uma ordem extremamente desigual e opressora. O que chama a atenção em julho de 2013 é a dimensão nacional, sua nova importância política, capaz de reduzir a metade a aprovação de um governo em apenas duas semanas. O tempo político foi acelerado, as discussões reavivadas, o Congresso brasileiro aprovou leis a toque de caixa para apaziguar a situação e o Poder Executivo anunciou novas medidas para tentar conter as manifestações.

Entre as medidas anunciadas pela Presidenta da República, cabe destacar a proposta de uma Constituinte para fazer a reforma política. A reforma política é pauta latente na política brasileira desde a Constituição de 1988, que previa em suas disposições transitórias a realização de um plebiscito para que os cidadãos elegeassem a forma e o sistema de governo do país⁴. Com efeito, a reforma política pode ser entendida de duas maneiras: como a mudança das regras eleitorais ou como uma reorganização mais ampla do sistema político⁵. A primeira é mais específica e direcionada às competições eleitorais e engloba a representatividade do voto (distrital, proporcional, etc), voto obrigatório, sistema de lista aberta ou fechada, financiamento de campanha eleitoral, fidelidade partidária; a segunda é mais ampla, diz respeito às próprias instituições políticas e a toda organização do poder dentro do Estado, como iniciativa popular, bicameralismo, presidencialismo e parlamentarismo, republicanismo, divisão de poderes, indicação para o Supremo Tribunal Federal, comissão parlamentar de inquérito e investigação política, emendas constitucionais. Neste trabalho pretendemos abordar a reforma política de maneira geral e abstrata discutindo questões teóricas de fundo, assim como tratar especificamente do financiamento da política.

Vale dizer, no entanto, que a proposta de reforma política não é o fechamento da crise, e sim sua abertura. Todos os temas dispostos acima entram em pauta, para os quais cada partido defenderá seus interesses e os de sua base social, além da controvérsia do próprio modo de realização da reforma. Em que pese a intenção do governo de solucionar a crise com a proposta, o que emerge é a intensificação dessa crise. Logo após a proposta da Constituinte ser lançada, o Poder Executivo recua dela, pressionado pelos seus aliados conservadores e pela mídia, apenas para que a pauta seja capturada pela sociedade civil.

⁴ Art. 2º das disposições transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵ AVRITZER, L.; ANASTASIA, F (orgs.). Reforma Política no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. P. 11

No ano seguinte às jornadas de junho, ampla gama de movimentos sociais mobilizaram-se para realizar um plebiscito popular sobre a Constituinte Exclusiva para Reforma Política – informal – que, apesar de não possuir validade jurídica, tinha como motivo demonstrar a mobilização em torno da reforma para pressionar o governo. O resultado da votação demonstrou um grande interesse da população no debate político, com aproximadamente 7,5 milhões de participantes.⁶

Após eleições presidenciais marcadas por um debate político no qual parece ter prevalecido o marketing e a propaganda, as ruas voltaram a ser ocupadas por protestos nacionais, tanto contra quanto a favor do governo. Em verdade, Dilma Rousseff está numa posição particularmente complicada nesse início de mandato, pois está fazendo exatamente o oposto do que havia prometido em campanha, ou seja, basicamente está levando a cabo o ajuste econômico proposto pelo candidato de oposição, confirmando o pacto “petucano” já mencionado. Essa operação elevou a rejeição do governo tanto na sua própria base social que não vê com bons olhos a mudança de rumo do Executivo, quanto da oposição que não aceita seu projeto sendo executado pelo Partido dos Trabalhadores.

Quanto ao Congresso eleito também não se pode tecer elogios. Percebe-se cada vez mais a dependência dos candidatos aos grandes doadores e conglomerados econômicos, como evidencia o resultado das eleições proporcionais: as dez empresas que mais doaram para as campanhas eleitorais para a Câmara dos Deputados elegeram 360 deputados de um total de 513, ou seja, aproximadamente 70%. Silvio Bava descreve a situação com precisão: “O congresso Nacional de 2015 não está formado por bancadas de partidos políticos, e sim por bancadas de interesses privados que estão distribuídas por todos os partidos.”⁷ Tudo isso dentro das regras “democráticas”. Destacamos também a sub-representação das mulheres, dos negros e dos índios.

Como catalisador desse momento de ruptura, grandes escândalos de corrupção emergem dia após dia no noticiário nacional, tendo como protagonista a Petrobrás e as maiores empreiteiras do país, as quais também são as maiores financiadoras da política nacional junto com as grandes empresas do agronegócio. Esse

6 <http://www.plebiscitoconstituente.org.br/noticia/com-cerca-de-8-milh%C3%B5es-de-votos-sociedade-pede-constituente-do-sistema-pol%C3%ADtico>

7 BAVA, Silvio Caccia. A Captura do sistema político. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Maio de 2015, ano 8, número 94.

escândalo põe em evidência a promiscuidade existente entre o financiamento das campanhas eleitorais e o favorecimento de empresas nas licitações e contratos públicos. A relação escandalosa parece corroborar a hipótese de que o poder econômico sobrepõe-se à democracia, corrompendo todo o sistema político.

O momento então revela uma crise profunda, com recessão econômica, acirramento político, a erosão da pouca legitimidade das nossas instituições e escândalos de corrupção. A Reforma Política sustentada pelos movimentos sociais nessa situação não é uma simples alteração nas regras eleitorais, mas sim uma alteração na própria organização do poder e da representatividade na política brasileira. O modelo liberal deverá dar espaço para um modelo democrático, com maior abertura para a participação popular, democracia direta e um amplo controle sobre o financiamento da política.

2.1 A casa das máquinas da Constituição

Falar de uma reforma política ampla na organização e distribuição do poder é, certamente, falar de uma reforma na Constituição. Inicialmente, cumpre definir o conceito de Constituição. Sem entrar nos pormenores históricos do constitucionalismo, emprestamos a explicação de José Afonso da Silva: Constituição quer dizer o modo de ser de algo⁸, nesse sentido, a Constituição da República é “o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”⁹. A Constituição tem por objeto “a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado”¹⁰.

A doutrina majoritária ainda irá fazer a distinção entre o conceito material e formal de Constituição. O sentido material abrange o conteúdo das normas, pois a Constituição “organiza o exercício do poder político, define os direitos

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37.

⁹ *Ibidem*, 38.

¹⁰ *Ibidem*, 43.

fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados”¹¹. Já o sentido formal diz respeito a sua posição no sistema jurídico, sendo a norma superior ela determina o modo de produção de todas as leis e normas do ordenamento jurídico¹².

Indo além de tais conceitos, encontramos na obra de Bercovici o ponto nevrálgico: “A constituição é a declaração da vontade política de um povo, é um ato de soberania, um ato constituinte”¹³. Trocando em miúdos, o autor defende a qualificação do direito constitucional como direito político, sendo que a Constituição está situada no processo político, fruto do conflito de forças político-sociais antagônicas¹⁴.

Tomando tal assertiva como pressuposto, reforçamos nosso entendimento de que a reforma política deve ser realizada através da Constituição. Não se pode, apenas com a legislação e normas infraconstitucionais, mudar a estrutura política de uma nação. De fato, Bercovici alerta para a visão a-histórica do constitucionalismo liberal, com uma pretensão de resolver todos os conflitos de forma jurídica, reduzindo a Constituição política em direito constitucional; o poder constituinte, em revisão constitucional; a defesa da Constituição, em controle de constitucionalidade.¹⁵

Tratando das reformas constitucionais latino-americanas, Roberto Gargarella, advogado, sociólogo e constitucionalista argentino, em sua obra *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina* vai dizer, simplificadamente, que toda Constituição conhece duas partes ou seções: uma dogmática, que inclui uma declaração de direitos individuais e sociais; e outra orgânica, na qual se divide e organiza o poder.¹⁶ O autor fará uma crítica às reformas constitucionais do fim do século passado e do começo deste, por que no mais das vezes ignoraram esse importante aspecto da composição das constituições. A reforma constitucional pode ter uma influência interna, impactando na mesma seção na qual foi inscrita, ou uma influência cruzada, que é a influência que as reformas realizadas na

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75

¹² *Idem*.

¹³ BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo. 2ª ed. São paulo: Quartier Latin, 2013, p. 14.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. 16.

¹⁶ GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina. Buenos Aires: Katz, 2014, p. 247.

seção dos direitos exercem sobre a seção dedicada a organização do poder e vice-versa¹⁷.

Esses apontamentos são fundamentais para Gargarella, pois os constituintes ao ignorar a influência cruzada criaram uma contradição fundamental entre a parte orgânica e a parte dogmática da Constituição. Toma-se como exemplo a Constituição brasileira de 1988 que proscreeu a tortura, restabeleceu o voto direto e secreto, firmou as bases para a reorganização democrática eleitoral, fixou penas severas para as restrições de liberdades civis, dispôs medidas antidiscriminatórias, incluiu mecanismos destinados a fomentar a participação política (como referendos e plebiscitos), restabeleceu o compromisso federalista e expandiu a autonomia municipal, incorporou medidas de proteção das terras indígenas e consagrou uma larga e detalhada lista de direitos e garantias sociais.¹⁸

Não obstante, no que diz respeito ao poder, mantém a perspectiva de concentração e um presidencialismo forte, em sintonia com a estrutura administrativa introduzida pela ditadura.¹⁹ Ademais, muito da ditadura ainda encontra-se na Constituição, especialmente no que diz respeito às prerrogativas do exército, expressando contradição com a democracia ao mesmo tempo em que reforça a herança autoritária do regime militar. De fato, os constituintes outorgaram constitucionalmente grande poder político aos militares²⁰, destacando-se a redação do art. 142 da Constituição Federal:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Zaverucha expõe o seguinte sobre esse artigo: “Ou seja, as Forças Armadas são baluartes da lei e da ordem definidas por elas mesmas, não importando a opinião do

¹⁷ *Ibidem*, p. 250.

¹⁸ *Ibidem*, p. 272

¹⁹ *Ibidem*, p. 273; e BERCOVICI, G. “O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece”: A persistência da estrutura administrativa de 1967. In . In SAFATLE, V; TELES, E. (orgs.) O que resta da ditadura. São Paulo: Boitempo, 2010,

²⁰ ZAVERUCHA, Jorge. *Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988*. In SAFATLE, V; TELES, E. (orgs.) O que resta da ditadura. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 48

presidente da República ou do Congresso Nacional. Portanto, cabe às Forças Armadas o poder soberano e constitucional de suspender a validade do ordenamento jurídico, colocando-se legalmente fora da lei.”²¹ De tal forma, o constituinte conferiu um poder ao exército que pode tornar-se incompatível com os direitos liberais e a vontade da maioria.

Para ilustrar a influência cruzada na realização de reformas constitucionais, Gagarella afirma que a expansão dos direitos sociais resultou um impacto claro em matéria de organização do poder. Ao incorporar novos direitos, as forças progressistas caíram em uma posição paradoxal porque, contra o que esperavam, ao atuar desse modo transferiram poderes adicionais ao Poder Judiciário, isto é, ao ramo do poder mais afastado da eleição e do controle popular, o ramo do poder menos republicano de todos.²²

A descrição que temos das constituições latino-americanas é de uma Constituição ansiosa por assegurar a imposição da ordem de um lado, e de outro, preocupada com o pleno respeito de garantias e direitos. De um lado, um texto que põe travas à democracia, mantendo uma organização do poder verticalista e concentrada em poucos, e por outro uma Constituição que aspira a democratização de uma sociedade através da distribuição de novos direitos e da expansão de direitos mais tradicionais, os direitos políticos. Esse arranjo constitucional leva as tensões internas ao máximo.²³

Gargarella irá discordar de alguns autores, como Pisarello²⁴ ou Hartlyn e Luna²⁵, que assumem uma relação igualitária entre as diferentes esferas da Constituição, desconhecendo a dimensão do poder ali presente. A seção relacionada com a organização do poder, diz o autor, guarda o “motor” ou “a casa das máquinas” da Constituição, e por tal motivo ele afirma que as reformas incluídas em uma ou outra seção não podem ser julgadas como se produzissem os mesmos efeitos: “em particular,

²¹ *Idem.*

²² GARGARELLA, R. *Op cit.*, p. 251

²³ *Ibidem*, p. 285.

²⁴ PISARELLO, G. *Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático.* Quito: Corte constitucional del Ecuador, 2011.

²⁵ HARTLYN, J., LUNA, J. P.. *Constitutional Reform in Latin America: Intentions and Outcomes.* apresentado no 27º Congresso da Associação de Estudos Latino-americanos (LASA), Montreal, Canadá, 2007.

son habitualmente los poderes establecidos los que tienen la ‘llave’ capaz de ‘activar’ – o desactivar – los nuevos mecanismos participativos”²⁶.

Os velhos líderes do constitucionalismo regional tinham clara noção da influência cruzada das reformas constitucionais e reconheciam o caráter prioritário que tinha a organização do poder no marco geral da estrutura da Constituição, de maneira que era necessário introduzir importantes mudanças na sala das máquinas no sentido de limitar a participação política, a fim de propiciar uma ampla liberdade econômica. Gargarella vai expor que esse era o principal ensinamento de Juan Bautista Alberdi, importante constitucionalista argentino e um dos mentores intelectuais da Constituição argentina de 1853, pois para ele “era necesario, al menos temporalmente, atar las manos de la mayoría, limitar sus capacidades de actuar em política, para poder asegurar la protección de ciertos derechos económicos básicos.”²⁷ Assim, ele reconhecia que para assegurar a proteção de certos direitos – no caso o de propriedade, tão importante quanto sua defesa era regular de um certo modo a organização do poder, no caso através da limitação dos direitos políticos.

