

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 205, DE 2007

Fixa reserva de vagas na representação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para mulheres e dá outras providências.

Autor: Deputado LUIZ CARLOS HAULY

Relator: Deputado FLÁVIO DINO

VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO ROBERTO MAGALHÃES

Com todas as vênias de estilo, vemo-nos obrigados a discordar integralmente das conclusões do parecer apresentado pelo ilustre Relator da matéria nesta Comissão, Deputado Flávio Dino.

Parece-nos, em primeiro lugar, que é preciso ter um pouco mais de cautela quando se está a propor, ainda que por emenda constitucional, o afastamento do princípio da isonomia de tratamento na lei em nome da necessidade de promoção da chamada “igualdade material” de grupos alegadamente menos favorecidos. Num Estado Democrático de Direito como o nosso, a igualdade formal de todos os indivíduos perante a lei genérica e abstrata ainda é direito basilar e fundamental que se impõe como regra geral a todos nós legisladores e demais implicados na produção e aplicação das normas jurídicas.

Mais especificamente no campo da disputa eleitoral, o princípio da isonomia formal assume uma dimensão verdadeiramente incontrastável, já que a igualdade de condições e de chances entre os concorrentes é peça elementar do jogo democrático.

Confirmam-se, a propósito, algumas ponderações de nossa mais ilustrada doutrina sobre o tema :

“Não temos dúvida de que a ‘igualdade de chances’ é princípio integrante da ordem constitucional brasileira. (...) Em virtude de sua densidade axiológica, a chamada ‘força irradiante do princípio da igualdade’ parece espalhar-se por todo o ordenamento jurídico, contemplando, de forma ampla, todos os direitos e situações. (...) De resto, a concorrência é imanente ao regime liberal e democrático, tendo como pressuposto essencial e inafastável a neutralidade do Estado. É o que se constata na seguinte passagem do preclaro magistério de Francisco Campos: ‘O regime liberal e democrático postula a concorrência não apenas como categoria histórica, mas como a categoria ideal da convivência humana. Ora, a concorrência pressupõe, como condição essencial, necessária ou imprescindível, que o Estado não favoreça a qualquer dos concorrentes, devendo, ao contrário, assegurar a todos um tratamento absolutamente igual, a nenhum deles podendo atribuir prioridade ou privilégio que possa colocá-lo em posição especialmente vantajosa em relação aos demais.’ (...)”¹
(grifamos)

Estabelecer, portanto, como faz a proposta de emenda à Constituição em apreço, espécie de discriminação favorável a mulheres numa disputa que só se legitima democraticamente quando se assegura igualdade de condições entre os concorrentes parece-nos, em princípio, um despropósito, não podendo ser considerada admissível por esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

É preciso não esquecer que a adoção de normas de “discriminação positiva”, a escaparem do princípio geral da generalidade e da abstração em benefício de um grupo específico, só excepcionalmente encontra guarida constitucional. Sabemos que a doutrina jurídica mais respeitável e abalizada tem se encaminhado no sentido de reconhecer sua legitimidade em

¹ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Monet Branco. “Curso de Direito Constitucional”, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 786.

alguns casos, mas sempre como medida excepcional, admissível apenas na presença de determinadas condições específicas. Confira-se, nesse sentido, o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“O reconhecimento dos grupos merecedores de uma ação afirmativa é uma questão de avaliação pela sociedade que exprime sua decisão pelos seus órgãos representativos. Tal reconhecimento deve ter por reflexo, obviamente, um tratamento jurídico diferenciado relativamente ao comum, em favor desses grupos. Este tratamento, porém, não se justifica em face da Justiça e da Constituição salvo se algumas condições básicas ocorrem na realidade. Realmente, a regra é a isonomia, a diferenciação, a exceção. Assim, para que a ação afirmativa não seja colhida pela inconstitucionalidade – ou seja, por violação ao princípio constitucional de igualdade – é preciso que sua estruturação normativa observe algumas condições. Primeira, a identificação do grupo desfavorecido, e seu âmbito, deve ser objetivamente determinado. **Regra de objetividade.** Não pode ser arbitrariamente definido, portanto, como o seria se meros critérios político-eleitorais o determinassem(...) Segunda, a medida do avantajamento decorrente das regras deve ser ponderada em face da desigualdade a ser corrigida. **Regra de medida.** Ou, como se usa dizer, deve ser proporcional o avantajamento à desigualdade a reparar. Por isso, alguns chamam de **regra de proporcionalidade.** Do contrário haverá um privilegiamento do grupo beneficiado em relação aos demais grupos e à sociedade como um todo. Isto se explicita na terceira condição. As normas de avantajamento devem ser adequadas à correção do desigualamento a corrigir. **Regra de adequação.** Tal adequação se exprime na sua racionalidade. Por isso, é também uma regra de razoabilidade. Enfim, uma quarta condição, a finalidade dessas normas deve ser a correção de desigualdades sociais. **Regra de finalidade.** (...) Observa-se, por outro lado, que na avaliação da proporcionalidade e adequação do tratamento diferenciado,

