

04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
IMPETRANTE(S) : PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(A/S)
IMPETRADO(A/S) : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
LITISCONSORTE(S) : ATILA FREITAS LIRA
PASSIVO(A/S)
LITISCONSORTE(S) : PSB - PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO
PASSIVO(A/S)
LITISCONSORTE(S) : DJALMA VANDO BERGER
PASSIVO(A/S)
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ ANTONIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA SILVA E OUTRO(A/S)
LITISCONSORTE(S) : LEONARDO ROSÁRIO DE ALCÂNTARA
PASSIVO(A/S)
LITISCONSORTE(S) : ANTONIO MARCELO TEIXEIRA SOUSA
PASSIVO(A/S)
LITISCONSORTE(S) : VICENTE FERREIRA DE ARRUDA COELHO
PASSIVO(A/S)
LITISCONSORTE(S) : VICENTE ALVES DE OLIVEIRA
PASSIVO(A/S)
LITISCONSORTE(S) : PR - PARTIDO DA REPÚBLICA
PASSIVO(A/S)
ADVOGADO(A/S) : MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA E OUTRO(A/S)
LITISCONSORTE(S) : ARMANDO ABÍLIO VIEIRA
PASSIVO(A/S)
LITISCONSORTE(S) : PTB - PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO
PASSIVO(A/S)
ADVOGADO(A/S) : ITAPUÃ PRESTES DE MESSIAS E OUTRAS

E M E N T A: **MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS** - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL **E** A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - **NECESSIDADE** DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - **A** **COMPREENSÃO** DO CONCEITO DE **AUTORIDADE COATORA**, **PARA FINS** MANDAMENTAIS - **RESERVA** ESTATUTÁRIA, **DIREITO** AO PROCESSO **E EXERCÍCIO** DA JURISDIÇÃO - **INOPONIBILIDADE**, AO PODER JUDICIÁRIO, DA **RESERVA DE ESTATUTO**, **QUANDO INSTAURADO** LITÍGIO CONSTITUCIONAL **EM TORNO** DE ATOS PARTIDÁRIOS "INTERNA CORPORIS" - **COMPETÊNCIA NORMATIVA** DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - **O INSTITUTO DA "CONSULTA"** NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: **NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS** - **POSSIBILIDADE** DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, **EM RESPOSTA** À CONSULTA, **NELA EXAMINAR** TESE JURÍDICA **EM FACE** DA



MS 26.603 / DF

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSULTA/TSE Nº 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE AGRREGIAÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) - APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQÜÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.

PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

- A Constituição da República, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios, que, revestidos de estatura jurídica incontestável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias. Precedentes.

- A normação constitucional dos partidos políticos - que concorrem para a formação da vontade política do povo - tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias - e somente a estas - o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos.

MS 26.603 / DF

- A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado.

As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.

A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O "SISTEMA PROPORCIONAL".

- O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de "fundamento constitucional autônomo", identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, "caput" (que consagra o "sistema proporcional"), da Constituição da República.

- O sistema eleitoral proporcional: um modelo mais adequado ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, às correntes políticas, o exercício do direito de oposição parlamentar. Doutrina.

- A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e frauda, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de



MS 26.603 / DF

ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.

A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO GESTO DE DESRESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO.

- A exigência de fidelidade partidária traduz e reflete valor constitucional impregnado de elevada significação político-jurídica, cuja observância, pelos detentores de mandato legislativo, representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular) quanto aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (vínculo partidário).

- O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por justas razões, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem - desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas -, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vinde, até, em clara fraude à vontade popular e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política.

A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais - notadamente o direito de oposição - que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V).

- A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, "in fine"), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições.

MS 26.603 / DF

HIPÓTESES EM QUE SE LEGITIMA, EXCEPCIONALMENTE, O VOLUNTÁRIO DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO.

- O parlamentar, não obstante faça cessar, por sua própria iniciativa, os vínculos que o uniam ao partido sob cuja legenda foi eleito, tem o direito de preservar o mandato que lhe foi conferido, se e quando ocorrerem situações excepcionais que justifiquem esse voluntário desligamento partidário, como, p. ex., nos casos em que se demonstre "a existência de mudança significativa de orientação programática do partido" ou "em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou" (Min. Cezar Peluso).

A INSTAURAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO.

- O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício da competência normativa que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo, pode, validamente, editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação, instaurável perante órgão competente da Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da "analogia legis", mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº 64/90.

- Com esse procedimento de justificação, assegura-se, ao partido político e ao parlamentar que dele se desliga voluntariamente, a possibilidade de demonstrar, com ampla dilação probatória, perante a própria Justiça Eleitoral - e com pleno respeito ao direito de defesa (CF, art. 5º, inciso LV) -, a ocorrência, ou não, de situações excepcionais legitimadoras do desligamento partidário do parlamentar eleito (Consulta TSE nº 1.398/DF), para que se possa, se e quando for o caso, submeter, ao Presidente da Casa legislativa, o requerimento de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais.

INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E LEGITIMIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PRATICADOS PELO PARLAMENTAR INFIEL.

A desfiliação partidária do candidato eleito e a sua filiação a partido diverso daquele sob cuja legenda se elegeu, ocorridas sem justo motivo, assim reconhecido por órgão competente da Justiça Eleitoral, embora configurando atos de transgressão à fidelidade partidária - o que permite, ao partido político prejudicado, preservar a vaga até então ocupada pelo parlamentar infiel -, não geram nem provocam a invalidação dos atos legislativos e administrativos, para cuja formação concorreu, com a integração de

MS 26.603 / DF

sua vontade, esse mesmo parlamentar. Aplicação, ao caso, da teoria da investidura funcional aparente. Doutrina. Precedentes.

REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.

- Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

- Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes.

- A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica.

- Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida.

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

- O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade

MS 26.603 / DF

institucional do Supremo Tribunal Federal, **pois**, no processo de indagação constitucional, **assenta-se** a magna prerrogativa **de decidir**, em última análise, sobre a própria **substância** do poder.

- **No poder de interpretar** a Lei Fundamental, **reside** a prerrogativa extraordinária de **(re)formulá-la**, **eis** que a interpretação judicial **acha-se compreendida** entre os processos **informais** de mutação constitucional, **a significar**, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". **Doutrina. Precedentes.**

- **A interpretação constitucional derivada** das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - **a quem se atribuiu** a função eminente de "guarda da Constituição" (**CF**, art. 102, "caput") - **assume** papel **de fundamental** importância na organização institucional do Estado brasileiro, **a justificar** o reconhecimento de que o modelo político-jurídico **vigente** em nosso País **conferiu**, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do **monopólio da última palavra em tema** de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Plenária**, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, **na conformidade** da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em rejeitar** as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir do impetrante, **bem assim** a de impossibilidade de o Poder Judiciário **interferir** em matéria interna e peculiar à organização dos Partidos Políticos, **sujeita** à reserva constitucional de estatuto, **repelindo**, ainda, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, **por se embasar** em consulta do Tribunal Superior Eleitoral. Por maioria, **rejeitou preliminar** de ausência de liquidez, vencido o Senhor Ministro Eros Grau, que a acolhia para não conhecer do "writ". **Em seguida** foi o julgamento suspenso. **Prosseguindo** no julgamento, o Tribunal, por maioria, **conheceu** do mandado de segurança e **denegou a ordem**, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que a concediam, tal como requerida. **Votou** a Presidente, Ministra Ellen Gracie. **Falaram:** pelo impetrado, o Dr. Fernando Neves da Silva; pelos litisconsortes passivos, Átila Freitas Lira, Djalma Vando Berger e Partido Socialista Brasileiro - PSB, o Dr. José Antônio Figueiredo de Almeida Silva; Leonardo Rosário de Alcântara, Antônio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente



MS 26.603 / DF

Ferreira de Arruda Coelho e Vicente Alves de Oliveira, o Dr. Eduardo Ferrão; Partido da República - PR, o Dr. Marcelo Luiz Ávila de Bessa; Partido Trabalhista Brasileiro - PTB, o Dr. Itapuã Prestes de Messias; e, pelo Ministério Público Federal o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. **Presidência** da Senhora Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 04 de outubro de 2007.