Outro exemplo histórico trazido por Gargarella é o do constitucionalista Arturo Sampay, o grande jurista peronista por trás da Constituição argentina de 1949, que foi posteriormente perseguido por Perón, o que o obrigou a exilar-se em Montevideú. Aquele documento constitucional incorporou forte compromisso social, manifestado em uma grande e inovadora lista de direitos sociais. Em um trabalho posterior à sua colaboração constitucional, o jurista apresenta uma sincera autocrítica, reconhecendo que aquela Constituição de 1949 estava marcada por uma omissão fundamental, que terminaria condenando-lhe à morte. Essa falta era justamente não abrir a “casa das máquinas”, isto é, adequar a organização e distribuição do poder ao caráter social inovador que se queria imprimir ao texto. Nas próprias palavras de Sampay:

La reforma constitucional de 1949 no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, debido, primero, a

²⁶ GARGARELLA, R. Op cit, p. 289. Tradução nossa: “em particular, são habitualmente os poderes estabelecidos os que têm a ‘chave’ capaz de ‘ativar’ – ou desativar – os novos mecanismos participativos”

²⁷ *Ibidem*, p. 333. Tradução nossa: “era necessário, ao menos temporalmente, atar as mãos da maioria, limitar suas capacidades de atuar na política, para poder assegurar a proteção de certos direitos econômicos básicos”.

la confianza que los sectores populares triunfantes tenían en la conducción carismática de Perón, y segundo, al celoso cuidado que el propio Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares, por lo que el nuevo régimen iba a mantenerse hasta que la oligarquía cautivara a los oficiales de las fuerzas armadas. Tal era, entonces, el talón de Aquiles de la mentada reforma y cual, precisamente como Aquiles, fue muerta por el enemigo en la flor de la juventud a causa de tener vulnerable nada menos que su soporte.²⁸

O que temos que aprender com Sampay para introduzir mudanças sociais, diz Gargarella, é tomar como prioritário a tarefa que foi pouco trabalhada nas últimas constituintes: a da instrumentalização do poder e do modo de tomada de decisões políticas.²⁹

Gargarella está convicto de que o maior desafio da América Latina é a desigualdade, portanto as futuras reformas devem estar atentas a esse aspecto, que é o central: como sustentar uma reforma igualitária em uma sociedade extremamente desigual. O sistema representativo atual está configurado para separar os cidadãos entre súditos e mandatários, autonomizando os últimos em desfavor dos primeiros. Para o autor, está claro que reunir o igualitarismo com a Constituição requer o ingresso na “casa das máquinas”, a fim de deslocar de modo radical o sistema mencionado. O argentino dá enfoque ao contexto material da sociedade, já que o pensamento legal por vezes ignora que o simples enunciado de um direito não é suficiente para sua efetividade. Os grupos reformistas devem assumir uma linha de linguagem comunicativa política, ou seja, buscar a politização e radicalização da sociedade, e não apenas falar de direitos.³⁰

Por outro lado, está presente no autor uma profunda crítica antipresidencialista. A esquerda, em sua visão, deixou de lado nos últimos anos a batalha em busca da democratização do poder para apoiar um Executivo forte e um poder presidencial com capacidade legal e força coercitiva necessária para dar respaldo

²⁸ SAMPAY, Arturo. *Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Cuenca Ediciones, 1973, p. 122, apud GARGARELLA, R. *Op cit*, p. 334. Tradução livre: “A reforma constitucional de 1949 não organizou adequadamente o predomínio e o exercício do poder político pelos setores populares, devido, primeiro, a confiança que os setores populares triunfantes tinham na condução carismática de Perón, e segundo, ao cuidado zeloso que o próprio Perón colocou para que não se formasse paralelamente ao governo legal um coadjuvante poder real desses setores populares, pelo que o novo regime iria a manter-se até que a oligarquia cultivara os oficiais das forças armadas. Tal era, então, o calcanhar de Aquiles da mencionada reforma e qual, precisamente como Aquiles, foi morta pelo inimigo na flor da juventude por que tinha vulnerável nada menos que seu suporte.”

²⁹ GARGARELLA, R. *Op cit*, p. 334

³⁰ *Ibidem*, p. 365.

aos pedidos de mudança que ela apresenta. Faz-se imperativo nesse momento para o avanço das lutas sociais o resgate da bandeira de pulverização, democratização, do poder.

Pode-se perceber, portanto, que a Constituição de 1988, por mais avançada e progressista que seja, não pode ser o limite final do exercício da democracia. Pelo contrário, devemos abri-la, dissecá-la, para entender quais seus pontos autoritários, verticais, e então realizar uma reforma política desde baixo, a partir interesses populares e democráticos.

2.2 A mudança constitucional

A necessidade premente de realizar a reforma política nos remete à análise da Constituição e da teoria constitucional para entender como efetua-la. Esse tópico é objeto de muitos debates, nós temos claro que as Constituições não são eternas e não devem ser, já que elas devem ser adequadas ao seu tempo histórico, uma vez que cada realidade produz suas próprias formas jurídicas. Tal axioma decorre da teoria do poder constituinte, uma vez que o poder constituinte de hoje não pode condicionar o poder constituinte de amanhã.³¹ Devemos, portanto, estudar como surgem as constituições.

2.2.1 O poder constituinte.

A sociedade está em constante mudança, reorganizando-se, transformando-se, em uma dialética que move a história. Portanto, a Constituição será sempre fruto de uma sociedade particular e não deve de maneira alguma submeter o seu futuro ao passado. A existência de uma sociedade pressupõe um poder constituinte. O poder constituinte é o poder de fato, histórico, que antecede e institui a Constituição. Para Gilberto Bercovici, o poder constituinte é a manifestação da soberania, não pode ser reduzido juridicamente, nem pode ser limitado.³²

³¹ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 279.

³² BERCOVICI, G. Op. cit., p. 29-30.

No ensinamento de José Afonso da Silva, poder constituinte é a mais alta expressão do poder político, é o poder do povo de dar-se uma Constituição. O autor argumenta que a doutrina distingue dois tipos de poder constituinte: “o poder constituinte originário, que serve de fundamento à criação de uma Constituição nova, e o poder constituinte derivado, que não é propriamente poder constituinte, mas competência para modificar a Constituição existente.”³³ Tratamos aqui nesse ponto de poder constituinte originário, para em seguida trabalhar o poder constituinte derivado.

Cabe ressaltar que existem várias teorias sobre o poder constituinte, esse é um assunto particularmente controvertido na doutrina. Antonio Negri possivelmente formulou a teoria mais crítica e inovadora sobre o conceito, no sentido de uma ontologia do poder constituinte. O italiano inicia sua obra defendendo que falar de poder constituinte é falar de democracia. Para ele, “qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas sobretudo ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, regular a política democrática”³⁴.

A perspectiva jurídica, diz Negri, reduz o poder constituinte a fonte de produção de normas, ou o poder de instaurar novo ordenamento jurídico, uma verdadeira desnaturalização do conceito. A respeito da perspectiva do constitucionalismo sobre o poder constituinte,

Três são então as soluções propostas: para uns, o poder constituinte é transcendente face ao sistema do poder constituído – sua dinâmica é imposta ao sistema a partir do exterior; para um outro grupo de juristas, o poder constituinte é, ao contrário, imanente, sua presença é íntima, sua ação é aquela de um fundamento; um terceiro grupo de juristas, por fim, não considera o poder constituinte como fonte transcendente ou imanente, mas como fonte integrada, coextensiva e sincrônica do sistema constitucional positivo.³⁵

O grande trabalho desempenhado pela ciência do direito, na visão de Negri, é neutralizar, mistificar, domesticar, o poder constituinte, para esvaziar seu

³³ SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 68

³⁴ NEGRI, Antonio. O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 7.

³⁵ *Ibidem*, p. 12.

sentido radical. O constitucionalismo está sempre tentando regular o poder constituinte, bloquear sua temporalidade constitutiva, impor-lhe limites, capturá-lo na teia do emaranhado jurídico. O constitucionalismo conhece somente o passado, as ideias consolidadas, enquanto o poder constituinte é sempre futuro.³⁶

O poder constituinte define-se “emergindo do turbilhão do vazio, do abismo da ausência de determinações, como uma necessidade totalmente aberta.”³⁷ Ele não nasce com a política, é seu próprio fundamento “Uma vez que constitui a política a partir do nada, o poder constituinte é princípio expansivo: ele não tem nada a conceder nem ao ressentimento, nem à resistência; ele não é egoísta, mas extremamente generoso; não é necessidade, mas desejo.”³⁸

Para chegar a uma definição que não seja uma redução, simplificação, mistificação ou aparelhamento do poder constituinte, Negri seguirá a linha de pensamento de Maquiavel, Espinosa e Marx. Ele irá operar o que chama de passagem “da crise do conceito de poder constituinte ao conceito de poder constituinte como crise”³⁹. É a teoria do poder constituinte como crise e potência, como multidão – a multiplicidade infinita de singularidades livres e criadoras – e sujeito, como potência absoluta, ou uma constituição da potência, e chega finalmente como desutopia:

[...]esta forma do poder constituinte que denominamos desutopia – e que compreende suas próprias dimensões metodológicas, histórico-filosóficas e éticas – podemos também chamar de “democracia”. Entenda-se: aqui, democracia significa expressão integral de multidão, radical imanência da potência, exclusão de toda definição externa – seja ela transcendente ou transcendental – a este radical absoluto campo de imanência. Esta democracia é o oposto do constitucionalismo, ou melhor, negação do constitucionalismo como poder constituído que se torna impermeável às modalidades singulares do espaço e do tempo, como máquina menos predisposta ao exercício da potência do que ao controle de suas dinâmicas e à fixação de relações de força imutáveis. O constitucionalismo é transcendência, mas é sobretudo o policiamento que a transcendência exercita sobre a totalidade dos corpos para impor-lhes a ordem e a hierarquia. O constitucionalismo é um aparato que nega o poder constituinte e a democracia. Não parecerão estranhos, portanto, os paradoxos que surgem quando o constitucionalismo tenta definir o poder constituinte – ele não pode aceitá-lo como atividade distinta e, conseqüentemente, sufoca-o na sociologia ou agarra-o pelos cabelos através da construção de definições formalistas. Mas quem naufraga nesse confronto conceitual não é o poder constituinte, e

³⁶ *Ibidem*, p. 21-22.

³⁷ *Ibidem*, p. 26.

³⁸ *Ibidem*, p. 29.

³⁹ *Ibidem*, p. 440

sim o constitucionalismo. O poder constituinte está lá – horizonte inarredável, presença maciça, multidão.⁴⁰

Esta posição de Negri está em oposição à grande maioria dos constitucionalistas. De acordo com Bercovici, o grande problema dessa concepção é a desvinculação do poder constituinte com a soberania⁴¹. De fato, Negri diz que vincular poder constituinte à soberania é um sofisma, “A soberania, ao contrário [do poder constituinte], apresenta-se como esgotamento da liberdade de que ele é portador: *oboedientia facit auctoritatem*”⁴². Bercovici critica tal pensamento, já que para ele a soberania é a manifestação máxima do poder constituinte, e sem ela o conceito negriano perde qualquer sustentação e torna-se metafísico.⁴³

Atentos à crítica de Negri, iremos concordar com a posição de Bercovici, segundo o qual o poder constituinte atua de forma permanente, referindo-se ao povo concreto, que tem autoridade e força para criar a Constituição, sustentar sua pretensão normativa assim como revogá-la. Em seguida à criação da Constituição, o poder constituinte permanece latente, todavia não se transforma em poder constituído, havendo dessa maneira permanência e descontinuidade do poder constituinte.⁴⁴

Saindo um pouco da abstração e aproximando-se da realidade, devemos responder à questão: como atua o poder constituinte? Pode-se elencar os vários procedimentos possíveis para o exercício do poder constituinte. Segundo José Afonso da Silva, tradicionalmente temos quatro formas democráticas de exercício do poder constituinte. A primeira é o exercício direto, que pode ser por aclamação, que hoje é reminiscência histórica, ou por referendo; “por esta forma, um projeto de Constituição preparado pelo governo provisório ou de transição ou por uma comissão restrita é submetido diretamente ao referendo popular, sem passar pela deliberação de uma Assembleia constituinte.”⁴⁵

A segunda é o exercício indireto por meio de uma “Assembleia Constituinte composta de representantes do povo eleitos com poderes especiais para

⁴⁰ *Ibidem*, p. 444.

⁴¹ BERCOVICI, Op. Cit., p. 34.

⁴² NEGRI, Op. Cit., p. 37

⁴³ BERCOVICI, Op. Cit., Loc. Cit.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 35

⁴⁵ SILVA, J. Op cit, p. 70.

elaborar e promulgar uma constituição; tem sido o modo mais comum; criação representativa da constituição.”⁴⁶

A terceira é o exercício por forma mista, combinando a primeira com a segunda, com a convocação de uma Assembleia Constituinte eleita pelo povo, que irá elaborar a nova Constituição a qual será posteriormente submetida a referendo popular, sendo que só poderá ser promulgada com a chancela deste. Por fim, a quarta é o exercício pactuado, criação consensual da Constituição, que Silva irá definir como um pacto entre os representantes da sociedade e o detentor do poder político.