entra em jogo um elemento reverso – a não onerosidade (excessiva) para outros grupos ou para a sociedade como um todo. Trata-se de uma condição que, por um lado, deflui do próprio princípio da igualdade. Realmente, uma de suas projeções é a igualdade quanto aos encargos. Disto, deriva a regra da proporcionalidade do ônus decorrente do tratamento diferenciado em relação ao ônus a serem suportados pelos outros grupos sociais. Por outro, decorre da razoabilidade. Desarrazoado, sem dúvida, é onerar (excessivamente) o todo social ou outros muitos grupos para beneficiar um deles, ainda que em reparação de desvantagens.”²

Voltando, pois, à proposta de emenda à Constituição sob exame, ainda que, por hipótese, o jogo eleitoral democrático não se mostrasse incompatível, por sua própria natureza, com a adoção de regras de tratamento diferenciadas entre candidatos de um ou outro sexo, não temos dúvida de que, ainda assim, as medidas ali alvitadas não preencheriam as imprescindíveis condições de adequação e proporcionalidade, revelando-se contrárias ao que Gilmar Ferreira Mendes chama de “princípio da proibição do excesso”. Segundo o autor, a doutrina tem identificado como “típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”. E arremata, mais adiante:

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.”³

Na verdade, a posição majoritária entre os estudiosos do nosso direito constitucional reconhece no princípio da proporcionalidade um dos elementos fundamentais na análise da constitucionalidade de medidas de

² Manoel Gonçalves Ferreira Filho. “Aspectos jurídicos das ações afirmativas”. Texto publicado no site “www.oabsp.org.br”

³ Gilmar Ferreira Mendes e outros, ob.cit., p. 331.

discriminação positiva. Confira-se mais um entendimento nesse sentido, colhido em artigo substancioso publicado em 2007 sobre o tema:

“Dois são os pontos primordiais a indicarem a legitimidade ou ilegitimidade de uma discriminação diante do princípio constitucional da igualdade, quais sejam, o *fundamento do discrímen* e a *proporcionalidade*. (...) Em sendo o fundamento do discrímen acolhido pela ordem constitucional, vale dizer, coincidindo com os valores acolhidos pela Carta Magna, sendo para com eles consentâneo, em princípio a discriminação goza de legitimidade em face da ordem constitucional. Trata-se de uma diferenciação juridicamente fundamentada, de uma exceção constitucional à regra geral de isonomia. Mas isto apenas não basta, uma vez que a razão do discrímen pode ser legítima mas a medida, em si mesma, desproporcional. Assim, a análise da legitimidade da discriminação passa necessariamente, pela análise da proporcionalidade da medida adotada em relação à finalidade pretendida e aos demais valores sacrificados.”⁴

Ora, a medida central cogitada na proposta de emenda à Constituição em referência é, não temos nenhuma dúvida, inadequada e desproporcional aos fins pretendidos. Impõe ônus excessivo não só para os concorrentes às vagas “não-reservadas”, mas para a sociedade como um todo, que teria seu sistema de representação política distorcido em relação à real vontade popular. A título de aumentar a representatividade das mulheres nas casas legislativas, a proposta acabaria por atingir o direito de igualdade *entre os eleitores em geral*, que passariam a ter seus votos computados em pesos diferentes conforme recaísse a respectiva escolha em homem ou mulher, sobrevalorizando-se a última em detrimento da primeira.

A inadequação e a desproporcionalidade revelam-se evidentes, também, quando se tem em conta que medidas menos onerosas e nada ofensivas ao princípio da isonomia poderiam atingir os fins desejados. Já há hoje em vigor uma legislação que estimula a participação feminina nos

⁴ Geziela Jensen e Luís Fernando Sgarbossa. “Análise da consttucionalidade das ações afirmativas em face do princípio isonômico através do princípio da proporcionalidade”. Texto publicado no *site* “<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>”.

pleitos eleitorais sem restringir a igualdade de tratamento entre candidatos nem a liberdade de escolha do eleitor. Se não tem produzido os resultados esperados, talvez esteja a carecer de aperfeiçoamentos, com a inserção, por exemplo, de novos incentivos para a conquista, por parte dos próprios partidos, de maior participação política feminina em seus quadros de representação parlamentar.

Por todos os motivos aqui expostos reiteramos nossa divergência com relação ao voto proferido pelo nobre Relator Flávio Dino, sendo nosso entendimento no sentido da inadmissibilidade da proposta de emenda à constituição nº 205, de 2007.

Sala da Comissão, em 16 de março de 2009.

Deputado ROBERTO MAGALHÃES