CELSO DE MELLO - RELATOR



03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
 IMPETRANTE(S) : PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB
 ADVOGADO(A/S) : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(A/S)
 IMPETRADO(A/S) : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
 LITISCONSORTE(S) : ATILA FREITAS LIRA
 PASSIVO(A/S)
 LITISCONSORTE(S) : PSB - PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO
 PASSIVO(A/S)
 LITISCONSORTE(S) : DJALMA VANDO BERGER
 PASSIVO(A/S)
 ADVOGADO(A/S) : JOSÉ ANTONIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA SILVA E OUTRO(A/S)
 LITISCONSORTE(S) : LEONARDO ROSÁRIO DE ALCÂNTARA
 PASSIVO(A/S)
 LITISCONSORTE(S) : ANTONIO MARCELO TEIXEIRA SOUSA
 PASSIVO(A/S)
 LITISCONSORTE(S) : VICENTE FERREIRA DE ARRUDA COELHO
 PASSIVO(A/S)
 LITISCONSORTE(S) : VICENTE ALVES DE OLIVEIRA
 PASSIVO(A/S)
 LITISCONSORTE(S) : PR - PARTIDO DA REPÚBLICA
 PASSIVO(A/S)
 ADVOGADO(A/S) : MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA E OUTRO(A/S)
 LITISCONSORTE(S) : ARMANDO ABÍLIO VIEIRA
 PASSIVO(A/S)
 LITISCONSORTE(S) : PTB - PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO
 PASSIVO(A/S)
 ADVOGADO(A/S) : ITAPUÃ PRESTES DE MESSIAS E OUTRAS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): O eminente Procurador-Geral da República, Dr. ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA, **ao se pronunciar** na presente sede processual, **assim resumiu** tanto os fundamentos **em que se apóia** esta impetração



MS 26.603 / DF

mandamental quanto as informações **emanadas** do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados e, ainda, as contestações **deduzidas** pelos litisconsortes passivos necessários (fls. 627/633):

"1. Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, interposto pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, em face de ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Arlindo Chinaglia, que negou provimento ao pedido administrativo formulado pelo impetrante no sentido de declarar a vacância dos mandatos dos parlamentares que se desfilaram do PSDB, sob o fundamento de ausência de previsão no § 1º do art. 239 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

2. Sustentam os impetrantes, com base no entendimento esboçado na Consulta nº 1398, formulada ao Tribunal Superior Eleitoral, o direito de reaver as cadeiras ocupadas por parlamentares que mudaram de partido durante o mandato, sob alegação de que:

(a) **a impetração** do 'mandamus' não ofende o princípio constitucional da separação dos poderes, pois o Supremo Tribunal Federal reconhece a plena atuação do Poder Judiciário quando se constatar a ofensa de qualquer direito assegurado pela Constituição da República, o que se revela no presente caso;

(b) **o impetrante**, na qualidade de partido político, tem o direito líquido e certo de manter as vagas obtidas nas eleições e ocupadas por candidatos a ele filiados, como veio a proclamar o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral;

(c) **os partidos não poderiam** ter por encampado o direito de representação em face da conduta de mandatários que adotaram outras ideologias político-partidárias, pois o melhor entendimento prescreve que o partido político pode preservar, em face dos pressupostos do sistema representativo proporcional, a vagas obtidas em decorrência do quociente eleitoral.



MS 26.603 / DF

3. O **Ministro Relator** (fls. 65) **determinou a intimação** da apontada autoridade coatora para manifestar-se quanto ao pedido liminar, **bem como a citação** dos litisconsortes passivos necessários.

4. O **Presidente da Câmara dos Deputados**, Deputado Federal Arlindo Chinaglia, **nas informações** de fls. 78-84, **apresentou os fundamentos** da decisão ora combatida e consignou a interpretação da Câmara dos Deputados no sentido de que é defeso à Presidência da instituição acolher o pleito do impetrante, por inexistir amparo legal ou jurisprudencial, porquanto não há no direito positivo brasileiro norma constitucional que abrigue a pretensão manifestada nos presentes autos. Sustentou ainda, que a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral não se reveste do atributo da executoriedade, porquanto não teria força para sujeitar a Câmara dos Deputados a sua observância.

5. Os **litisconsortes citados apresentaram contestação**, conforme brevemente será resumido a seguir:

A) Djalma Vando Berger

Aduz às fls. 86-98:

▪ **que o Supremo Tribunal Federal**, após o advento da Constituição Federal de 1988, por mais de uma vez já examinou a hipótese da possível perda de mandato por infidelidade partidária, tendo concluído pela impossibilidade dessa decretação, em face da previsão contida no artigo 55 da Constituição;

▪ **que acolher a impetração significaria** integrar, por decisão do Judiciário, que não tem poderes para emendar a Constituição, ao elenco exaustivo previsto no artigo 55 da Carta, mais uma hipótese de perda de mandato;

▪ **que não há que falar em renúncia tácita ou presumida do parlamentar que se desliga** de agremiação partidária para ingressar em outra, já que, nesse caso, há o claro elemento volitivo de prosseguir no exercício do mandato, e não a vontade de renunciar a esse exercício.

MS 26.603 / DF

B) Átila Freitas Lira**Alega às fls. 166-183:**

- **que o Supremo Tribunal Federal** firmou entendimento no sentido de que a troca de legenda partidária não acarreta a automática perda de mandato eletivo;
- **que o rol do artigo 55 da Constituição Federal**, que prevê as causas de perda de mandato parlamentar, é taxativo, não cabendo, portanto, ao Judiciário estabelecer outras hipóteses que não aquelas expressamente previstas;
- **que o ordenamento jurídico pátrio** abarcou o preceito clássico do 'exceptiones sunt strictissime interpretationis', segundo o qual a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica. Desta forma, as restrições ao direito dos parlamentares ao exercício de seu mandato não podem receber do Judiciário interpretação ampliativa, de modo a alterar o próprio intuito do Legislador Constituinte Originário.

C) Vicente Ferreira de Arruda Coelho, Antônio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Alves de Oliveira e Leonardo Rosário de Alcântara**Os Parlamentares, às fls. 255-298, apresentaram suas razões, no sentido de que:**

- **a consulta foi respondida fora dos limites da competência do Tribunal Superior Eleitoral**, que não deve responder sobre tema de índole constitucional;
- **a consulta é desprovida** de qualquer efeito vinculante para o Supremo Tribunal Federal, justamente por ter sido respondida fora da competência constitucionalmente prevista;
- **a consulta, ao ser respondida, inovou no ordenamento jurídico, o que é defeso ao Poder Judiciário;**

MS 26.603 / DF

- **não há qualquer consequência** estabelecida no estatuto do impetrante para os casos de desfiliação partidária;
- **os deputados que deixaram o Partido para se filiar a outra sigla** o fizeram por conta das exceções previstas pelo Tribunal Superior Eleitoral, em especial a perseguição política;
- **a mudança de partido foi justificável**, uma vez que esta decorreu de inequívoca alteração do ideário político-partidário na disputa eleitoral e nas condutas partidárias, **bem como** de intensa perseguição interna sofrida no âmbito do partido.

D) Partido Socialista Brasileiro-PSB

Traz os seguintes argumentos às fls. 440-452:

- **o rol estabelecido** na Constituição Federal para as hipóteses de perda de mandato **é taxativo**, não comportando interpretação extensiva;
- **o Supremo Tribunal Federal** possui jurisprudência sedimentada no sentido de que a troca de legenda partidária não acarreta a perda do mandato político;
- **não há como se afirmar**, no caso, que os deputados que deixaram a legenda ora impetrante queriam deixar, na verdade, o exercício dos mandatos parlamentares para os quais foram eleitos; portanto, não há que se falar em renúncia tácita.