A atual Constituição de 1988 foi elaborada por um Congresso Constituinte, não por uma Assembleia Constituinte. A crítica feita é que, através da Emenda Constitucional 26 de 27 de novembro de 1985 outorgou-se poderes constituintes ao futuro Congresso Nacional. Trata-se de uma situação atípica, na qual em 1985 estava funcionando órgão regular legislativo, e os próprios órgãos constituídos convocaram a constituinte. Segundo José Afonso da Silva a convocação estava viciada, “pois a convocação deveria ter sido de representantes do povo, para compor a Assembleia Constituinte. Convocando membros da Câmara dos Deputados e do Senado, incluindo os senadores biônicos, formou-se antes um congresso Constituinte”⁴⁷. Esse Congresso elaborou normas para si mesmo, pois, após a promulgação da Constituição, os constituintes voltaram a ser congressistas. Ademais, além do exercício indireto, a Constituinte inovou ao criar mecanismos participativos direitos da sociedade civil, as audiências públicas e as emendas de iniciativa popular. Ao final dos trabalhos, foram apresentadas cento e vinte e duas emendas populares com um total de doze milhões de assinaturas.⁴⁸

Apesar disso, vale o apontamento feito por Silva acerca de como a atuação corporativa dos grupos econômicos tolheu o princípio popular. “A verdade é que, enquanto as propostas populares receberam, quando receberam, formulações de eficácia limitada, as corporações conseguiram assegurar seus interesses de maneira concreta”⁴⁹. Ressalta-se ainda que a Constituição de 1988 não foi submetida a referendo, sendo promulgada pelo Congresso Constituinte.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 71.

⁴⁷ SILVA, op. Cit., p. 79.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 109.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 110.

2.2.2 O poder constituinte derivado: os limites da reforma constitucional

Uma vez instituída a Constituição, a teoria constitucional busca um equilíbrio, pois pretensamente a sociedade necessita de uma estabilidade institucional para se desenvolver, obter certa segurança jurídica, organizar seus poderes e seus serviços essenciais. É a tarefa conservadora do constitucionalismo, já dizia Negri, de terminar a revolução⁵⁰. Destarte, a mudança na Constituição guia-se por um processo que a proteja, ao mesmo tempo em que permite sua adequação aos tempos vindouros. A doutrina faz uma primeira distinção entre mutação constitucional e reforma constitucional, a primeira se caracteriza por uma mudança não formal da Constituição, por via da tradição, sobretudo pela interpretação jurídica e judicial, além de alterações empíricas que afetam a estrutura do poder. A segunda é o processo formal de mudança nas constituições rígidas, perfazendo uma mudança no texto constitucional, mediante processo estabelecido na própria Constituição para o exercício do poder reformador⁵¹, denominado de poder constituinte derivado.

Iremos nos focar na reforma constitucional, porque é a alteração política por excelência, uma verdadeira deliberação. Não obstante, a interpretação dos Tribunais e a hermenêutica da Lei Maior possuem um papel importante na esfera político-social brasileira, inclusive garantindo conquistas como a união estável entre pessoas do mesmo sexo e o direito de aborto de fetos anencéfalos. Começaremos estudando os limites de reforma para em seguida estudar seu processo.

Há dois tipos de limites do poder constituinte derivado, os expressos e os implícitos. Os limites explícitos estão formalmente postos na Constituição, conferindo-lhe a desejável estabilidade, conservando direitos e garantias fundamentais. Os limites podem ser temporais, circunstanciais e materiais.⁵²

A limitação temporal consiste no “congelamento” do órgão revisor até a decorrência de certo limite de tempo, conferindo uma intangibilidade temporária à Constituição. Bonavides escreve que esse tipo de óbice foi utilizado principalmente no

⁵⁰ NEGRI, op. Cit., p. 332.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 62.

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São paulo: Malheiros, 2010, p. 199.

começo do constitucionalismo, na França do final do século XVIII⁵³. Na história brasileira, apenas a nossa primeira Constituição – a Carta Magna do Império – estabeleceu esse tipo de limitação, dispondo em seu artigo 174 que somente após quatro anos de sua vigência poderia ser reformada.⁵⁴

A segunda limitação é a circunstancial, que é o impedimento de modificar a lei maior em determinados momentos de crise, pois tal alteração não teria legitimidade. A Constituição brasileira, no §1º do art. 60, veda a emenda na vigência de intervenção federal, de estado de defesa e estado de sítio.⁵⁵

A limitação material diz respeito ao objeto da mudança, fazendo imutável, dentro dos marcos constitucionais, uma parte de seu conteúdo. O §4º do art. 60 da Carta Magna de 1988 traz o rol de matérias que não podem ser modificadas no sentido de sua exclusão, que são denominadas pela doutrina de cláusulas pétreas.

Por fim, o poder de reforma do constituinte derivado sofre limitações tácitas, implícitas, decorrentes da Constituição e da teoria constitucional. Paulo Bonavides resume a três estas restrições: à que se refere à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de reforma e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário.⁵⁶

No tocante à extensão, não se pode conceber, mesmo com o silêncio do texto constitucional, a possibilidade de revisão total, já que tal reforma seria conceder ao poder constituído capacidade para ab-rogar a Constituição que o criou, ou, nas palavras de Bonavides “para destruir o fundamento de sua competência ou autoridade mesma”⁵⁷. O autor vai argumentar que reformas parciais removendo um simples artigo ou poucos artigos da Lei Maior, podem revogar princípios basilares e abolir todo o espírito que sustenta a ordem jurídica constitucional. Nesse caso, tratar-se-ia de uma reforma total com aparência de reforma parcial, o que a teoria também não admite.

Na história brasileira, tivemos reformas parciais que alteraram toda a ordem constitucional. Pode-se destacar o Ato Institucional nº 1 de nove de abril de 1964, que supostamente mantinha a ordem constitucional vigente com certas

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 66.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 200.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 202.

⁵⁷ *Idem.*

modificações, mas que na verdade instaurou a ditadura militar no país⁵⁸, usurpando o poder constituinte do povo e destituindo arbitrariamente o legítimo poder constituído. Não muito tempo depois, outro ato institucional realizou operação autoritária parecida:

Pelo de n. 12 foi outorgada a Emenda Constitucional 1 à Constituição de 1967 pela junta militar que assumira o governo, depois de declarar impedido o Presidente Costa e Silva, que adoecera. Teórica e tecnicamente, não se trata de emenda, mas de nova Constituição. A técnica de emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*.⁵⁹

A ditadura militar que perdurou de 1964 a 1985 buscava sua legitimidade na legalidade excepcional dos atos institucionais, sendo que seu fundamento era, *ultima ratio*, o poder militar. Consequentemente foi um regime inconstitucional, pois não estava fundado no poder constituinte popular.

Outra questão enfrentada pela doutrina publicista é a impossibilidade do poder revisor alterar o próprio procedimento de revisão. Para Bonavides, consentir nessa possibilidade seria atribuir ao poder constituinte derivado uma competência de poder constituinte originário, a qual ele não possui.⁶⁰ Nesta questão, podemos também fazer apontamentos sobre a dupla revisão, que seria a reforma da cláusula de intangibilidade com a seguida alteração na disposição antes intocável. Barroso irá expor que “na medida em que as cláusulas pétreas representam o núcleo de identidade e a reserva moral de uma dada ordem constitucional, devem elas ser imunes à possibilidade de reforma”⁶¹.

Para terminar os limites tácitos, surge o problema mais atual, “o de precisar se o poder constituinte derivado pode ou não ser substituído pelo poder constituinte originário, à sombra de uma omissão constitucional.”⁶² Tal limite dialoga diretamente com um debate existente no Brasil, que versa sobre a convocação de uma Assembleia Constituinte para Reforma Política, que será trabalhado em seguida. O tema

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Poder ...*, p. 104.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Op cit*, p. 203.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165

⁶² *Idem*.

suscita divergências tanto no tocante à convocação do poder constituinte originário quanto pela sua competência. Sobre o poder constituinte originário, José Quadros de Magalhães argumenta que “não há uma forma jurídica para convocá-lo pois este poder, para ser legítimo, deve ser fruto do poder popular”⁶³.

Em nosso entendimento, Luís Roberto Barroso abre brecha teórica para sua legitimação pela democracia direta, através do referendo “É bem de ver, no entanto, que o referendo, para equiparar-se ao poder constituinte originário, exige elementos subjetivos e objetivos (v. *supra*). Se eles estiverem presentes, a reforma será legítima, não como obra do poder reformador, mas pela chancela do constituinte originário”⁶⁴.

Michel Temer foi mais longe nesse sentido, defendendo uma *revisão constitucional facilitada*, método pelo qual seria reduzido o quórum de aprovação para maioria absoluta do Congresso, com a posterior submissão à referendo popular. “Se eliminarmos a maioria de 3/5 mas adicionarmos a extrema dificuldade da aprovação popular, estaremos mantendo o processo mais dificultoso para emenda à Constituição – e, portanto, o mesmo conteúdo conceitual dessa cláusula pétrea implícita”⁶⁵.

Deixamos claro que essa posição é controvertida na doutrina. Bonavides irá criticá-la, “o emprego de tal método viola a Constituição, assim na forma como no espírito, porquanto transgride as regras estabelecidas de convocação do poder constituinte, havendo nesse caso uma singular modalidade de ‘fraude ao poder constituinte’”⁶⁶.

Passamos ao processo de reforma, para retornarmos depois a essa divergência teórica que pode ter implicações práticas concretas e importantes no momento jurídico-político brasileiro.

2.2.3 Processo de Reforma

Há que se fazer, inicialmente, uma distinção conceitual entre reforma, emenda e revisão. Adotamos a conceituação de José Afonso da Silva, que toma reforma

⁶³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Entendendo o poder constituinte exclusivo. In: RIBAS, Luiz Otávio (org.) *Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível*. São Paulo: Expressão popular, 2014, p. 50.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op cit, loc. cit.*

⁶⁵ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Op cit, loc. cit.*

como gênero, do qual são espécies a emenda e a revisão. Ou seja, o conceito de reforma constitucional é genérico e abrangente, e os conceitos de emenda e revisão são específicos. Silva aponta que a própria Constituição de 1988 acolheu essa diferença, ao tratar da emenda constitucional no artigo 60 e da revisão constitucional no artigo 3º das disposições transitórias.⁶⁷

Em síntese, a emenda é uma mudança pontual, algum acréscimo, supressão ou alteração de algum dispositivo em particular, enquanto a revisão supõe uma alteração mais ampla, normalmente na organização da forma de governo ou na forma de Estado.⁶⁸

O processo de mudança constitucional eleito na Carta Magna de 1988 foi, sem dúvida, a emenda constitucional. A possibilidade de revisão constitucional foi prevista nas disposições transitórias, resultou em pequena modificação da lei maior, já tendo sido exaurida e não sendo mais aceita no nosso ordenamento jurídico. Sobre a revisão Constitucional, José Afonso anota que ela “se esgotou com a malfeita revisão empreendida e concluída com apenas seis modificações no texto constitucional. Não cabe mais falar em revisão constitucional. A revisão terminou e não há como revivê-la legitimamente.”⁶⁹ Portanto, a forma legítima de alteração da Constituição pátria pelo poder constituinte derivado é a emenda constitucional.

Paulo Bonavides divide o processo de reforma em três partes principais, a saber, a iniciativa da reforma, o órgão de reforma e a adoção definitiva da reforma.⁷⁰ O ponto da iniciativa da reforma guarda íntima relação com a rigidez das constituições. As constituições liberais costumam delegar tal iniciativa exclusivamente ao parlamento, ao passo que as constituições de teor manifestamente autoritário a delegação da competência de iniciativa cai preponderantemente sobre o executivo. Nas cartas magnas democráticas adota-se iniciativa concorrente entre os dois poderes, ora excluindo, ora admitindo a participação popular, através de mecanismos da democracia semidireta.⁷¹ A Constituição Brasileira no art. 60 acolhe a iniciativa concorrente entre o legislativo e

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. Poder ..., p. 243.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. Curso..., p. 66.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. Op cit, p. 204.

⁷¹ *Ibidem*, p. 205.

o executivo, no entanto não permite sua iniciativa explicitamente ao povo, que é o legítimo titular do poder constituinte. Vejamos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.⁷²

Comumente, o órgão revisor pode ser a Convenção, o legislativo ordinário, ou o povo. Sobre a Convenção, é sistema inaugurado nos Estados Unidos no plano federal. O sistema pátrio adota o legislativo ordinário como órgão de revisão⁷³, Bonavides aponta que tal atribuição diminui a rigidez constitucional, facilitando sua reforma, “de modo que esta só se distingue da ab-rogação da lei ordinária pela observância de particularidades meramente formais: quórum reforçado para deliberar ou maioria de dois terços, por exemplo, para votar a modificação constitucional”⁷⁴.

O povo como revisor seria, na visão de Bonavides, um poder de legitimidade absoluta, “domesticado pelos limites constitucionais, cumprirá a tarefa constitucional e constituinte de reformar a Constituição nos moldes estritamente estabelecidos por esta.”⁷⁵

O último passo do processo de reforma é a adoção definitiva da reforma, que se faz pelos órgãos designados constitucionalmente. Tais órgãos costumam ser a assembleia revisora, aprovando a emenda por maioria qualificada, como no caso brasileiro. Outro modo seria a ratificação da reforma pelo povo, por via do referendo. Um último caso especial é o sistema federativo americano, no qual assembleias estaduais devem aprovar por maioria de três quartos a reforma da Constituição.⁷⁶

A participação do povo ainda é limitada no sistema brasileiro. Nada impede a convocação de referendo para aprovar emendas constitucionais, ao contrário, esse instrumento de democracia semidireta, previsto na Constituição no artigo 14,

⁷² BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

⁷³ “Art. 60, § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.” Constituição Federal.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. Op cit, p. 207.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

apenas aumentaria a legitimidade das reformas executadas. Com efeito, se adotássemos esse método possivelmente não teríamos oitenta e seis emendas constitucionais aprovadas. A esse respeito, e já tratando da tão necessária reforma política, José Afonso da Silva escreve:

Quer-se concluir com isso que o maior desacerto da reforma constitucional, no meu sentir, está no fato de não se ter começado pela reforma política. Esta, que poderia criar os pressupostos de melhor funcionamento do Estado no interesse do povo, vai ficando para as calendas, enquanto se vai retalhando a Carta Magna, a ponto de já se poder dizer dela, como Seabra Fagundes dizia da Constituição de 1969, que se tornou incompulsável, tal a desordem normativa que as emendas, que tiram e retiram, põem, dispõem e contrapõem, provocam no sistema.⁷⁷

Conhecendo as minúcias do processo de reforma positivado pelo texto magno, passamos ao debate central da reforma política.

2.3 Assembleia Nacional Constituinte Exclusiva para Reforma Política

Após examinar o processo de criação e de reforma da Constituição, passamos à análise material da constitucionalidade e, talvez mais importante, da legitimidade da proposta de Assembleia Nacional Constituinte Exclusiva para Reforma Política. De início, temos como base a Proposta de Emenda à Constituição(PEC) nº 276 de 2013, de autoria do deputado Leonardo Gadelha (Partido Social Cristão - PSC) e outros que “Estabelece os termos e as condições para convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte Revisional dedicada, exclusivamente, à revisão de dispositivos constitucionais que tratam das regras de representação política.”⁷⁸, sem perder de vista as PECs anteriores: 189/94; 192/94; 463/97; 469/97; 554/97, 157/2003, etc. Percebe-se pelo número de proposições que esse tema é recorrente na Câmara dos Deputados.

Cabe falar com todas as palavras: a proposta de emenda constitucional nº276 de 2013 é formalmente inconstitucional frente ao sistema adotado pela Constituição Brasileira. Como já vimos, esta forma revisional não foi abarcada pelo

⁷⁷ SILVA, José Afonso. *Poder constituinte e poder popular*, p. 268.

⁷⁸ Disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=580193> > Acesso em 23 de abril de 2015.

artigo 60 da Constituição, assim como a chamada dupla revisão também não foi contemplada. Juridicamente, o texto da lei deve ser respeitado. Porém, deve-se atentar para o fato de que uma Assembleia Constituinte nunca será constitucional do ponto de vista da Constituição vigente, uma vez que rompe com a institucionalidade para transformá-la. Uma constituinte será sempre revolucionária. Portanto, interessa-nos muito mais o debate sobre sua legitimidade política, como expressou Bonavides “De último, tem-se averiguado que a legalidade está no poder, enquanto a legitimidade permanece fora.”⁷⁹ .

Toda legitimidade e poder da Constituição emana do povo, como positivado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, e ele é o titular legítimo da soberania. Daí surge a possibilidade da legitimação desse procedimento extraordinário, heterodoxo, a partir da legitimação popular. A convocação de Assembleia Constituinte, ainda que apenas para tratar da representação política, do sistema político, ou da matéria que se convencionar, é um ato de ruptura, uma manifestação do poder constituinte originário. Mesmo com as situações paradigmas de Revolução, José Luiz Quadro de Magalhães admite que não há uma forma jurídica consensualmente aceita de convocação do poder constituinte, ademais ele “só será legítimo se for, inequivocamente, radicalmente democrático.”⁸⁰

Acatar a tese de inconstitucionalidade do poder constituinte seria uma inversão de valores democráticos sem tamanho. Sobre isso, Bercovici diz que: “Afirmar a soberania da Constituição é falsear a titularidade democrática da soberania do povo pela soberania do direito. O princípio da soberania popular significa que a Constituição é fruto da soberania popular, e não o contrário.”⁸¹ Seria contraditório tentar defender a Constituição do poder constituinte, ou a Constituição do povo que, na verdade, é o verdadeiro soberano.

Historicamente, nosso país sempre foi extremamente avesso a reconhecer a titularidade do poder do povo. Nossas transições, transformações e rupturas foram conservadoras, alheias a qualquer participação ou defesa dos interesses populares. A

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3ª ed. São paulo: Malheiros, 2004.

⁸⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. “Entendendo o poder constituinte exclusivo”. In: RIBAS, Luiz Otávio. *Constituinte Exclusiva: Um outro sistema político é possível*. Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais, 2014. Disponível em: [Http://www.plebiscitoconstituente.org.br/sites/default/files/material/Livro%20Juridico%20Constituinte%20Exclusiva%202014.pdf](http://www.plebiscitoconstituente.org.br/sites/default/files/material/Livro%20Juridico%20Constituinte%20Exclusiva%202014.pdf).

⁸¹ BERCOVICI, op. Cit., p. 20.

invocação da legitimidade pelo povo, nas Constituições anteriores, nunca passou de retórica. Como exemplo que se encaixa muito bem na mentalidade oligárquica dominante desde os tempos do império, Comparato invoca Hipólito José da Costa no correio braziliense de maio de 1811:

Ninguém deseja mais do que nós as reformas úteis; mas ninguém aborrece, mais do que nós, que essas reformas sejam feitas pelo povo; pois conhecemos as más conseqüências desse modo de reformar; desejamos as reformas, mas feitas pelo governo; e urgimos que o governo as deve fazer enquanto é tempo, para que se evite serem feitas pelo povo.⁸²

Cumprido, então, através da reforma política, devolver a titularidade a quem de direito, ou seja, o povo.

A legitimação da Assembleia Constituinte começa pelo reconhecimento de um verdadeiro momento constituinte, ou situação constituinte, caracterizada pela doutrina como a situação política que demanda novas normas fundamentais.⁸³ Deve-se reconhecer a situação de crise política desencadeada no Brasil e uma verdadeira vontade social de mudanças em relação ao sistema político. A Constituição de 1988 envolveu grande mobilização social, que agora reaparece exigindo um novo sistema político.

Ainda assim, devemos levar em conta as críticas do seguinte grupo de constitucionalistas que assinaram um manifesto contra a assembleia constituinte: Lenio Streck, Clemerson Clève, Ingo Sarlet, Gilberto Bercovici, Marcelo Cattoni, Martonio Mont'alverne Barreto Lima, Katya Kozicki e Cristiano Paixão. Eles escreveram:

Não se arrisca fragilizar um regime democrático simplesmente porque se quer fazer outro – e, aliás, como seria esse outro? A Constituição da República, nascida da ruptura institucional com um regime autoritário e excludente, é coisa séria, fruto de uma repactuação (We the People...), visando à construção democrática de uma sociedade livre, justa e solidária. Não foi por outra razão que nela foram previstas cláusulas pétreas e estabelecida uma forma especial de elaborar Emendas. É nesse sentido que a supremacia da Constituição democrática impede, como garantia dos direitos

⁸² COSTA, Hipólito José da. Apud COMPARATO, Fabio Konder. *Sobre a mudança do regime político no Brasil*. In ARANTES, A. et al (orgs). A OAB e a reforma política democrática. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2014, p. 120

⁸³ SILVA, Poder constituinte..., p. 107

fundamentais, qualquer alteração que descumpra as normas nela previstas para reger uma reforma constitucional.⁸⁴

Os receios são legítimos e bem fundamentados, concordamos que uma convocação de Assembleia Constituinte Exclusiva ou uma Assembleia Constituinte Revisora que não for precedida por uma ampla mobilização social é um risco à democracia, além de que corroboramos as palavras de que não se pode permitir a maiorias ocasionais retalhar a Constituição. No entanto, frise-se, vivemos um momento constituinte. Não é pouco quando quinhentas organizações populares e movimentos sociais brasileiros de grande expressão fazem campanha para um plebiscito sobre esse tema. Para citar apenas algumas organizações: Articulação de Mulheres Brasileiras (AMB), Associação Brasileira de Imprensa (ABI), Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG), Central Única dos Trabalhadores (CUT), Comissão Pastoral da Terra, Conselho Nacional de Igrejas Cristãs do Brasil (CONIC), Educafro, Intersindical, Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), Movimento dos Pequenos Agricultores (MPA), Movimento dos Trabalhadores Desempregados (MTD), Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), Movimento Nacional da População de Rua (MNPR), Plataforma dos Movimentos Sociais pela Reforma do Sistema Político, Rede Fale, Rede Nacional de Advogados Populares (RENAP), União Nacional dos Estudantes (UNE), Via Campesina Brasil. Por outro lado, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Confederação Nacional de Bispos do Brasil (CNBB), e outros grupos estão promovendo uma campanha para colher assinaturas para um projeto popular democrático de sistema eleitoral⁸⁵.

De todo modo, concordamos com o parecer do deputado Chico Alencar (Partido Socialismo e Liberdade – PSOL) sobre o procedimento de legitimação popular para a Constituinte: deve-se promover um plebiscito anterior à convocação para ampliar o debate nacional e ainda um referendo como condição de promulgação das alterações

⁸⁴ STRECK, L. et al. MANIFESTO REPUBLICANO CONTRA A CONSTITUINTE EXCLUSIVA. Publicado no site Consultor Jurídico, em 25 de junho de 2013. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2013-jun-25/manifesto-assembleia-constituente-reforma-politica> .

⁸⁵ <http://www.reformapoliticademocratica.org.br/>.

concebidas pela constituinte.⁸⁶ O plebiscito servirá para ampliar o debate e fazer com que a população entenda o momento pelo qual estamos passando, transferindo para o povo a tomada de decisão. O referendo teria o condão de impedir qualquer retrocesso social ao final do processo.

Para fortalecer o compromisso de repensar o sistema político, os movimentos populares defendem também que os representantes constituintes não possam concorrer às eleições seguintes. Essa precaução seria tomada para que eles não legislassem em causa própria.

Realizadas essas etapas, entendemos plenamente legítima a Assembleia Constituinte Exclusiva para a Reforma Política. Outro ponto a ser rebatido é o fato de que uma assembleia constituinte e soberana não pode ser limitada. Sobre isso, se é certo que poder constituinte não pode ser limitado juridicamente, ele pode limitar-se politicamente, pode realizar a constituinte e deliberar apenas sobre a representação e o sistema político. Esse é o entedimento de Magalhães:

Quando falamos de uma constituinte exclusiva, nos referimos ao formato democrático adequado de elaboração de uma nova constituição, ou seja, uma assembleia popular de “representantes” (ou talvez melhor seriam “delegados”) livremente eleitos (escolhidos) com a finalidade exclusiva, única, de elaborar uma nova constituição. Após a elaboração desta Constituição a assembleia é dissolvida e devem ser convocadas eleições gerais para todos os níveis. Este poder constituinte originário exclusivo, pode, é claro, autolimitar sua competência para a realização de, apenas, uma reforma. Quem pode mais, pode menos. Não há precedente, mas é plenamente possível.⁸⁷

Nesse caso não será o ordenamento jurídico ou o constitucionalismo limitando o poder constituinte, e sim esse poder constituinte atuando para adequar apenas o sistema político. Voltamos a frisar que todo esse processo, muito mais que constitucional, é um processo político, e deve ser avaliado quanto a sua legitimidade. Há hoje na sociedade brasileira um consenso sobre o avanço que representa o rol de direitos e garantias assegurados na Constituição, porém como argumenta Gargarella,

⁸⁶ Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Parecer do Relator, Dep. Chico Alencar. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1294749&filename=Tramitacao-PEC+276/2013 Acesso em 10 de abril de 2015.

⁸⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Entendendo o poder constituinte exclusivo..., p. 52.

esse rol por si só não garante a sua efetividade. O que se quer não é alterar o núcleo fundamental de direitos, mas tão somente adequar e mais que tudo aprofundar a cidadania e a democracia.

A legitimidade dessa assembleia depende ainda de outro fator: a lisura do processo eleitoral. Sem dúvida, as oligarquias sempre conseguiram controlar o processo eleitoral⁸⁸ no país, e hoje o fazem através do financiamento dos candidatos. Devemos então encarar de frente a questão do financiamento eleitoral, para conseguir elaborar a crítica e propor novos caminhos.

Por fim, concordamos que sempre há riscos em empreendimentos de tal tipo; muito pior, no entanto, é ver dia após dia o povo ser cada vez mais afastado das instâncias de decisão. O risco maior é que tudo permaneça como está, legitimando uma ordem extremamente desigual e injusta. Devemos concordar com Bonavides, quando diz que:

Pelas vias do sistema vigente, o povo não levaria menos de um século para depurar a forma de governo, educar-se e fazer eficaz sua vontade, retomando o poder de que legalmente se vê com frequência esbulhado a cada eleição e ato político de que participa na chamada democracia indireta em seu estado atual de funcionamento nos quadros da realidade nacional.⁸⁹

Não devemos, pois, aperfeiçoar o sistema vigente, devemos reformá-lo para alterar radicalmente o modo como o povo exerce a democracia. Devemos repassar o protagonismo ao poder constituinte, elaborar uma nova dinâmica de participação no processo decisório e de partilha de poder.⁹⁰

⁸⁸ COMPARATO, Fabio Konder. COSTA, Hipólito José da. Apud COMPARATO, Fabio Konder. Sobre a mudança do regime político no Brasil. In ARANTES, A. et al (orgs). A OAB e a reforma política democrática. Brasília: OAB, p. 128.

⁸⁹ BONAVIDES, op. Cit., p. 30.

⁹⁰ Safatle vai trabalhar a necessidade de modernização da democracia e a superação da democracia meramente representativa, repassando protagonismo ao poder instituinte. O filósofo ainda critica aqueles que defendem instituições fortes, pois a democracia não exige um poder instituído forte, mas de “um poder instituinte soberano e sempre presente.” SAFATLE. Vladimir. *A esquerda que não teme dizer seu nome*. São Paulo: Três Estrelas, 2012, p. 51.

3 O FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS

É inócuo tratar apenas dos aspectos formais da reforma sem atingir seu conteúdo. É necessário tratar dos pontos materiais da mudança, para indicar o caminho que pretendemos seguir. Como colocado no começo do capítulo anterior, os temas possíveis são vastos e dizem respeito a toda estrutura de poder. Focaremos, então, em um ponto que consideramos essencial e que ganha imensa visibilidade nacional: o financiamento da política. Esse assunto está intrinsecamente ligado ao debate da influência do poder econômico sobre a democracia. A evolução da democracia com o sufrágio universal, assim como a evolução dos meios de comunicação, aumentou muito o custo das campanhas eleitorais e colocou o dinheiro como um de seus protagonistas. Deve-se refletir até que ponto esse protagonismo faz parte do jogo democrático e a partir de que momento torna-se instrumento de uma plutocracia para manutenção do *status quo*.