E) Armando Abílio Vieira

Em suas razões, o Deputado Federal **aduziu**, às fls. 527:

- **que a consulta respondida pelo Tribunal Superior Eleitoral** trouxe modificações de entendimento de lei sobre fatos costumeiros, com intenções retroativas, os quais somente poderiam ser expressos mediante reforma política, com alterações na Carta Magna via Emenda Constitucional;

MS 26.603 / DF

▪ **que a previsão de perda de mandato** em caso de infidelidade partidária, prevista originalmente na Constituição Federal de 1969, foi 'revogada' pela atual Carta Política, com o que não há mais que falar em sanção por mudança de legenda partidária;

F) Partido Trabalhista Brasileiro-PTB

Em breve manifestação, o Partido Trabalhista Brasileiro - PTB, às fls. 544, reiterou as manifestações trazidas pelos demais litisconsortes passivos e acrescentou:

▪ **que o Constituinte Originário** outorgou autonomia de funcionamento e gestão aos partidos políticos, ficando a critério destes a definição de sua estrutura, organização e funcionamento, devendo os seus estatutos estabelecer as normas de disciplina e fidelidade partidária;

▪ **que todas as hipóteses** que possam acarretar perda de mandato de Deputado ou Senador estão previstas exaustivamente na Constituição Federal, e que, pela literalidade do rol constitucional, não há espaço para interpretações extensivas;

G) Partido da República

Em sua peça contestatória, o Partido da República sustentou, às fls. 565-590:

▪ **que a manifestação** do TSE, quando da análise da consulta formulada, extrapolou o âmbito de sua competência e, justamente por esse motivo, não tem qualquer força vinculante;

▪ **que o Supremo Tribunal Federal** possui remansosa jurisprudência, calcada na possibilidade de mudança de partido pelo parlamentar, sem que isso enseje a perda de seu mandato;

▪ **que não há**, no caso, o **pressuposto legal do 'fumus boni iuris'**, apto a ensejar a concessão da medida liminar requerida, por ausência de

MS 26.603 / DF

fundamento legal expresso que ampare a medida pleiteada;

▪ **que, de igual modo, verifica-se ausente o requisito do 'periculum in mora'**, pelo contrário, a periculosidade inversa faz-se presente, haja vista que o afastamento, em caráter liminar, de membros do Congresso Nacional, repercutirá negativamente no funcionamento do Parlamento;

▪ **que o tema é disciplinado** de forma expressa, em sentido contrário do pretendido, no próprio texto constitucional, que não prevê a hipótese de perda de mandato em decorrência de mudança de partido político pelo parlamentar.

6. O Ministro Relator (fls. 616-620), **lastreado** na jurisprudência **consolidada** do Supremo Tribunal Federal, **indeferiu a liminar**, 'in verbis':

'**Não obstante** todas essas considerações que venho de expor - **e embora atribuindo** especial relevo resolução, pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, da consulta nº 1938/DF, relator Ministro Cesar Asfor Rocha -, **não posso**, contudo, **deixar de ter presentes**, ao menos neste juízo **de sumária cognição**, **as decisões** emanadas do plenário do Supremo Tribunal Federal (MS 20.916/DF), no sentido da inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados.

Sendo assim, em face das razões expostas, **e sem prejuízo** do reexame da controvérsia em questão, **quando** do julgamento final do presente mandado de segurança, **indefiro** o pedido de medida cautelar formulado pelo PSDB.'

7. Em seguida, foram os autos remetidos **a esta Procuradoria-Geral da República**, **com vistas** à emissão de parecer sobre a matéria." (grifei)

Como assinalado no douto parecer do Senhor Procurador-Geral da República, **determinei a citação** dos Deputados Federais

MS 26.603 / DF

referidos pelo impetrante a fls. 35 (item n. IV, "c") e dos Partidos Políticos **que se beneficiaram**, diretamente, no caso, **da alegada** prática de infidelidade partidária.

Observo que **todos** os litisconsortes passivos necessários, uma vez citados, **ofereceram contestação** à pretensão mandamental ora deduzida pela agremiação partidária impetrante.

Registro, ainda, **em complementação ao relatório** feito pelo eminente Procurador-Geral da República, que os Deputados Federais Vicente Ferreira de Arruda Coelho, Antonio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Alves de Oliveira e Leonardo Rosário de Alcântara, **todos** litisconsortes passivos necessários, **suscitaram** questões outras, **consistindo**, uma delas, **na impossibilidade** de o Poder Judiciário **interferir** em matéria **interna** à organização dos Partidos Políticos (como a fidelidade partidária), **sujeita** à reserva constitucional de estatuto ("*reserva estatutária*"), **eis que** "*Tal reserva não pode ser invadida nem pelo Poder Legislativo, nem pelo próprio Poder Judiciário, a não ser no caso de lesão a direito individual*" (fls. 266), **ainda mais** - segundo **alegam** tais litisconsortes passivos necessários - quando o E. Tribunal Superior Eleitoral, **deliberando** sobre matéria de índole constitucional ("*o direito partidário*" e "*a natureza do mandato eletivo*"),

MS 26.603 / DF

extravasa os limites de sua própria competência e **responde**, "mediante atividade judiciária criativa", a uma consulta absolutamente incabível em função do tema proposto (fls. 264/267).

De outro lado, esses mesmos litisconsortes passivos necessários **ainda sustentam** a carência da presente ação mandamental, **seja** por suposta **ausência** de legitimação ativa "*ad causam*" do Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, **seja** pela alegada **falta** de demonstração do interesse de agir de referida agremiação partidária (fls. 284/285).

Assinalo, ainda, que o Deputado Átila Freitas Lira, **também atuando** na condição de litisconsorte passivo necessário, **invocou** - dentre **outros** fundamentos **já referidos** no parecer do Senhor Procurador-Geral da República - **a existência** de "*odiosa perseguição política*" **que sofreu** no âmbito do PSDB, circunstância esta que o levou a se filiar a partido político diverso (fls. 178/183).

O Ministério Público Federal, **em parecer** subscrito pelo eminente Procurador-Geral da República (fls. 626/659), **opinou**, preliminarmente, **pelo não-conhecimento** da presente ação de mandado de segurança, **pronunciando-se**, quanto ao mérito, **pela denegação** do

MS 26.603 / DF

"writ" mandamental e, na hipótese de sua concessão, **pela outorga de eficácia prospectiva** à decisão plenária desta Corte Suprema, **em ordem a tornar aplicável** o novo entendimento "apenas à próxima legislatura", **em obséquio** às exigências de segurança jurídica e de estabilidade das regras do regime democrático.

Esse douto e fundamentado parecer do eminente Chefe do Ministério Público da União (fls. 626/659) **está assim ementado** (fls. 626/627):

"MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DA PRESIDÊNCIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 'INFIDELIDADE PARTIDÁRIA'. MUDANÇA DE PARTIDO. TITULARIDADE DO MANDATO. CONSULTA TSE Nº 1.398. PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR E ILEGITIMIDADE ATIVA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ADICIONAL. NÃO-CONHECIMENTO. SISTEMA PARTIDÁRIO. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. TEORIA DO MANDATO REPRESENTATIVO. ART. 55 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ROL TAXATIVO. DIRETRIZ REDEMOCRATIZANTE. EC N. 25 DE 1985. IMPOSSIBILIDADE DE PREENCHIMENTO DE LACUNA IDEOLÓGICA DE 'IURE CONDENDO'.

MATÉRIA SUBMETIDA À RESERVA CONSTITUCIONAL. JURISPRUDÊNCIA DESSA CORTE NESSE SENTIDO.

1. O interesse de agir e a legitimidade ativa 'ad causam' do impetrante decorrem da redução de sua representatividade na Câmara dos Deputados.

2. A Constituição Federal não admite, expressa ou implicitamente, a perda de mandato parlamentar como penalidade por mudança de partido político. Consagração do mandato representativo popular.

3. O direito comparado e a tradição constitucional brasileira **respaldam** a força representativa da soberania do povo para reforçar a irrevogabilidade do mandato.



MS 26.603 / DF

4. Necessidade de respeito ao artigo 16 da Constituição Federal na hipótese da mudança de orientação jurisprudencial em homenagem à segurança jurídica.

Parecer preliminar pelo não-conhecimento do 'writ' e, no mérito, pela denegação da ordem. Eventualmente, no caso de mudança de orientação dessa egrégia Corte, opina pela modulação dos efeitos temporais da decisão para a próxima legislatura." (grifei)

É o relatório.

A large, stylized handwritten signature or flourish consisting of a loop on the left, a long horizontal line, and a smaller loop on the right.