O financiamento da política abrange, grosso modo, o custeio das atividades ordinárias e cotidianas dos partidos políticos, bem como financiamento das campanhas eleitorais. Os partidos políticos são hoje fundamentais para o exercício da democracia e o dinheiro é, obviamente, necessário para todas as suas atividades, desde alocação de uma sede e estruturação mínima, e principalmente para as campanhas eleitorais.

3.1 A natureza jurídica dos partidos e seu financiamento

É indispensável estudar o estatuto jurídico dos partidos, antes de discutir sobre o seu sistema de financiamento, pois o reconhecimento da natureza jurídica dos partidos tem impacto direto sobre a regulamentação de seu financiamento. Santano expõe que a doutrina divide-se majoritariamente em três correntes:

[...]a primeira os considera como associações de direito privado; a segunda posição que os entende como órgãos públicos; e a terceira, como associações de direito privado, mas dotados de qualidades com conotação pública,

podendo ser entendidos como associações especiais, com alguns privilégios e deveres que a associações normais não tem.⁹¹

No que diz respeito à primeira posição, compreende-se que os partidos são somente associações de direito privado, devendo ser regidos também pelas normas do direito privado. Esse posicionamento segue a linha de um perfil associativo predominante, surge do direito fundamental de associação. Para essa posição, ainda que os partidos assumam funções constitucionalmente reconhecidas, eles são fundamentalmente parte da sociedade civil, não do Estado. Santano reconhece que esse modelo liberal hoje em dia não é o predominante.⁹²

A segunda posição localiza-se noutra extremo: considera os partidos como um ente “quase-estatal”. Santano afirma tratar-se de uma ideia de origem alemã, este estatuto lhes é atribuído pois são “vitais para a democracia e, em último termo, responsáveis pelo exercício da soberania por parte do povo. Os interesses dos partidos ficam refletidos como interesses do Estado, sendo este a sua finalidade.”⁹³ Destaca-se ainda que, para esta posição, os partidos assumem personalidade jurídica de direito público e o seu custeio vem desde os fundos públicos, devendo ser fiscalizados pelo Tribunal de Contas, como ocorre com os órgãos estatais.⁹⁴

A posição prevalescente seria uma matização entre as duas anteriores, ela reconhece os partidos políticos como associações privadas que exercem funções públicas designadas constitucionalmente. Mezzaroba defende que a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer personalidade jurídica aos partidos na forma da lei civil, os define como pessoas jurídicas de direito privado, tratando-os como associações privadas com funções constitucionais⁹⁵. Ana Claudia Santano considera ainda que deve ser levado em conta a caracterização das funções dos partidos, aplicando o que melhor couber em cada caso “Não se pode, definitivamente, aplicar unicamente esquemas privatistas quando estas organizações estão exercendo funções nitidamente públicas,

⁹¹ SANTANO, Ana Claudia. O financiamento da política: teoria geral e experiências no direito comparado. Curitiba: Ithala, 2014, p. 25.

⁹² *Ibidem*, p. 27.

⁹³ *Ibidem*, p. 28

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

como nem se pode sustentar a vigência de um direito público exaustivo sobre atos que se constituem de caráter privado.”⁹⁶

Se não há democracia representativa sem partidos, também não pode haver partidos sem os necessários recursos para mantê-los. Com isso, o principal problema que se revela é a desigualdade econômica, que se contrapõe ao princípio da igualdade de oportunidades e que por sua vez ameaça a legitimidade do sistema político. A Constituição atual estrutura princípios ordenadores para o direito eleitoral, entre eles o princípio da máxima igualdade entre os candidatos. No ensinamento da professora Eneida Desiree, tal princípio deriva do princípio de república e de igualdade aduzidos na Carta Magna, que “impõe uma regulação das campanhas eleitorais, alcançando o controle da propaganda eleitoral, a neutralidade dos poderes públicos, a vedação ao abuso de poder econômico e a imparcialidade dos meios de comunicação.”⁹⁷

Outro problema significativo é a dependência econômica que surge entre os partidos políticos e os candidatos ante as fontes de financiamento. Esse problema origina-se com a deterioração da capacidade de autofinanciamento dos partidos, assim como o encarecimento das campanhas eleitorais. É fato que hoje, as necessidades financeiras das agremiações tendem a ser infinitas, o dinheiro pode comprar bens, conhecimentos e serviços, cabos eleitorais, propaganda e, infelizmente, até mesmo votos. Ainda que o dinheiro nem sempre defina o resultado de uma eleição, ele é significativo para seu desfecho⁹⁸.

Pretende-se destacar, com isso, que a regulação do financiamento da política é um dos maiores desafios das democracias atuais. Outra questão que surge é que versa sobre “um âmbito em que são os próprios partidos os sujeitos e os destinatários da regulação normativa”⁹⁹ Para Santano, muitas vezes a legislação peca por uma excessiva generalidade e falta de coerência sistemática. Nesse campo, as alterações legislativas são constantes, e muitas vezes sob o pretexto de se solucionar um problema em concreto, os partidos tendem a aumentar suas fontes de financiamento do

⁹⁶ SANTANO, op cit, p. 32.

⁹⁷ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*. Tese de doutoramento, Curitiba: UFPR, 2010, p. 247

⁹⁸ SPECK, B. W.; MANCUSO, W. P. *O que faz a diferença? Gastos de campanha, capital político, sexo e contexto municipal nas eleições para prefeito em 2012*. In cadernos Adenauer xiv (2013), nº 2. Candidatos, partidos e coligações nas eleições municipais de 2012. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, junho de 2013.

⁹⁹ SANTANO, op. Cit., p. 37.

que de fomentar a igualdade de oportunidades, como veremos no caso do escândalo Collor.

Os modelos de financiamento podem ser classificados em privado, público ou misto. Todos são objeto de ampla polêmica, e a doutrina parece estar longe de qualquer possibilidade de consenso. Comumente, cada posição política sustenta uma forma de financiamento. Para Santano, o ideal de financiamento seria aquele “que fizesse os partidos capazes de estabelecer conexões próprias com todos os votantes, sem fazer com que arrecadação de recursos seja seu fim último ou que a sua atuação resulte condicionada pelos seus financiadores.”¹⁰⁰

3.2 Financiamento Privado

Com o surgimento da democracia liberal, o financiamento privado foi o primeiro método de custeio das agremiações políticas. Os partidos burgueses eram compostos por indivíduos com grande capacidade econômica, de modo que se mantinham com recursos dos próprios membros. Quando do surgimento dos partidos socialistas e do modelo do partido de massas, estes não eram a favor de receber dinheiro de natureza estatal, pois possuíam o entendimento que se tratava de corrupção. Com isso, esses partidos adotavam meios de autofinanciamento, sem a presença de recursos públicos, a partir de diversas fontes privadas, principalmente quotas dos filiados e venda de jornais, além de outras atividades como eventos e festas, como exemplo histórico a festa anual *L'humanité* do Partido Comunista Francês.¹⁰¹

Podemos conceituar o financiamento privado dos partidos políticos como o sistema em que as próprias agremiações devem angariar fundos a partir de diversas fontes privadas, próprias ou alheias. As fontes próprias são as quotas de filiados, patrimônio próprio do partido, publicações e outras atividades desenvolvidas e, por fim, os aportes dos detentores de cargos públicos; as fontes externas são os empréstimos e créditos, as doações, serviços empresariais, e as provenientes da corrupção¹⁰², ainda que a última seja uma fonte ilegal e a total ausência de dados, possui importância significativa.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 41.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 46-47.

¹⁰² *Ibidem*, p. 51.

As quotas de filiados são o mecanismo mais tradicional de financiamento privado dos partidos. Elas possuem uma dupla função: financiar as atividades do partido, assim como certificar a adesão de seus filiados. Essa forma de financiamento se encontra secundarizada, ao que Santano atribui à perda de identidade ideológica dos partidos, bem como a possibilidade de conseguir grandes somas através de outras fontes tanto empresariais quanto estatais.¹⁰³

O financiamento através do patrimônio do próprio partido também já não é uma fonte atrativa hoje em dia. A maior parte do patrimônio dos partidos está imobilizado em suas sedes históricas, cujo valor histórico é superior ao financeiro.¹⁰⁴ As publicações e outras atividades partidárias perderam sua importância no financiamento do partido, muito por causa da desideologização dos partidos e do avanço dos meios de comunicação que fizeram o meio impresso perder relevância para a divulgação de suas ideias.¹⁰⁵

Em alguns partidos, o detentor de cargo eletivo deve fazer um aporte de parte de seu salário. Essa questão está fundada no costume de cada partido, sendo que não existe normatização para esse tipo de financiamento.

A maior parte do financiamento privado no Brasil provém de doações, principalmente empresariais. O mais comum é encontrar grandes empresas, não raro com proeminentes contratos públicos, doando vultuosas somas.¹⁰⁶ Essas doações estão no centro dos últimos grandes escândalos de corrupção no Brasil, envolvendo desde a Petrobrás, o metrô de São Paulo e até obras da Copa do Mundo.

A polêmica do tema se deve a forte influência que os recursos financeiros possuem no jogo político, uma vez que o custo das campanhas é muito alto. Segundo Santano, um modelo cabalmente privado seria prejudicial para a independência dos partidos, e o Estado seria vinculado indiretamente. Uma legislação totalmente permissiva só favorece aos setores economicamente mais fortes da sociedade, distorcendo os preceitos constitucionais de igualdade de oportunidades entre os partidos.¹⁰⁷

¹⁰³ *Ibidem*, p.54.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 55.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 56.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 48.

Por outro lado, os simpatizantes desse sistema advogam que esse modelo liberal seria eficaz contra a corrupção, porque obriga as agremiações partidárias a se legitimar frente ao eleitorado para conseguir seu financiamento. Outro argumento levantado é o de que a doação de recursos aos partidos seria uma forma de participação política, e que esse modelo é o que melhor corresponde à natureza predominantemente associativa privada dos partidos no ordenamento.¹⁰⁸

Olhando a realidade, percebe-se que esses argumentos se desmancham no ar. Dizer que os partidos precisariam cuidar de sua legitimidade popular para conseguir doações parte do pressuposto que os partidos são financiados por milhares de eleitores e que um abalo na imagem do partido reduziria significativamente esse aporte. No entanto, nas eleições de 2010, apenas 1.000 empresas contribuíram com cerca de 80% dos mais de R\$ 2,3 bilhões arrecadados entre o setor privado.¹⁰⁹ O que realmente importa a esses doadores são as vantagens que podem adquirir patrocinando certos partidos e candidatos. Por outro lado, a participação política através de doações é muito reduzida no Brasil, justamente pelo sistema atual, que privilegia as empresas.

A maior parte dos escândalos de corrupção estão relacionados à doações vultosas de empresas a partidos ou candidatos. A regulação desse tipo de financiamento é complexa porque muitas vezes não é eficaz, e de acordo com Santano, “[..]quanto mais duras sejam as normas proibitivas, provavelmente serão mais ineficazes”¹¹⁰. Não obstante, uma liberalização irrestrita desse tipo de financiamento afeta diretamente o equilíbrio de condições na corrida eleitoral.

3.3 Financiamento Público

O financiamento público acompanha o fenômeno da constitucionalização dos partidos políticos e o debate sobre sua função. É a subvenção dos gastos partidários pelo erário do Estado. Santano afirma que a importância conferida a estas associações no sistema político democrático abriu caminho ao financiamento público e a regulação de sua organização e suas atividades.¹¹¹

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.49.

¹⁰⁹ Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e Transparency international. A responsabilidade das empresas no processo eleitoral. Ed. 2012. p. 34.

¹¹⁰ SANTANO, op. Cit., p. 66.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 84.

O financiamento público pode ser caracterizado de três maneiras principais: a) isenções de impostos aos partidos e aos doadores; b) acesso gratuito ou subsidiado a serviços públicos e instalações; c) repasse de recursos orçamentários diretos. No caso brasileiro, o acesso ao horário gratuito de propaganda política no rádio e televisão representa a principal forma de financiamento público de campanha, ainda mais se considerarmos que a legislação atual não permite compra de espaços nesses meios além dos fornecidos pelo Estado.¹¹² Importante destacar que para 2015, após os sucessivos escândalos envolvendo o financiamento empresarial da política no Brasil, os congressistas autoconcederam-se um aumento significativo no valor do fundo partidário passando dos R\$308,2 milhões de 2014 para R\$867 milhões, representando um maior repasse direto para as agremiações partidárias.¹¹³

Segundo Ana Claudia, uma das motivações para o uso de dinheiro público no custeio dos partidos é a ideia de “investimento na democracia”, principalmente como instrumento de luta contra a corrupção e o financiamento irregular.¹¹⁴ A autora destaca, no entanto, outra questão relevante que acompanhou a instituição do financiamento público de campanha: a paulatina perda de capacidade de autofinanciamento dos partidos, principalmente com diminuição de filiados, gerando uma crise financeira cuja solução foi o aporte estatal. A autora credita tal crise à “perda de identificação entre cidadãos e partidos e falta de ideologia por parte das agremiações políticas”¹¹⁵.

Eneide Desiree Salgado, falando a partir de uma interpretação constitucional do princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral, justifica a subvenção estatal direta e indireta pelas funções que os partidos cumprem na democracia e o importância de mantê-los afastados de uma relação de dependência absoluta de fontes privadas de financiamento. Pelo princípio da igualdade, a subvenção pública “deve se revestir de uma finalidade compensatória, destinada a reequilibrar a

¹¹² SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento de campanhas eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org.). Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 157.

¹¹³ Dilma sanciona Orçamento com R\$ 868 milhões para partidos políticos. *GI*. Publicado em 21 de abril de 2015. Disponível em: <http://tinyurl.com/qfp32bc>. Acesso em: 18 de junho de 2015.

¹¹⁴ SANTANA, op cit, p. 84.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 85.

diferente distribuição de um fator que é tomado como irrelevante (e que, portanto, deve ser neutralizado) na disputa eleitoral – o poder econômico”¹¹⁶

Ainda que tenha surgido como solução para o problema do subsídio da atividade política, o financiamento público cria novos inconvenientes. Talvez a questão mais polêmica seja a dos critérios de acesso e distribuição dos recursos públicos. Com efeito, os partidos e candidatos não são iguais, e portanto a igualdade de oportunidades não significa uma igualdade de tratamento absoluta, ignorando a representatividade de cada força política. As regras de divisão do patrocínio público afetam diretamente o andamento das eleições, sendo que certos critérios tendem a fortalecer o *status quo* partidário e outros a fortalecer o pluripartidarismo.

Os critérios podem ser a simples existência formal do partido, ou critérios de representatividade política como representação parlamentar, número de votos. Quanto maior a quota da divisão igualitária, maior o incentivo ao pluripartidarismo. Por outro lado, se todo o financiamento for distribuído de acordo com o resultado eleitoral, a tendência é o fortalecimento dos maiores partidos e o impedimento da criação de novas maiorias. Santano defende a adoção “de um duplo critério para essa divisão, combinando uma parte fixa a todos os participantes, outra variável em função do número de votos”¹¹⁷.

Outra questão que interfere diretamente na dinâmica partidária é se o subsídio deve ser direcionado à executiva nacional dos partidos ou a nível estadual. Essa definição está ligada ao nível de centralização dos partidos. Quando o financiamento se dá a nível nacional, provoca-se uma centralização dos partidos junto com uma forte hierarquização partidária. O oposto disso, se todo o financiamento for distribuído a nível estadual, pode-se produzir uma independência das subsedes, ocasionando uma falta de unidade nacional.¹¹⁸

O ponto seguinte é sobre a destinação dos recursos, que podem ser utilizados livremente ou terem uma finalidade prescrita em lei. Na legislação brasileira, a lei dos partidos determina que o mínimo de vinte por cento deve ser destinada à instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação política, bem como cinco por cento

¹¹⁶ SALGADO, Op cit, p. 282.

¹¹⁷ SANTANO, op cit, p. 94.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 98.

ao patrocínio de atividades de inclusão da mulher na política.¹¹⁹ Se bem que o legislador relativizou essa questão, ao estruturar os §§5º e 6º do art. 44, no qual aduz a possibilidade de redirecionar os recursos ditos finalísticos para outras atividades partidárias.

O sistema também pode alcançar os candidatos diretamente ou apenas os partidos. Financiando apenas os partidos, os candidatos tornam-se dependentes deles, e vice-versa.

Finalmente, o financiamento público pode fazer com que os partidos fiquem menos dependentes de doações privadas e até mesmo das quotas e contribuições dos filiados e do apoio de simpatizantes. Por isso, pode levar ao afastamento da cúpula do partido da sua base de apoio e fomenta o que Santano chama de oligarquização do partido, “diminuindo o interesse por captar novos membros, como também o peso dos filiados dentro das estruturas da agremiação”¹²⁰.

¹¹⁹ BRASIL. LEI Nº 9.096, DE 19 DE SETEMBRO DE 1995. Art. 44, IV e V.

¹²⁰ SALGADO, op cit, p. 102.

4 O CONTEXTO NACIONAL

Após exposição acerca do financiamento de campanha eleitoral, comentando tanto o financiamento privado quanto o público, passamos a análise e comentário mais detalhado da legislação pátria. Primeiramente, cabe um breve histórico sobre a legislação brasileira. O financiamento das campanhas eleitorais aparece no debate político com o Código Eleitoral de 1950¹²¹, no qual as entidades estrangeiras foram impedidas de doarem recursos para as campanhas, bem como as instituições do Estado. Nesse diploma legal, as doações privadas eram permitidas sem limites.

A situação muda radicalmente com a nova lei dos partidos introduzida à época da Ditadura militar, em 1971, quando foram proibidas as doações de entidades de classe e empresas privadas.¹²² Essa legislação é interpretada por Speck como casuísmo da época para diminuir a força política da oposição.¹²³

Essa proibição perdurou à abertura democrática, porém com a crescente necessidade financeira dos partidos de atingir um número altíssimo de eleitores, espalhados pelos 4 cantos do Brasil, somando-se a isso as novas necessidades técnicas do marketing político com a popularização da televisão, os partidos passaram a receber doações de empresas privadas para cobrir seus déficits. A situação ficou evidente no escândalo Collor, e a legislação proibitiva foi caracterizada de hipócrita no relatório final da Comissão Parlamentar mista de Inquérito que investigou o caso.¹²⁴ Ao final a própria comissão apresentou proposta legislativa, na qual se destaca o seguinte: 1) limites de gastos eleitorais absolutos; 2) vedação à empresa que celebre contratos com a Administração Pública ou participe de licitações; 3) limites absolutos às doações privadas; 4) duras penalidades aos partidos que descumprissem às leis.¹²⁵

Não obstante, a Lei n. 8.713/93 aprovada às pressas foi em direção diametralmente oposta àquela apresentada pela comissão. Em seguida, foram editadas a lei dos partidos de 1995 e a lei das eleições de 1997, vigentes atualmente. Antes de examiná-las, voltamos um pouco para consideração da Constituição de 1988, já que os

¹²¹ BRASIL. Lei Nº 1.164, de 24 de julho de 1950.

¹²² BRASIL. Lei Nº 5.682, de 21 de julho de 1971, Art. 89-94

¹²³ SPECK, Bruno Wilhelm. *Reagir a escândalos ou perseguir ideais? A regulação do financiamento político no Brasil*. Cadernos Adenauer. Ano 6, n.2, p. 123-159, 2005, p. 130.

¹²⁴ BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, nº 52/92-CN. Presidente, Dep. Benito Gama. Brasília, 1992, p. 320.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 321-327.

partidos atualmente estão constitucionalizados. Encontram-se na Constituição os princípios básicos que regem os partidos políticos, assim como as normas fundamentais.

A disciplina constitucional financeira dos partidos políticos está inscrita primeiramente como controle financeiro. O art. 17, II, proíbe o recebimento de recursos por entidade ou governo estrangeiros ou a estes subordinados. Essa regra deriva do caráter nacional dos partidos políticos. O inciso seguinte, impõe o dever de prestar contas à Justiça Eleitoral. Em contrapartida, o §3º do referido artigo garante o acesso gratuito à rádio e televisão, além do acesso ao fundo partidário, na forma da lei.¹²⁶

4.1 Lei dos partidos políticos e Lei das eleições

As duas leis mais importantes para discorrer sobre o financiamento da política no Brasil são a Lei dos Partidos Políticos de 1995 e a Lei das Eleições de 1997. A primeira regula o direito constitucional ao fundo partidário e o acesso gratuito aos meios de comunicação de massa, além do funcionamento dos partidos. A segunda, a captação de recursos e o tempo de televisão nas campanhas eleitorais.

A lei dos partidos, originalmente, fazia a distinção entre partidos com funcionamento parlamentar e partidos sem funcionamento parlamentar. De fato, ela trazia uma cláusula de barreira para os partidos minoritários. A divisão inicial do fundo partidário prevista na Lei 9.096/95 (1% por igual a todos os partidos e 99% na proporção dos votos recebidos na última eleição para a Câmara de Deputados apenas para os partidos que houvessem superado o desempenho de cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles) foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.351. Depois de um período em que a divisão foi definida pela Resolução 22.506/07 do Tribunal Superior Eleitoral (29% na proporção da representação, 29% para os partidos com representação em duas eleições em no mínimo cinco estados, alcançados 1% dos votos, na proporção dos votos e 42% por igual aos partidos registrados), o legislador alterou a lei, passando a divisão a

¹²⁶ SILVA, J. A. da. *Curso de direito...*, p. 408

ser 5% em partes iguais a todos os partidos e 95% na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.¹²⁷

Por outro lado, a divisão do tempo de acesso gratuito aos meios de comunicação previsto na Constituição e nos artigos 45 a 49 da lei orgânica dos partidos é regulada pela Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 20.034/1997, de acordo com os seguintes critérios: o partido com registro definitivo de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral que tenha concorrido ou venha a concorrer às eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo, em duas eleições consecutivas, representantes em, no mínimo, cinco estados, obtendo, ainda, um por cento dos votos apurados no País, não computados os brancos e os nulos, será assegurada a realização de um programa por semestre, em cadeia nacional, com duração de dez minutos cada e a utilização do tempo total de vinte minutos por semestre em inserções de trinta segundos ou um minuto. Ao partido que tenha elegido e mantenha filiados, no mínimo, três representantes de diferentes Estados, é assegurada a realização anual de um programa, em cadeia nacional, com a duração de dez minutos. Ao partido que não tenha atendido ao disposto anteriormente fica assegurada a realização de um programa em cadeia nacional em cada semestre, com a duração de cinco minutos, não cumulativos com o tempo previsto nos incisos anteriores.

A subvenção estatal ao acesso dos meios de comunicação de massa no Brasil constitui a maior parcela do financiamento público, representando uma renúncia de R\$ 840 milhões na arrecadação do Estado¹²⁸, tornando-se de extrema importância para os partidos divulgarem seu trabalho e realizarem a propaganda política. Destaca-se que a nossa legislação proíbe a compra de espaços nesses meios além dos definidos no ordenamento. Essa vedação mostra-se oportuna no equilíbrio das condições de competição entre os partidos.

Já no tocante às doações privadas, a lei estabelece restrições ao partido de receber doações de entidade ou governo estrangeiros; autoridade ou órgãos públicos, autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos

¹²⁷ SALGADO, ob cit, p. 282.

¹²⁸ DUTRA, Marina. Governo deixará de arrecadar R\$ 840 milhões com horário eleitoral gratuito. Contas Abertas. Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/8075#sthash.0erQTmmy.dpuf> Acesso em: 10 de maio de 2015.

concorram órgãos ou entidades governamentais; entidade de classe ou sindical. Fora essas vedações, a lei permite ao partido receber doações de pessoas físicas e jurídicas, sem estabelecer teto algum.¹²⁹

Já a lei 9.504/97 disciplina a arrecadação e a aplicação de recursos especialmente nas campanhas eleitorais. Note-se que é difícil estabelecer uma divisão clara entre atividades ordinárias e atividades eleitorais, pois o fim dos partidos é a representação através das eleições. Sem a organização e estruturação do partido, o debate acumulado, a pesquisa de ciência política e políticas públicas através das fundações, as campanhas de filiação, o partido não teria condições de participar das eleições com um projeto político claro. Com efeito, em nosso país não raro vemos legendas de aluguel e políticos profissionais mais preocupados com cargos e comissões do que com o debate político, o que não invalida a hipótese inicial, justamente confirma a importância das atividades cotidianas das agremiações políticas.

Passando a análise da lei, o dispositivo do artigo 17-A foi inserido na mini-reforma eleitoral (Lei nº 11.300/2006) com a intenção de limitar os gastos de campanha. O artigo prevê que a cada eleição caberá à lei fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa, porém, se nenhuma lei for editada até tal data, cabe aos partidos fixar seu próprio limite de gastos, em comunicação à Justiça Eleitoral. Além disso os partidos devem comunicar os valores máximos que pretendem gastar por cada cargo eletivo em que concorrem. Até as eleições de 2014, não houve legislação sobre o teto das campanhas.

Outro limite imposto pela lei das eleições é o do art. 23 §1º, no caso de pessoa física as doações e contribuições não podem ultrapassar dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição. Speck vai argumentar que a lei reforça o desequilíbrio do poder econômico no pleito democrático, já que transforma a inequidade social e econômica em norma para o financiamento eleitoral, pois aqueles com menor renda doam menos não apenas por possuírem menos recursos, mas pela

¹²⁹ Art. 31 e 39. BRASIL. LEI Nº 9.096, DE 19 DE SETEMBRO DE 1995.

força da lei.¹³⁰ Por outro lado, a lei não impõe barreiras ao candidato, este possui como limite apenas o máximo de gastos fixados pelo partido, podendo ir até a insolvência.¹³¹

Adriano Soares da Costa aponta como falha do legislador, ou pura má-fé, que o mesmo dispositivo que fixa os limites às pessoas físicas se omite em relação às pessoas jurídicas. A lei vai tratar das doações de pessoas jurídicas no artigo 81, sendo que o limite fixado é o de dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.¹³²

É vedado pela lei, no artigo 24, o candidato ou partido receber, direta ou indiretamente, doação em dinheiro ou estimável em dinheiro de: entidade ou governo estrangeiro; órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público; concessionário ou permissionário de serviço público; entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; entidade de utilidade pública; entidade de classe ou sindical; pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior; entidades beneficentes e religiosas; entidades esportivas que recebam recursos públicos; organizações não-governamentais que recebam recursos públicos; organizações da sociedade civil de interesse público.

As palavras de Adriano Soares da Costa sobre tais vedações são irrepreensíveis:

a lógica que preside a composição da lista do art. 24 não é a lógica do razoável, mas do oportunismo, da vivacidade. Admitiu-se a possibilidade de empresas contratadas do Poder público doarem verbas para as campanhas eleitorais (afinal, quem deixaria de fora as empreiteiras dessa faculdade?), mesmo quando o beneficiário seja o Chefe do Poder executivo, concorrendo à reeleição.¹³³

Outra contradição apontada pelo autor é a seguinte: se uma empresa que possui contratos com o Poder Público pode doar grandes somas à campanha do

¹³⁰ SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento de campanhas eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org.). Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 156.

¹³¹ COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito eleitoral. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 495.