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALV O T O(s/ questões prévias)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A presente impetração **insurge-se** contra decisão **emanada** do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, **que indeferiu requerimento** formulado pelo PSDB, **no qual** essa agremiação partidária **postulava** a "Declaração de vacância, por renúncia presumida, de mandatos exercidos por Deputados Federais eleitos sob aquela legenda que hajam mudado de filiação partidária" (fls. 42).

O Senhor Presidente da Câmara dos Deputados - autoridade apontada como coatora, **por ser** a expressão **visível** da unidade institucional dessa Casa do Congresso Nacional **e por lhe competir**, por isso mesmo, a direção superior de referida instituição parlamentar -, **ao indeferir o pleito** do ora impetrante, **apoiou-se** nos seguintes fundamentos (fls. 43/45):

"Trata-se de requerimento apresentado, aos 3 de abril de 2007, pelo PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB.

Com fundamento em resposta do Tribunal Superior Eleitoral - TSE à consulta formulada pelos Democratas - DEM, **a qual concluiu** que 'os partidos políticos e as



MS 26.603 / DF

coligações **conservam o direito à vaga** obtida pelo sistema eleitoral proporcional, **quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda'**, **solicita seja a mudança de filiação partidária**, por Deputados Federais eleitos sob aquele partido, **considerada como renúncia ao mandato parlamentar, declarando-se**, conseqüentemente, **vagos os cargos e convocando-se os Suplentes da legenda.**

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que, **sem adentrar seu mérito, a resposta do TSE à consulta** feita em tese pelo DEM **tão-somente contém esclarecimento** daquela Corte, **não fazendo coisa julgada (TSE-BE nº 36/567).**

Ademais, as **únicas hipóteses de vacância do mandato parlamentar** são aquelas **expressamente** previstas no art. 238 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD, **quais sejam: falecimento, renúncia e perda do mandato.**

O **PSDB**, como já se disse, **solicita sejam declarados vagos** os mandatos ora exercidos por Deputados **eleitos** sob aquela legenda **que tenham mudado** de filiação partidária, **ao argumento** de que esses Parlamentares, **em praticando** tal conduta, **haveriam, tacitamente, renunciado** a seus mandatos. **Sequer cogita** o Requerente de perda de mandato, **visto que mudança** de filiação partidária **não se encontra** entre as hipóteses de perda de mandato parlamentar previstas no art. 55 da Constituição Federal.

Ora, nos termos do art. 239, 'caput' e § 1º, do RICD, 'litteris',

a declaração de renúncia do Deputado ao mandato **deve** ser dirigida **por escrito** à Mesa, **e independe** de aprovação da Câmara, **mas somente** se tornará efetiva e irretratável **depois** de lida no expediente e publicada no Diário da Câmara dos Deputados.

§ 1º Considera-se também haver renunciado:

I - o Deputado **que não prestar** compromisso no prazo estabelecido neste Regimento;

II - o **Suplente** que, convocado, **não se apresentar** para entrar em exercício no prazo regimental.

MS 26.603 / DF

É dizer, a renúncia ao mandato é prerrogativa do renunciante, devendo ser expressa e escrita, **somente se tornando efetiva e irretratável** depois de lida no expediente e publicada no 'Diário da Câmara dos Deputados'. **Apenas excepcionalmente**, pode ser presumida **nos casos** de não-prestação do compromisso no prazo regimental, em se tratando de Deputados, e de não-apresentação para entrada em exercício, em se cuidando de Suplentes.

À toda evidência, a mudança de filiação partidária **também não figura** entre as hipóteses de renúncia presumida, **previstas**, 'numerus clausus', no § 1º do art. 239 do RICD.

Posto isso, não está esta Presidência autorizada a **considerar como renúncia a mudança de filiação partidária** por Deputados eleitos sob o PSDB e, por conseguinte, **declarar vagos** os mandatos por eles exercidos, **convocando os Suplentes da legenda**, em vista de essa hipótese **não figurar** entre aquelas expressamente previstas no § 1º do art. 239 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, **razão por que, forçosamente, julgo improcedente o pedido.**" (grifei)

É importante lembrar que a consulta formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), **hoje Democratas (DEM)**, **dirigida** ao E. Tribunal Superior Eleitoral, **consubstanciou-se** na seguinte indagação:

"Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?" (grifei)



MS 26.603 / DF

O E. Tribunal Superior Eleitoral, ao "responder positivamente à consulta", resolveu-a em pronunciamento assim ementado (Consulta nº 1.398/DF, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA):

"CONSULTA. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. CANDIDATO ELEITO. CANCELAMENTO DE FILIAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PARTIDO. VAGA. AGREMIÇÃO. RESPOSTA AFIRMATIVA." (grifei)

Vale registrar, ainda, por oportuno, que o E. Tribunal Superior Eleitoral, após a impetração do presente mandado de segurança, respondeu a uma segunda consulta, formulada, pelo Senhor Deputado Federal CIRO NOGUEIRA LIMA FILHO (PP/PI), nos seguintes termos:

"I. Se os DEPUTADOS FEDERAIS e ESTADUAIS que trocaram de Partido Político que os elegeram e ingressarem em outro Partido da mesma coligação, perdem os seus respectivos Mandatos Legislativos." (grifei)

Essa consulta, apreciada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, foi por este respondida afirmativamente, em acórdão que restou consubstanciado na seguinte ementa:

1

"CONSULTA. PARLAMENTAR QUE INGRESSA EM NOVO PARTIDO. PERDA DO MANDATO.

1. O mandato é do partido e, em tese, o parlamentar o perde ao ingressar em novo partido.

2. Consulta respondida positivamente, nos termos do voto."

(Consulta nº 1.423/DF, Rel. Min. JOSÉ DELGADO - grifei)

MS 26.603 / DF

Sendo esse o contexto, **passo a analisar**, desde logo, **as questões preliminares**, que, **suscitadas** por litisconsortes passivos necessários e pelo eminente Procurador-Geral da República, **concernem ao próprio conhecimento** da presente ação de mandado de segurança.

A **primeira** questão preliminar, **suscitada** pelos litisconsortes passivos Vicente Ferreira de Arruda Coelho, Antonio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Alves de Oliveira e Leonardo Rosário de Alcântara, **por estes formulada** sob a designação global e genérica de "Inexistência de direito líquido e certo" (fls. 262), **subdivide-se**, na realidade, em **outras** questões prévias (fls. 262/269 e 284/285): (a) **falta** de legitimidade ativa "ad causam" do PSDB; e (b) "**ausência de prova do interesse de agir**" desse Partido impetrante.

Examino, pois, essas questões preliminares argüidas **por referidos** litisconsortes passivos necessários. **E**, ao fazê-lo, **entendo não lhes assistir** razão.

Com efeito, **tenho por ativamente legitimado** ao ajuizamento **da presente** ação mandamental o Partido ora impetrante, **pois**, como bem assinalou o eminente Procurador-Geral da República em seu douto pronunciamento, "O interesse de agir e a legitimidade



MS 26.603 / DF

ativa do impetrante encontram-se demonstrados nos autos. O Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, ora impetrante, demonstrou a redução de sua representatividade na Câmara dos Deputados, com o pedido de desligamento dos parlamentares indicados (...)" (fls. 633, item n. 9).

Na realidade, **a transferência**, para outros Partidos Políticos, dos parlamentares que são litisconsortes passivos necessários **teve** repercussão direta e imediata sobre a esfera jurídica do PSDB, pois este sofreu, **em decorrência** do ato de alegada infidelidade, **redução** em sua bancada parlamentar na Câmara dos Deputados, **com todas as conseqüências** que podem derivar da diminuição de representatividade **de qualquer** agremiação partidária naquela Casa do Congresso Nacional.

Inquestionável, de outro lado, **a existência**, no caso, **do interesse de agir** do PSDB, pois este, **por haver sofrido** resistência no atendimento de sua pretensão jurídica, **rejeitada** pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, **não teve alternativa** senão a de ingressar em juízo, **em ordem** a fazer prevalecer o seu **alegado** direito - consoante postula - **sobre** os interesses jurídicos de terceiros.

MS 26.603 / DF

A **necessidade** de ingressar em juízo, portanto, **considerado** o contexto em exame, **legítima** o reconhecimento, na espécie, **da existência** do interesse de agir, **o que permite constatar a presença**, no caso, **dessa particular** condição da ação (CPC, art. 3º).

O eminente Procurador-Geral da República, por sua vez, **formula**, em seu douto parecer, **uma outra preliminar** de não-conhecimento da presente ação de mandado de segurança, **apoiando-se**, para sustentá-la, no fato de o direito vindicado pelo PSDB **não se revestir** de liquidez, porque **alegadamente** dependente de "instrução probatória adicional ao que simplesmente consta dos autos" (fls. 633).

Com efeito, o ilustre Chefe do Ministério Público da União **assim justificou**, no ponto, **referida** questão prévia (fls. 633):

"É que a Consulta do Tribunal Superior Eleitoral não imputou à desfiliação partidária, de forma absoluta ou objetiva, **a declaração** de perda do mandato partidário. **Chega a prever**, inclusive, **hipóteses** em que a mudança de partido **não acarretaria** a perda do mandato, **como**, por exemplo, **no caso** de mudança de orientação programática do partido **e nos casos** de perseguição política, causas suscitadas pelos litisconsortes para justificar a mudança de legenda." (grifei)

Vê-se, desde logo, **considerado** o teor de tal preliminar, que a matéria nela versada **concerne**, em última análise,



MS 26.603 / DF

ao próprio fundo da controvérsia mandamental, **cabendo**, a esta Corte, **promover-lhe** o exame **em momento oportuno**.

De qualquer maneira, no entanto, Senhora Presidente, **vale expender**, sobre essa questão, **algumas** considerações, **em ordem a afastar** a suposta ausência de liquidez **subjacente** ao direito postulado pelo Partido impetrante, **considerando**, sobretudo, **a alegação de perseguição política** que, **referida** pelo eminente Procurador-Geral da República, foi **também** invocada **por quatro (4)** Deputados Federais - Átila Freitas Lira (fls. 178/183), Vicente de Arruda, Marcelo Teixeira e Leonardo de Alcântara (fls. 286/294) - **que figuram** como litisconsortes passivos necessários.

O E. Tribunal Superior Eleitoral, **ao responder** à Consulta nº 1.398/DF, em Sessão pública de 27/03/2007, **e após reconhecer** que os partidos e coligações **têm** o direito de preservar a vaga **obtida** pelo sistema eleitoral proporcional, "*quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda*", **ressalvou**, no entanto, **a ocorrência** de situações excepcionais **aptas a derrogar** essa prerrogativa partidária.

MS 26.603 / DF

Com efeito, o eminente Ministro CEZAR PELUSO, em referido procedimento de consulta, assim justificou as exceções em causa:

"Algumas exceções devem, contudo, ser asseguradas em homenagem à própria necessidade de resguardo da relação eleitor-representante e dos princípios constitucionais da liberdade de associação e de pensamento. São elas, v.g., a existência de mudança significativa de orientação programática do partido, hipótese em que, por razão intuitiva, estará o candidato eleito autorizado a desfiliar-se ou transferir-se de partido, conservando o mandato. O mesmo pode dizer-se, 'mutatis mutandis', em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou.

Essas são situações em que a desfiliação e a mudança se justificam em reverência à mesma necessidade de preservação do mandato conferido pelo povo ao representante afiliado a determinada agremiação política, com o intuito de proteger o voto do eleitor, dado, em nosso sistema, não apenas à pessoa, mas sobretudo ao partido que a acolhe. Resguarda-se, aí, em substância, a confiança depositada pelo eleitor nas propostas e idéias cuja expressão estão à raiz do sistema representativo proporcional.

E, porque é o partido que, em tais hipóteses, terá dado causa ao rompimento daquela relação complexa, por alteração superveniente de sua linha político-ideológica ou pela prática odiosa de perseguição, será ele, não o candidato eleito, que deverá suportar o juízo de inexistência de direito subjetivo à conservação do mandato em sua esfera jurídica." (grifei)

Os documentos produzidos nestes autos mostram-se suficientes para conferir incontestabilidade aos fatos motivadores da formulação deste pleito mandamental, não cabendo, ao próprio



MS 26.603 / DF

PSDB, **produzir prova negativa** consistente em demonstrar **que não moveu** perseguição política aos litisconsortes passivos necessários mencionados **ou**, então, **que não se registrou** mudança de conteúdo programático nos fins visados por referida agremiação partidária.

Na realidade, **a alegação** de perseguição política **independeria** de qualquer dilação probatória, **consideradas** as restrições **motivadas** pelo caráter sumaríssimo do processo de mandado de segurança, **se** os litisconsortes passivos necessários **houvessem comprovado**, desde logo, a imposição formal, a eles, de sanções **previstas** nos estatutos da agremiação partidária em causa.

Tal, porém, **não ocorreu**, eis que a mera substituição em comissões de inquérito **ou** em outras comissões legislativas, **bem assim** a disputa entre grupos internos por espaços políticos **no âmbito** das organizações partidárias **nem sempre revelam** a existência de arbitrária perseguição de caráter político.

De qualquer maneira, no entanto, a discussão em torno da existência, ou não, de perseguição política, como derrogação ao direito da agremiação partidária, **não pode** ter lugar **nesta** sede processual.

MS 26.603 / DF

Com efeito, Senhora Presidente, não se ignora que refoge, aos estreitos limites da ação mandamental, o exame de fatos despojados da necessária liquidez, pois o "iter" procedimental do mandado de segurança não comporta a possibilidade de instauração incidental de um momento de dilação probatória, consoante adverte a doutrina (ALFREDO BUZAID, "Do Mandado de Segurança", vol. I/208, item n. 127, 1989, Saraiva; CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, "Manual do Mandado de Segurança", p. 65/78, 4ª ed., 2003, Renovar, v.g.) e proclama o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

"Refoge, aos estreitos limites da ação mandamental, o exame de fatos despojados da necessária liquidez, pois o iter procedimental do mandado de segurança não comporta a possibilidade de instauração incidental de uma fase de dilação probatória.

- A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato certo, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca."

(MS 20.882/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

A jurisprudência desta Suprema Corte, por isso mesmo, tem advertido, em inúmeras decisões (RTJ 124/948, v.g.), que "O mandado de segurança não é meio idôneo para o exame de questões cujos fatos não sejam certos" (RTJ 142/782, Rel. Min. MOREIRA ALVES).



MS 26.603 / DF

O Supremo Tribunal Federal, **ao pronunciar-se** sobre esse **específico** aspecto do tema, **deixou consignado** que a discussão em torno do próprio significado de **direito líquido e certo** - que traduz **requisito** viabilizador da utilização do "writ" mandamental - **veicula** matéria de caráter **eminente** processual, mesmo porque a **noção de liquidez**, "que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, **diz respeito aos fatos**" (RTJ 134/681, Rel. p/ o acórdão Min. CARLOS VELLOSO - RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RMS 23.443/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RMS 23.720/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

"O 'direito líquido e certo', pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, **é requisito de ordem processual**, atinente à **existência** de prova **inequívoca** dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito (...)." (RTJ 133/1314, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

"A formulação conceitual de direito líquido e certo, que constitui **requisito de cognoscibilidade** da ação de mandado de segurança, **encerra** (...) **noção de conteúdo eminentemente processual**." (RTJ 134/169, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO)

Daí o incensurável magistério do saudoso CELSO RIBEIRO BASTOS ("Do Mandado de Segurança", p. 15, 1978, Saraiva), para quem "(...) o direito líquido e certo é conceito de ordem processual, que exige a comprovação dos pressupostos fáticos da situação jurídica a

MS 26.603 / DF

preservar. **Conseqüentemente**, direito líquido e certo é 'conditio sine qua non' do conhecimento do mandado de segurança, mas não é 'conditio per quam' para a concessão da providência judicial" (grifei).

É por essa razão que a doutrina acentua a **incomportabilidade** de qualquer **dilação probatória** no âmbito desse "writ" constitucional, que supõe - insista-se - a produção liminar, pelo impetrante, das provas literais pré-constituídas, destinadas a evidenciar a **incontestabilidade** do direito público subjetivo invocado pelo autor da ação mandamental.