¹³² *Ibidem*, p. 595.

¹³³ *Ibidem*, p. 497.

governante de ocasião, por que os sindicatos foram proibidos de apoiar os candidatos ligados à sua causa, com quem possuem vínculo ideológico muito maior?¹³⁴ Trata-se obviamente de uma clara demonstração da opção de classe feita pelo legislador. É a opção que orienta todo o funcionamento das eleições periódicas feitas no país.

Nosso sistema atual, longe de acatar aquelas recomendações feitas pelo relatório final do inquérito Collor-PC, ampliou de modo escandaloso as possibilidades de financiamento empresarial sem ressalva alguma. Na prática, a defesa argumentativa da impossibilidade do fim do “Caixa 2” perpetua um sistema que praticamente legaliza a troca de favores entre financiadores e financiados. Por outro lado, não seria errado dizer que aqueles que possuem contratos com a administração públicas podem se sentir coagidos a doar para não sofrerem represálias ao final da eleição. Sobre a dinâmica atual, podemos dizer que

A arrecadação de fundos financeiros para custear campanhas eleitorais adquiriu um lugar central na competição eleitoral das democracias contemporâneas, com conseqüências para o equilíbrio da competição e geração de oportunidades responsáveis pela alimentação de redes de compromissos entre partidos, candidatos e financiadores privados, interessados no retorno de seu investimento, sob a forma de acesso a recursos públicos ou tratamento privilegiado em contratos ou regulamentação pública. Dessa forma, a conexão, – incremento nos custos de campanha eleitoral → arrecadação financeira → tratamento privilegiado aos investidores eleitorais nas decisões sobre fundos e políticas públicas passou a constituir fonte potencial para a geração de corrupção nas instituições públicas. De um lado, partidos e candidatos buscando fontes para sustentar caras campanhas eleitorais, e de outro, empresários de setores dependentes de decisões governamentais, como bancos e construção civil¹³⁵

Assim, percebemos que se trata de uma legislação permissiva em relação às doações empresariais que estão no epicentro dos escândalos de corrupção da nossa república. O ordenamento não garante o mínimo de independência dos grandes financiadores e igualdade na disputa eleitoral. As somas de recursos destinadas às eleições dispararam nos últimos anos e a relação entre poder público e poder econômico

¹³⁴ *Ibidem, idem.*

¹³⁵ MARENCO, André. “Financiamento de Campanhas Eleitorais”. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Juarez Guimarães e Heloisa Maria Murgel Starling (Orgs.). *Corrupção: Ensaio e Críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 381

tornou-se cada vez mais turva. Em 2010, o gasto total nas eleições somaram R\$ 2.9 bilhões¹³⁶, enquanto em 2014 esse gasto saltou para R\$ 5,1 bilhões.

Ainda na mesma lei, o artigo 47 irá dividir o tempo de televisão para campanha eleitoral, que se inicia 45 dias antes da eleição, na seguinte forma: um terço, igualmente; dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerando, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram. Soares da Costa considera a divisão inconstitucional por ferir o princípio da isonomia.¹³⁷ Com efeito, todos os partidos deveriam ter o mesmo acesso à televisão.

Em contraposição às inconstitucionalidades evidentes, a Ordem dos Advogados do Brasil, em atitude louvável, impetrou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade contra ambas as leis referidas.

4.2 Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.650

São objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.650¹³⁸, impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil os dispositivos das leis 9.096/95 e 9.504/97 que permitem as doações e contribuições de pessoas jurídicas aos partidos políticos e campanhas eleitorais, bem como os limites estabelecidos às pessoas físicas e a inexistência de limite para uso de recursos financeiros próprios pelo candidato. Os argumentos da OAB centram-se na adequação da legislação infraconstitucional aos princípios constitucionais, especificamente o princípio democrático, o princípio da igualdade e o princípio republicano.

Diante de tais princípios, aduz a peça vestibular, o legislador tem o dever de disciplinar o financiamento das campanhas eleitorais de modo a prevenir a excessiva infiltração do poder econômico no processo eleitoral e as distorções que isto engendra.

¹³⁶ MANCUSO, Wagner Pralon. Investimento eleitoral no Brasil: balanço da literatura e agenda de pesquisa. Trabalho apresentado no 8º. Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, realizado em Gramado/RS entre os dias 01 e 04 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/6_8_2012_21_14_53.pdf>. Acesso em: 10 maio de 2015.

¹³⁷ COSTA, Adriano Soares da. Op. Cit., p. 541.

¹³⁸ CAVALCANTE, J.; SOUZA NETO, C. F. de; RIBEIRO JÚNIOR, O. P.; Petição inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650>. Acesso em: 11 de maio de 2015.

A OAB cita as perniciosas vinculações entre os doadores e os políticos como fonte de corrupção, além da desigualdade na disputa entre candidatos com e sem recursos.

Para o conselho federal, as pessoas jurídicas como entes artificiais criados pelo Direito não possuem o status de cidadão com legitimidade para participar do processo eleitoral. Por outro lado, no que toca às pessoas físicas, não é razoável que um candidato com vasto patrimônio não possua nenhum limite de gastos na realização da campanha, portanto a OAB requer o estabelecimento de um limite uniforme, não proporcional.

Em relação ao princípio da igualdade, a legislação mencionada o ofende por várias razões. A exordial inicia arguindo que ela exarceba as desigualdades políticas e existentes ao permitir que os ricos, por si ou através das empresas em seu controle, possuam uma oportunidade muito maior de influírem nos resultados eleitorais e consequentemente nas deliberações políticas. Se se admite que no sistema democrático vale o princípio da igualdade política, então todos devem ter a mesma chance de participar do processo político de formação da vontade coletiva.

Para a OAB, os critérios adotados atualmente resultariam, de fato, em critérios quase censitários para a eleição de representantes e governantes. A igualdade proclamada pelo sistema não passaria de uma igualdade formal que funcionada como álibi para a perpetuação da desigualdade política e social. A elite econômica e política mantem-se não pela via legítima no mercado econômico e na competição eleitoral, mas na instrumentalização do governo em favor de seus interesses.

A igualdade constitucional não abarca uma igualdade entre as pessoas jurídicas e físicas. Segundo a exordial, as doações de pessoas físicas, quando limitadas, são instrumento legítimo de participação política, entretanto o mesmo não pode ser dito quanto as doações das pessoas jurídicas. A participação política está inserida nos direitos políticos, os quais não foram estendidos às pessoas jurídicas. Atendo-se ao ponto das doações pessoais, o limite proporcional à renda viola o princípio da igualdade e da proporcionalidade; com efeito, pois, o legislador proibiu um indivíduo pobre de doar a mesma quantia que um abastado.

No que toca ao princípio democrático, ele deve estar assentado numa igualdade política. Os impetrantes da referida ADI ressaltam que quando não há igualdade política, o sistema político se constitui como uma aristocracia ou oligarquia.

Quando o poder econômico toma o poder político, tem-se uma plutocracia, que é o governo dos ricos sobre os pobres. A peça ressalta a importância de mecanismos que afastem o poder político do poder econômico. Outro atentado ao princípio democrático é o tratamento privilegiado aos interesses do capital em detrimento dos interesses do trabalho, uma vez que proíbe o financiamento de campanhas pelos sindicatos e entidades de classe.

Por último, sustenta que o financiamento empresarial de campanha fomenta práticas anti-republicanas, especialmente a troca de favores entre candidato e patrocinador. Na prática, o sistema favorece o patrimonialismo e a corrupção.

Na inicial, debate-se ainda a consideração de que as contribuições às campanhas eleitorais assentam-se no direito à liberdade de expressão. Segundo o conselho federal, descabido esse argumento, o direito à doação concerne aos direitos da cidadania, não ao exercício da liberdade de expressão.

Ao final a OAB postula efeitos *ex nunc* à decisão, tendo em vista a segurança jurídica e a situação fática já existente. Além disso, num exercício de hermenêutica constitucional, pretende a fixação do prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional produza nova legislação que esteja em consonância com a Constituição da República, e no caso de mora seja atribuída ao Tribunal Superior Eleitoral competência para elaboração de normas provisórias.

O julgamento da ação promete alongar-se, ainda que a votação esteja em seis votos favoráveis e um contrário, já que o Ministro Gilmar Mendes está com vistas do processo há mais de um ano, sem prazo para devolvê-lo ao plenário.¹³⁹ O voto contrário, do Ministro Teori Zavascki, diverge no sentido de que mesmo que as empresas não possuam cidadania, a Constituição Federal não as proíbe de contribuir financeiramente com o sistema político. Com efeito, o ministro argumenta, se o financiamento das empresas é sempre interessado, assim também é o financiamento das pessoas naturais.¹⁴⁰

¹³⁹ <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI198481,81042-Maioria+do+STF+e+contra+doacoes+de+empresas+para+campanhas>

¹⁴⁰ ZAVASCKI, T. Voto na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.650. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140403-06.pdf>>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

Mesmo com maioria já formada, é impossível prever as modulações que serão adotadas pelo Supremo Tribunal Federal se o julgamento chegar a um veredicto. Importante ressaltar que a Reforma Política não é atribuição do Supremo, este tem apenas a competência para ser o guardião da Constituição. A reforma política defendida no primeiro capítulo deve surgir de um processo democrático representativo, não de onze ministros iluminados com seu vasto saber jurídico. Os argumentos trazidos à tona pela OAB e pelos excelentíssimos ministros da Corte Constitucional apenas reforçam a necessidade premente de alterar o sistema político.

4.3 O financiamento cidadão: paradigma para o financiamento eleitoral e partidário no Brasil

Em síntese, o argumento construído desde o primeiro capítulo segue o seguinte caminho: a crise de legitimidade política demanda uma reforma política que desconcentre o poder e os mecanismos de tomada de decisão, além disso demonstramos como, em nossa visão, o financiamento empresarial das campanhas, amparado legalmente, vem cada vez mais sobrepondo o poder econômico ao poder político ampliando a desigualdade social. Como pauta prioritária da reforma política, surge então o financiamento da própria política, plasmado no financiamento eleitoral e partidário. Cabe agora a tarefa primordial de esboçar alguns traços de uma alternativa jurídico-política.

A alternativa liberal do financiamento privado apresentado nesse capítulo parece nos ter conduzido até o ponto onde estamos. Ainda que os liberais digam que o único modo de combater a corrupção seja diminuir o Estado, e com isso eles defendem o desmonte do estado de bem-estar social nunca concluído no Brasil, esse argumento não enfrenta o problema da simbiose entre o grande capital e o poder político.

Essa simbiose é resultado de um processo histórico com raízes no período colonial, como sublinha Comparato:

Desde o início do processo colonial no Brasil, de cunho nitidamente capitalista, formou-se entre nós uma oligarquia binária, na qual o poder

político supremo é exercido pelos grandes proprietários e empresários, em estreita colaboração com os principais agentes do Estado.¹⁴¹

De outro lado, a estatalização do financiamento da política possui dois grandes contrapontos. O primeiro deles é a separação da casta política da sociedade. Os partidos, sustentados pela máquina estatal, não precisariam buscar seus recursos na sociedade civil, o que representaria a perda de um vínculo importante. As direções partidárias tendem a se hierarquizar ainda mais. Esse aspecto é sobremaneira preocupante no momento de crise de representatividade e descrédito da ampla maioria dos políticos. O segundo é o critério de distribuição, já que mantendo-se o critério da legislação atual, engessaríamos o sistema partidário, fortalecendo o *status quo*, inviabilizando o crescimento dos pequenos e impedindo o surgimento de novos partidos. Ampliando a fatia da divisão igualitária, no entanto, o já grande número de partidos cresceria ainda mais, configurando um pluripartidarismo artificial e dois novos problemas surgiriam: ou seriam dedicados um enorme aporte para viabilizar os partidos, ou cada partido ficaria com parcela tão pequena que seria forçado a buscar financiamentos ilícitos.

A alternativa possível é o modelo de financiamento cidadão de campanha. Esse modelo é uma forma do financiamento misto de campanha, no qual proíbe-se o aporte das empresas, no entanto ainda se mantém, com um limite absoluto, a possibilidade de doação de pessoas físicas e a subvenção estatal. O modelo misto, com ou sem financiamento empresarial, é tendência nas democracias ocidentais e visto na doutrina como a melhor opção.¹⁴²

O modelo do financiamento cidadão tem seu fundamento jurídico no fato de que os direitos políticos são garantidos às pessoas físicas, como bem apontaram Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

Com relação às pessoas naturais, no outro prato da balança da ponderação também figura, ao lado da liberdade econômica, o direito à participação política. Este é titularizado apenas pelos cidadãos, que compõem o povo brasileiro, e não pelas empresas e pessoas jurídicas em geral. Com efeito, só as pessoas naturais, cidadãs de um Estado, têm o direito de participar do seu

¹⁴¹ COMPARATO, Fabio Konder. Sobre a mudança do regime político no Brasil. In ARANTES, A. et al (orgs). A OAB e a reforma política democrática. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2014, p. 113

¹⁴² SANTANO, op cit, p. 110.

processo eleitoral, buscando influir na composição dos órgãos representativos e na formação da vontade geral da comunidade política. Tal direito deve ser concebido em termos estritamente igualitários, como um corolário do princípio democrático, que postula a igualdade de todos os cidadãos no espaço da política.¹⁴³

No modelo cidadão, deve-se incentivar o engajamento político de uma grande parcela da população. A contribuição dos filiados e dos simpatizantes são benéficas, pois elas representam o enraizamento das agremiações e dos candidatos. Para tanto, deve-se também elaborar instrumentos de incentivo à participação e ao engajamento. Bruno Wilhelm Speck irá apresentar o *matching funds*, que é um sistema de financiamento público no qual “cada doação privada é complementada pelo poder público com um valor correspondente, até um teto máximo por doador”¹⁴⁴. Esse tipo de mecanismo resgata o protagonismo do cidadão, que atualmente é esquecido pela legislação, além de incentivar uma pulverização das fontes de arrecadação das agremiações políticas.