Ocorre, no entanto, Senhora Presidente, considerados tanto o magistério doutrinário quanto a orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, **que os fatos subjacentes** a este litígio mandamental, a meu juízo, acham-se plenamente comprovados, eis que os documentos (juridicamente idôneos) que os atestam, além de produzidos, pelo impetrante, ensejam amplo conhecimento da matéria em debate, **que se reveste** de caráter **eminentemente** jurídico, não havendo que se falar, portanto, em iliquidez ou em dúvida objetiva a respeito **dos pressupostos fáticos** concernentes à controvérsia jurídica em exame.

MS 26.603 / DF

Com efeito, o **exame** destes autos **revela** que se produziram, com a impetração mandamental, **elementos** essenciais à **exata compreensão** da matéria jurídica em debate, tais como a comprovação **inequívoca** de filiação originária, ao **PSDB**, dos parlamentares litisconsortes passivos necessários, **bem assim** de seu desligamento e ulterior transferência para Partido Político sob cuja legenda **não** se elegeram, **cabendo referir**, ainda, **a demonstração do indeferimento**, pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, **do pleito** que lhe dirigiu a agremiação partidária ora impetrante.

Tenho para mim, portanto, Senhora Presidente, que, **para os fins** pretendidos nesta sede mandamental, **basta** a comprovação documental que venho de referir, **suficiente**, por si só, a meu juízo, **para tornar inquestionável** o suporte fático **em que se apóia** a pretensão mandamental ora deduzida pelo PSDB.

O Senhor Procurador-Geral da República, por outro lado, **realçando** a suposta iliquidez dos fatos (**embora** fazendo-o, agora, **sob outra perspectiva**), **observa** que, "**ainda que se permitisse a sanção de perda de mandato com base no entendimento acima, a questão demandaria, no mínimo, instrução probatória, observada a ampla defesa e o contraditório**" (fls. 633, item n. 12 - **grifei**).

MS 26.603 / DF

Resulta claro, Senhora Presidente, não só dos fundamentos da presente impetração mandamental, **mas, sobretudo, da própria resposta** do E. TSE à Consulta que lhe foi dirigida, **que não se trata**, na espécie em exame, **ao contrário** do que parece sugerir o eminente Procurador-Geral da República, **de reconhecer hipótese de perda** de mandato parlamentar, **com caráter** de sanção **ou** de punição, **o que**, evidentemente, **atrairia** a incidência do disposto no art. 55 da Constituição da República.

Ao contrário, discute-se questão diversa **consistente** em saber **se** a transferência, **para outra** agremiação partidária, do candidato eleito **tem**, ou não, "por efeito, a preservação da vaga na esfera do partido de origem", **consoante assinalou**, em douto voto, o eminente Ministro CEZAR PELUSO, **quando do exame** da Consulta nº 1.398/DF.

Essa questão, contudo, como **anteriormente** assinaiei, será analisada **no momento** em que o Tribunal julgar **o próprio** mérito da causa mandamental.

De qualquer maneira, no entanto, **registro** que determinei **a citação**, como litisconsortes passivos necessários, **tanto** dos Senhores Deputados Federais **que se transferiram** para

MS 26.603 / DF

agregações partidárias **diversas** daquela **sob cuja legenda** foram eleitos **quanto** dos partidos políticos (PTB, PSB e PR) **que se beneficiaram**, diretamente, de tal migração.

E, ao fazê-lo, **tive em consideração** a circunstância de que **a citação** dos litisconsortes passivos necessários **justificava-se** por força de um imperativo constitucional, **que impõe**, em situações como a que ora se examina, **a instauração** (efetivamente **ocorrida**, **neste** processo) do contraditório (**RTJ** 57/278 - **RTJ** 59/596 - **RTJ** 64/777 - **RT** 391/192 - **RT** 477/220, v.g.), **em ordem a preservar**, com a bilateralidade dos atos e termos processuais, **a esfera jurídica** de referidos litisconsortes passivos.

A situação versada nestes autos, desse modo, **analisada** na perspectiva do litígio jurídico em questão, **reveste-se de evidente liquidez**, eis que a pretensão deduzida na presente sede mandamental **tem suporte documental** em provas juridicamente idôneas, **que permitem** compreender, delimitar **e** examinar a controvérsia constitucional veiculada nesta causa.

Afasto, por isso mesmo, **essa questão prévia suscitada** pelo eminente Procurador-Geral da República.

MS 26.603 / DF

Há, ainda, **uma outra questão preliminar** a ser examinada por esta Corte e que se prende à afirmação **de que não se revelaria lícito**, ao Supremo Tribunal Federal, **conhecer** do presente mandado de segurança, **tendo em vista a impossibilidade** de o Poder Judiciário **interferir** em matéria **interna e peculiar** à organização dos Partidos Políticos (**como** a fidelidade partidária), **sujeita** à reserva constitucional de estatuto ("reserva estatutária").

Ao suscitar essa questão, os litisconsortes passivos Vicente Ferreira de Arruda Coelho, Antonio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Alves de Oliveira e Leonardo Rosário de Alcântara **justificaram-na** nos seguintes termos (fls. 266/267):

"Quanto ao viés material, este STF tem decidido reiteradamente que, em relação à fidelidade partidária, a Constituição Federal concedeu 'uma reserva estatutária' aos partidos.

Tal reserva não pode ser invadida nem pelo Poder Legislativo, nem pelo Poder Judiciário, a não ser no caso de lesão a direito individual." (grifei)

Entendo, Senhora Presidente, que o postulado da reserva de estatuto - **que objetiva preservar** a autonomia partidária **em face** de **indevidas** interferências do aparelho estatal - **não impede nem** se qualifica como obstáculo ao exercício do direito à jurisdição, **se e**

MS 26.603 / DF

quando configurada situação de desrespeito, atual **ou** iminente, a direitos **ou** a situações jurídicas **daqueles** que os titularizam.

Impõe-se observar, neste ponto, por isso mesmo, **que a instauração** de processos judiciais **traduz legítima expressão** de uma prerrogativa constitucional **assegurada**, pela Carta Política, **a qualquer** pessoa, entidade **ou** organização **que se sinta** lesada **ou** ameaçada de lesão, em seus direitos, por comportamentos abusivos ou injurídicos praticados pelo Poder Público **ou** por qualquer particular.

Na realidade, **o acesso** ao Poder Judiciário **representa**, na significativa projeção dos seus efeitos, **uma expressiva** garantia de índole constitucional **destinada** a permitir a intervenção do Poder Judiciário **com o objetivo** de restaurar a ordem jurídica vulnerada por atos **evitados** de ilicitude **ou** de desrespeito ao sistema normativo.

O direito ao processo, desse modo, **constitui** prerrogativa jurídica da maior relevância. **É por essa razão** que a norma constitucional garantidora **do direito** à tutela jurisdicional do Estado tem sido definida por eminentes autores **como o parágrafo régio** do Estado Democrático de Direito.

MS 26.603 / DF

Em suma: não cabe invocar, como o fizeram alguns litisconsortes passivos necessários, **a reserva** de estatuto, **fundada** no princípio da autonomia partidária, **para inibir a submissão**, a esta Suprema Corte, do litígio **eminentemente** constitucional **relativo** às conseqüências derivadas **do desrespeito** ao dever de observância da fidelidade partidária, **por parte** daqueles **que titularizam** mandatos eletivos. **É que** o tema em debate - insista-se - **transcende**, por efeito de sua irrecusável qualificação constitucional, **o caráter** **meramente doméstico ou interno** dos Partidos Políticos.

Deixo de acolher, portanto, pelas razões expostas, essa **outra preliminar de não-conhecimento** da presente ação de mandado de segurança.

Nem se diga que não assistiria legitimação **passiva** "ad causam" ao Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, **para estar presente** nesta relação processual, **sob a alegação** de que ele **não** disporia de poderes para praticar o ato concretizador da pretensão mandamental **deduzida** pelo partido político ora impetrante.

Assinalo, neste ponto, Senhora Presidente, que essa questão - **considerada** a interpretação que dela pode resultar -



MS 26.603 / DF

confunde-se com o próprio mérito da presente ação mandamental, **o que torna recomendável** analisá-la em momento posterior.

Ao contrário do que sustentado **por alguns** litisconsortes passivos necessários, a discussão instaurada nesta causa, **embora revestida** de forte conotação política, **apóia-se**, no entanto, em fundamentação **impregnada** de natureza constitucional, **o que legitima**, por si só, **afastado** o caráter "interna corporis" de matérias sujeitas à autonomia partidária, **o exercício**, pelo Supremo Tribunal Federal, **da jurisdição** que lhe é inerente.

Devo assinalar, desde logo, por isso mesmo, **que não se trata**, na espécie em exame, de se reconhecer hipótese **de perda** de mandato parlamentar, **com caráter** de sanção **ou** de punição, **o que**, evidentemente, **atrairia** a incidência do disposto no art. 55 da Constituição da República.

Não se desconhece, Senhora Presidente - **considerado** o magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte **e** dos Tribunais em geral -, que o mandado de segurança **há de ser impetrado** em face de órgão estatal **ou** agente público **investido de competência**, **seja para**

MS 26.603 / DF

praticar o ato que se busca efetivar, seja para fazer cessar a deliberação que se considera lesiva (RT 321/141 - RT 492/198, v.g.):

"- O mandado de segurança há de ser impetrado em face de órgão ou agente público investido de competência para praticar o ato cuja implementação se busca."

(MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Essa orientação encontra apoio em autorizado magistério doutrinário, valendo referir, no ponto, a lição - sempre valiosa - de HELY LOPES MEIRELLES ("Mandado de Segurança", p. 63/64, 28ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 2005, Malheiros):

"Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário. (...).

.....
(...) Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor da segurança contra aquela autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado. (...)." (grifei)

Perfilha igual orientação, exposta em conhecida obra doutrinária ("Manual do Mandado de Segurança", p. 101/103, 4ª ed.,

MS 26.603 / DF

2003, Renovar), o nosso eminente colega Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, **que expendeu**, nesse tema, o seguinte magistério:

"É preciso ter atenção para que seja corretamente identificada a autoridade coatora. É ela, sempre, aquela que ordena ou omite a prática do ato impugnado. Em uma palavra, autoridade coatora é a responsável pelo ato lesivo. Dessa maneira, não é autoridade coatora o simples executor, mas, sim, aquele que tem, concretamente, a responsabilidade de praticar o ato e a competência para suspendê-lo, assumindo, portanto, suas conseqüências. (...).

.....
Entendo que o critério essencial para que seja identificada a autoridade coatora **é a sua competência** para corrigir a lesão do direito líquido e certo apontada. **Se** o ato apresentado pelo impetrante **é de autoridade outra** que não a apontada como impetrada, **descabe** a medida heróica, devendo a ordem ser denegada. (...)." (grifei)

Ocorre, no entanto, **que a presença** do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados **nesta** relação processual **deriva** da circunstância - que é processualmente relevante e constitucionalmente justificada - **de que ele figura**, aqui, como autoridade coatora, **pelo fato de ser** a expressão visível da unidade institucional dessa Casa do Congresso Nacional e de sua Mesa Diretora **e por lhe competir**, por isso mesmo, a direção superior de referida instituição parlamentar, **cabendo-lhe praticar**, "ex propria auctoritate" ou em decorrência de ordem judicial (como a ora postulada **neste** processo mandamental), **atos** de conteúdo

MS 26.603 / DF

meramente declaratório **que encerrem** o simples reconhecimento de que, **tal como assinalado** pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO (**Consulta TSE** nº 1.398/DF), **a transferência, para outra** agremiação partidária, do Deputado Federal eleito sob legenda diversa, **tem**, "por efeito, a preservação da vaga na esfera do partido de origem".

Essa atribuição, **que não pertence** ao Plenário da Câmara dos Deputados (por **não** se tratar de hipótese **de perda-sanção** de mandato legislativo), **é unicamente imputável** ao Senhor Presidente dessa Casa do Parlamento brasileiro, **precisamente** em razão da qualidade de sua alta investidura e de sua condição de órgão dirigente da própria Mesa da Câmara dos Deputados.

Trata-se, na realidade, de ato **que se inclui** na esfera de competência político-administrativa da Presidência da Câmara dos Deputados, **o que justifica**, segundo entendo, **o reconhecimento** de que assiste, **sim**, a essa ilustre autoridade, **legitimação passiva** para figurar **na presente** relação processual.

Correta, portanto, **a indicação**, como autoridade coatora, **feita** pelo Partido ora impetrante, do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados.



MS 26.603 / DF

Sustenta-se, ainda, a **impossibilidade jurídica** desta ação de mandado de segurança, **porque** ajuizada - **segundo** se alega - **com apoio** em pronunciamento do TSE **que extravasou** os limites jurídicos de sua própria competência, **o que inviabilizaria**, em face desse vício de origem, **o conhecimento** do presente "writ" mandamental.

Com efeito, alguns dos litisconsortes passivos necessários, **tendo em vista** os fundamentos da presente impetração, **alegam** (**a**) **que houve atuação** "ultra vires" do TSE em matéria de Consulta; (**b**) **que o TSE**, ao responder à Consulta formulada pelo PFL/Democratas, **ingressou** "em área de natureza constitucional: o direito partidário (fidelidade partidária) e a natureza do mandato eletivo (renúncia e perda)"; e (**c**) **que a resposta** a essa Consulta **não pode vincular** o Supremo Tribunal Federal em sua atividade jurisdicional.

Não têm razão os litisconsortes passivos necessários, **pois** o instituto da Consulta, **além** de previsto na legislação brasileira, **notadamente** no âmbito da Justiça Eleitoral, **constitui** instrumento de notável importância e alcance **que permite**, ao TSE, **responder** às indagações, que, **em tese**, lhe hajam sido feitas por

MS 26.603 / DF

autoridade com jurisdição federal ou, como sucedeu no caso, por órgão nacional de partido político (Código Eleitoral, art. 23, XII).

Não se desconhece que o Tribunal Superior Eleitoral, **ao responder** a Consultas, **atua** em sede **estritamente** administrativa, **apreciando**, em tese, **determinada** questão jurídica, **em ordem a neutralizar** eventual proliferação de demandas e de conflitos sobre a matéria versada em referido exame, **sem que**, no entanto, **tal resposta** - que tem função **meramente** pedagógica - mostre-se impregnada de eficácia vinculante, **cabendo**, ao contrário, aos órgãos competentes da Justiça Eleitoral, **analisar**, com plena autonomia, **cada** caso concreto, **ainda** que se valendo, **se** o entender pertinente, **dos fundamentos** que dão suporte à manifestação do TSE.

Cumpr insistir no fato de que **a resposta** que o TSE dá, **em tese**, a uma Consulta que lhe é dirigida **não se reveste** de caráter jurisdicional, dela **não** resultando **nem** a criação, **nem** a modificação, **nem**, ainda, **a extinção** de qualquer direito, **pois a resposta** a uma Consulta **não se qualifica** como ato de índole constitutiva.

É por tal motivo - **adverte** o magistério da doutrina (MARCOS RAMAYANA, "Direito Eleitoral", p. 600, item n. 19.2.5, 2006, Impetus; TORQUATO JARDIM, "Direito Eleitoral Positivo", p. 183/185,



MS 26.603 / DF

item n. 28, 2ª ed., 1998, Brasília Jurídica, v.g.) - que a atividade consultiva exercida **no âmbito** da Justiça Eleitoral, **particularmente** no do Tribunal Superior Eleitoral, **exatamente por não ser revestir** de natureza jurisdicional, **não tem** caráter vinculante, **não possui** conteúdo normativo e, por isso mesmo, **não provoca** qualquer modificação na esfera jurídica de terceiros **a propósito** da matéria objeto da apreciação, em tese, em sede de Consulta, pelo órgão competente da Justiça Eleitoral.

Foi por essa razão que o eminente Ministro CÉLIO BORJA, desta Suprema Corte, **em voto** proferido no Tribunal Superior Eleitoral, **ao examinar** a natureza jurídica **da resposta** dada, **em sede** de Consulta, por essa Alta Corte eleitoral, **assim se manifestou:**

"(...) **a resposta a consulta não gera efeitos concretos, uma vez que não pode servir de título a ato de execução. Fonte de conhecimento, não de produção do Direito, ato de interpretação em tese, serve de orientação para o exercício do ato jurisdicional ou administrativo, que não pode ser substituído pela resposta à consulta, assim como, a instância não pode ser suprimida e o seu titular substituído pelo órgão hierarquicamente superior, ao qual, porém, apenas, devolve a decisão de recurso."**

(MS 1.263-AgR/MS, Rel. Min. CÉLIO BORJA - grifei)



MS 26.603 / DF

Esse **mesmo** entendimento **foi corroborado** pelo Supremo Tribunal Federal, **quando** do julgamento do **RMS 21.185/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 134/1109):

"Mandado de segurança contra resposta do TRE a consulta em matéria eleitoral. Não cabimento.