No direito comparado, podemos citar o sistema alemão como exemplo, no qual cada partido recebe 0,38 euros por cada euro arrecadado, só considerando quantidades até 3.300 euros por pessoa por ano.¹⁴⁵ Santano irá comentar que a legislação alemã busca justamente um equilíbrio entre o apoio do Estado e a dependência da base social.¹⁴⁶

Outro mecanismo que repassa o protagonismo é o desconto das doações no imposto de renda até certo limite. A isenção fiscal é uma subvenção estatal indireta, que devolve a escolha ao eleitor. É o sistema adotado em vários estados dos Estados Unidos.¹⁴⁷

Nesse sistema deve haver um teto máximo, tanto para doações e contribuições quanto para os gastos de campanha. O primeiro serve para não vincular sobremaneira um candidato a um único ou pequeno grupo de doadores. A OAB apresentou em proposta o limite de R\$ 700,00 por pessoa. Assim, aqueles interessados

¹⁴³ DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. A inconstitucionalidade do financiamento de campanha por empresas e o financiamento democrático de campanha. In ARANTES, A. et al (orgs). A OAB e a reforma política democrática. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2014, p. 30.

¹⁴⁴ SPECK, Bruno Wilhelm. Reagir a escândalos ou perseguir ideais? A regulação do financiamento político no Brasil. Cadernos Adenauer. Ano 6, n.2, p. 123-159, 2005.

¹⁴⁵ SANTANO, op. Cit. , p. 140.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 140.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 117.

em participar da vida pública que hoje são afastados serão novamente atraídos a colaborar. David Samuels defende que o limite deve ser fixado em valor monetário como medida para diminuir a influência dos grandes agentes econômicos no processo eleitoral¹⁴⁸, além de que, como já mencionado, a fixação em percentual da renda, critério adotado pela legislação em vigor, reforça a desigualdade de condições.

O segundo limite tem a função de manter as eleições em um patamar aceitável de gastos. Esse é um ponto de difícil implementação, pois exige grande fiscalização das contas e gastos eleitorais, além do enfrentamento ao chamado “caixa dois” – que é o dinheiro sem registro formal. Coêlho defende a proposta de que o Superior Tribunal Eleitoral seja competente para fixação do valor máximo das eleições, o endurecimento das sanções dos ilícitos eleitorais e do fortalecimento dos órgãos de fiscalização.¹⁴⁹ A competência do Superior Tribunal Eleitoral se justifica pois atualmente a legislação prevê que o Congresso Federal delibere um teto a cada eleição, porém isso nunca aconteceu. A omissão sistemática se dá tanto pela falta de interesse quanto pela dificuldade de um consenso em quanto deve ser gasto nas eleições.

Em outro sentido, especialistas advogam pelo barateamento das eleições através de mudanças no sistema eleitoral. Segundo Arantes, a proposta do voto em lista fechada pode contribuir para um menor custo de campanha, uma vez que atualmente, no sistema de lista aberta, existe uma verdadeira “guerra” eleitoral dentro dos próprios partidos, na qual todos os candidatos de uma mesma sigla política colocam grandes somas de dinheiro para disputarem votos entre si. Além disso, o voto em lista fechada colabora em outros aspectos, como a despersonalização da eleição e um verdadeiro debate de ideias através da contraposição de projetos político partidários¹⁵⁰.

O voto distrital é outra alternativa que aparece como opção para o barateamento das campanhas, porém deve-se ter em mente que mudaria radicalmente a forma da representação no país. O modelo distrital, com seu viés majoritário, aproxima

¹⁴⁸ SAMUELS, David. Financiamento de campanha e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o “caixa um” e propostas de reforma”. In: Maria Victoria Benevides; Paulo Vanucchi; Fabio Kerche (orgs); Reforma política e cidadania. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p 388-389.

¹⁴⁹ COELHO, Marcos Vinícios Furtado. *Apresentação*. In ARANTES, A, et all. (org). A OAB e a reforma política democrática, p. 8.

¹⁵⁰ ARANTES, A. *Soberania popular e reforma política democrática*. In ARANTES, A, et all. (org). A OAB e a reforma política democrática, p. 69.

o eleitor de seu representante territorial e possibilita a instituição do chamado *recall*, porém dificulta o pluripartidarismo e a representação de minorias.¹⁵¹

A ideia central dos argumentos supra é fomentar uma cultura política na qual os partidos sejam mantidos pelos seus filiados e simpatizantes, sem tanta interferência estatal ou das grandes empresas. A dificuldade está em encontrar um ponto de equilíbrio na intervenção do Estado de modo a assegurar os princípios constitucionais democráticos como da máxima igualdade de condições, mas não desvincular os partidos de suas bases.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 75.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Terminamos esse trabalho com uma advertência: não se pode encarar a reforma política como resposta a todos os nossos problemas. A corrupção, a falta de representatividade, a influência e abuso do poder econômico, são todos problemas muito complexos para qualquer solução unidimensional. O grande desafio do país está na desigualdade econômica, que reflete-se na desigualdade de poder político. Contudo, a reforma política tem o condão de alterar a divisão do poder do Estado, e é isso que efetivamente está em discussão aqui. A análise realizada no começo do trabalho mostra que estamos em um momento no qual o povo exige mudanças significativas, principalmente um aprofundamento da democracia.

O que tratamos neste trabalho não é a simples alteração de normas eleitorais. A organização política inscrita na Constituição dá sustentação ao estado de coisas atual, e portanto merece ser alterada diretamente. Na lição de Gargarella, é necessário uma reforma que atinja o cerne do poder dentro da Constituição para que os setores populares possam avançar na democratização do Estado.

Esse trabalho é justamente o reconhecimento disso e o anseio de apresentar teses inovadoras para sua solução. A defesa de uma Assembleia Constituinte Exclusiva para a Reforma Política parte da ideia de que uma democracia não precisa de um poder instituído forte, mas da permeabilidade do poder constituinte. Não podemos esperar que um Congresso majoritariamente composto pela bancada empresarial, do agronegócio e do sistema financeiro, faça mudanças positivas no sistema político. O máximo que eles são capazes de fazer são retoques cosméticos para continuar tudo como está. Apenas o poder constituinte como poder inovador, democrático, pode transformar efetivamente a realidade.

Essa assembleia não pode ser vista apenas como um instituto jurídico de direito constitucional. Essa assembleia deve ser vista como a manifestação da vontade soberana do povo. Os fundamentos para ela são mais políticos que técnico-jurídicos, ainda que a Constituição traga em seu artigo 1º o povo como titular da soberania. Portanto ela precisa ser indubitavelmente democrática, representativa. Devemos pensar em reserva de vagas para mulheres, para negros, para índios, para setores que são

sistematicamente excluídos da política brasileira. Sobretudo, não podemos aceitar eleições compradas pelos setores empresariais e financeiros.

No entanto, como alertado por Comparato, a classe dominante sempre conseguiu controlar as eleições. Surge, então, a segunda questão trabalhada nessa monografia. O financiamento das campanhas eleitorais deve ser encarado como um dos pontos críticos da democracia contemporânea. O financiamento empresarial demonstrou, desde sua legalização após o escândalo Collor, que é grande fonte de corrupção e troca de favores. O poder econômico vem moldando a democracia brasileira, tornando-a uma verdadeira plutocracia, na qual apenas os candidatos endinheirados ou patrocinados por grandes empresas tem condições de competir eleitoralmente. Seria mais correto descrever o sistema político brasileiro como uma plutocracia do que como democracia.

Apresentamos a legislação vigente, produto do oportunismo e do cinismo dos legisladores que a produziram. A Ordem dos Advogados do Brasil, convencida da inconstitucionalidade dessas normas, propôs Ação Declaratória de Inconstitucionalidade em uma peça muito bem fundamentada. O julgamento encontra-se virtualmente decidido, com uma maioria de 6 votos favoráveis e 1 contrário, porém está paralizado por um pedido de vistas do excelentíssimo ministro Gilmar Mendes, que abusa de sua prerrogativa. Esse julgamento é paradigmático do atual momento político-jurídico brasileiro, no qual o Poder Judiciário ocupa o vácuo de atuação do Poder Legislativo para responder anseios da sociedade civil.

Tendo que a reforma política não será resolvida pelo Poder Judiciário, apresentamos o financiamento cidadão como a melhor opção jurídico-política. Essa proposta é um contraponto tanto à proposta liberal que se mostrou prejudicial à democracia, quanto a um financiamento puramente estatal. À primeira, porque proíbe as doações empresariais e estabelece limites rígidos às doações de pessoas físicas como forma de equilibrar a disputa eleitoral. Ao segundo, porque impede a oligarquização dos partidos e seu total descolamento com a base social. Se hoje sentimos a falta de legitimidade dos nossos representantes, que dirá se os mesmos forem totalmente autônomos diante de seus eleitores, devendo prestar contas apenas à Justiça Eleitoral.

Com efeito, o modelo de financiamento cidadão tem o objetivo duplo de combater o aprisionamento da democracia pelo poder econômico e de devolver ao cidadão o protagonismo político. Esse sistema deve ajudar a promover uma mudança cultural tanto nos candidatos quanto nos eleitores. Os eleitores devem entender a importância do engajamento político para o funcionamento da democracia.

Por fim, ressaltamos que a reforma política é apenas o começo de um processo de mudança que visa aprofundar a democracia brasileira e restaurar sua credibilidade, e que essa mudança só ocorrerá com ampla mobilização e participação popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANTES, P. E.; SCHWARZ, R(orgs.). **Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2013.
- ARANTES, A. et al (orgs). **A OAB e a reforma política democrática**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2014.
- AVRITZER, L.; ANASTASIA, F (orgs.). **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo**. 2ª ed. São paulo: Quartier Latin, 2013.
- BERCOVICI, G. “**O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece**”: A persistência da estrutura administrativa de 1967. In . In SAFATLE, V; TELES, E. (orgs.) O que resta da ditadura. São Paulo: Boitempo, 2010, p.77- 90.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.
_____. LEI Nº 1.164 , de 24 de julho de 1950.
_____. LEI Nº 5.682, de 21 de julho de 1971
_____. LEI Nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.
_____. LEI Nº 9.504 de 30 de setembro de 1997.
_____. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, nº 52/92-CN. Presidente Dep. Benito Gama. Brasília, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3ª ed. São paulo: Malheiros, 2004.
_____. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São paulo: Malheiros, 2010, p. 199.
- CAVALCANTE, J.; SOUZA NETO, C. F. de; RIBEIRO JÚNIOR; O. P.; Petição inicial. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1432694&tipo=TP&descricao=ADI%2F4650> . Acesso em: 11 de maio de 2015.
- COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito eleitoral**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- Dilma sanciona Orçamento com R\$ 868 milhões para partidos políticos. **G1**. Publicado em 21 de abril de 2015. Disponível em: <http://tinyurl.com/qfp32bc>. Acesso em: 18 de junho de 2015.
- DUTRA, Marina. Governo deixará de arrecadar R\$ 840 milhões com horário eleitoral gratuito. **Contas Abertas**. Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/8075#sthash.0erQTmmy.dpuf> Acesso em: 10 de maio de 2015.
- GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina**. Buenos Aires: Katz, 2014.

Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e Transparency international. **A responsabilidade das empresas no processo eleitoral**. Ed. 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. “**Entendendo o poder constituinte exclusivo**”. In: RIBAS, Luiz Otávio. **Constituinte Exclusiva: Um outro sistema político é possível**. Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais, 2014. Disponível em: [Http://www.plebiscitoconstituente.org.br/sites/default/files/material/Livro%20Juridico%20Constituinte%20Exclusiva%202014.pdf](http://www.plebiscitoconstituente.org.br/sites/default/files/material/Livro%20Juridico%20Constituinte%20Exclusiva%202014.pdf). Acesso em: 10 de março de 2015.

MARENCO, André. **Financiamento de Campanhas Eleitorais**. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Juarez Guimarães e Heloisa Maria Murgel Starling (Orgs.). **Corrupção: Ensaio e Críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

MEZZARROBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SAFATLE, Vladimir. **A esquerda que não teme dizer seu nome**. São Paulo: Três Estrelas, 2012

SALGADO, Eneida Desiree. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES DO DIREITO ELEITORAL**. Tese de doutoramento, Curitiba: UFPR, 2010.

SAMUELS, David. **Financiamento de campanha e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o “caixa um” e propostas de reforma**. In: Maria Victoria Benevides; Paulo Vanucchi; Fabio Kerche (orgs); **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 364-391.

SANTANO, Ana Claudia. **O financiamento da política: teoria geral e experiências no direito comparado**. Curitiba: Ithala, 2014

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SPECK, B. W.; MANCUSO, W. P. **O que faz a diferença? Gastos de campanha, capital político, sexo e contexto municipal nas eleições para prefeito em 2012**. In cadernos Adenauer xiv (2013), nº 2. Candidatos, partidos e coligações nas eleições municipais de 2012. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, junho de 2013.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Reagir a escândalos ou perseguir ideais? A regulação do financiamento político no Brasil**. Cadernos Adenauer. Ano 6, n.2, p. 123-159, 2005.

STRECK, L. et al. **MANIFESTO REPUBLICANO CONTRA A CONSTITUINTE EXCLUSIVA**. Publicado no site Consultor Jurídico, em 25 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-25/manifeto-assembleia-constituente-reforma-politica> . Acesso em: 10 de abril de 2015.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010

ZAVERUCHA, Jorge. **Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988**. In SAFATLE, V; TELES, E. (orgs.) O que resta da ditadura. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 48.

ZAVASCKI, T. Voto na ADI 4.650. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140403-06.pdf> . Acesso em: 12 de maio de 2015.