- Resposta de Tribunal Regional Eleitoral a consulta em matéria eleitoral não tem natureza jurisdicional, mas, no caso, é ato normativo em tese sem efeitos concretos por se tratar de orientação sem força executiva com referencia à situação jurídica de qualquer pessoa em particular.

Assim sendo, não é cabível mandado de segurança para afastar ato dessa natureza, tendo em vista o princípio que se extrai da Súmula 266: 'Não cabe mandado de segurança contra lei em tese'.

Recurso ordinário a que se nega provimento." (grifei)

Vê-se, portanto, que as resoluções **emanadas** do TSE, **consubstanciadoras** de resposta, **em tese**, a uma simples consulta, **decorrem** da prática de uma competência materialmente administrativa, **de cujo exercício** resultam deliberações **desvestidas** de caráter vinculante.

Daí porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal - **mesmo** tratando-se de **respostas** dadas, **em tese**, pelo Tribunal Superior Eleitoral, **a consultas** feitas, **com fundamento** no art. 23, XII, do Código Eleitoral, por autoridade com jurisdição federal **ou** por órgão nacional de partido político - **firmou orientação** no

MS 26.603 / DF

sentido **de considerar insuscetível** de conhecimento **qualquer** ação direta de inconstitucionalidade **eventualmente** promovida contra tais resoluções, **notadamente** pelo fato de a compreensão revelada, "in abstracto", pelo TSE, **em sede** de mera consulta, **não se revestir** de eficácia vinculante, **desqualificando-se**, em consequência, **como objeto passível** de questionamento no âmbito do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Cabe referir, neste ponto, por necessário, **dentre** outros precedentes (**RTJ 134/1109**, Rel. Min. MOREIRA ALVES - **ADI 2.346/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - **o julgamento unânime**, emanado **do Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **que prestigiou** esse entendimento:

"(...) **Não-conhecimento** da ação direta de inconstitucionalidade, **no que concerne** às Resoluções referidas do TSE, **em respostas a consultas**, porque **não possuem** a natureza de atos normativos, **nem caráter vinculativo.**"

(**RTJ 188/448-450**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - **grifei**)

O que se pode depreender desse entendimento **é que a resposta** do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398/DF **constitui**, na presente ação mandamental, um **valiosíssimo** subsídio à tese sustentada pelo partido político ora impetrante.

MS 26.603 / DF

Torna-se claro, desse modo, que, mesmo que não existisse tal resposta, emanada do TSE, dada em sede de Consulta, ainda assim nada impediria que o PSDB, submetendo, diretamente, a sua pretensão à Presidência da Câmara dos Deputados, viesse, na hipótese de recusa (como ocorreu na espécie), a impetrar o presente mandado de segurança, perante esta Corte Suprema, veiculando, nele, o pleito ora em exame.

Nem se diga que o Tribunal Superior Eleitoral estaria impedido de responder, em tese, a temas de direito constitucional, o que - por haver ocorrido na espécie - teria o condão de fazer instaurar, no caso, situação de absoluta impossibilidade jurídica, a descaracterizar, por completo, a admissibilidade dessa ação mandamental.

Não se pode desconhecer, neste ponto, Senhora Presidente, na linha do magistério jurisprudencial firmado por esta Suprema Corte, que os órgãos do Poder Judiciário, inclusive os que integram a estrutura da Justiça Eleitoral, dispõem de competência para exercer o controle incidental, pela via difusa, da constitucionalidade dos atos estatais em geral (RTJ 158/976, v.g.) ou, como no caso, em se tratando de procedimento de Consulta, para examinar a tese nela veiculada em face dos princípios e cláusulas da própria Constituição da República, não se justificando, portanto, a alegação dos já

Supremo Tribunal Federal

MS 26.603 / DF

referidos litisconsortes passivos **de que só** ao Supremo Tribunal Federal **competiria** a apreciação da matéria objeto da Consulta nº 1.398/DF.

Desse modo, **rejeito**, também, essa questão prévia **concernente** à alegada impossibilidade jurídica da presente ação de mandado de segurança.

É o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by a long horizontal stroke that curves upwards at the end. Below this, there is a second, shorter horizontal stroke that also curves upwards at the end.

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/SEGUNDA PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, também no mandado de segurança do qual sou Relator esta questão preliminar foi levantada, de modo que lerei o meu voto nessa parte. Mas desde logo pedindo vênua ao Ministro Celso de Mello para divergir, porque não conheço do mandado de segurança.

O que se pede a esta Corte, neste mandado de segurança, é a declaração da vacância dos cargos de deputado federal eleitos pelo PPS que deixaram o Partido, determinando-se a convocação dos suplentes para que tomem posse. Portanto, um ato que se realizará imediatamente.

Eu digo aqui neste trecho o que se segue.

Há todavia outro aspecto a ser desde logo considerado, preliminarmente. É que ao examinar a Consulta 1.398, formulada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), o Tribunal Superior Eleitoral respondeu-a em termos positivos, "na forma do voto do relator e das notas taquigráficas". Afirmou então que os partidos e as coligações "têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda". Isso não foi porém afirmado em termos absolutos, senão apenas quando --- nos termos do voto do Ministro Cezar Peluso --- "sem justificção nos termos já expostos, ocorra cancelamento de



filiação ou de transferência de candidato eleito para outra legenda". Daí que o cancelamento de filiação e a transferência do candidato eleito para outra legenda justificar-se-ia na hipótese de mudança significativa de orientação programática do partido e de comprovada perseguição política dentro do partido.

Isso para dizer que a matéria reclama a consideração de fatos atinentes ao dinamismo de cada partido político e de cada candidato por ele eleito. Daí porque não vejo como tratar-se dessa questão --- a perda ou renúncia ao mandato pelo eleito --- sem que possa ele exercer plenamente direito de defesa, mediante a produção de provas, o que inviabiliza o debate a seu respeito em sede de mandado de segurança. É que o mandado de segurança exige direito comprovado de plano e aqui não se manifesta coisa como tal. O impetrante requereu à autoridade coatora "a posse dos deputados suplentes nas vagas pertencentes ao Partido Popular Socialista decorrentes da desfiliação dos deputados [...] eleitos pela legenda nas última eleições, conforme decisão do Tribunal Superior Eleitoral referente à Consulta n. 1.398" e pede a esta Corte a declaração de vacância dos cargos dos deputados federais eleitos pelo PPS que deixaram o partido, determinando-se a convocação dos suplentes para que tomem posse. Ora, para que se pudesse afirmar direito seu a essa declaração de vacância e convocação de suplentes para que tomem posse impor-se-ia adequada instrução probatória, incompatível com o rito do mandado de segurança.

Desejo insistir neste ponto. O direito do impetrante estaria comprovado de plano [= seria líquido e certo] se prontamente evidenciado que nenhum dos deputados por ele eleitos cancelou sua filiação em razão de mudança significativa de orientação programática sua [= dele, impetrante] ou de comprovada perseguição

política. Isso somente se daria se o direito à declaração de vacância e à convocação de suplentes para que tomassem posse fosse insuscetível de controvérsia e decorresse de "fato suscetível de ser cabalmente comprovado com documentos juntos à inicial, sem necessidade de provas complementares, pouco importando a complexidade das questões" [cf. BARBOSA MOREIRA, "Mandado de segurança - Ação popular - Ação direta de declaração de inconstitucionalidade, indicações de doutrina e jurisprudência", in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 122, págs. 31 a 34]. Recorro neste passo a lição do eminente Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO [Manual do mandado de segurança, 3ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 1.999, pág. 64]: "O que se impõe é que ao receber a impetração o Magistrado, prestadas as informações e ouvido o Ministério Público, tenha condições, sem qualquer exigência posterior à impetração no que concerne à prova dos fatos alegados e à lesão do direito do impetrante, de julgar o pedido de segurança". E prossegue [pág. 69]: "O que se exige para o cabimento do writ é que o direito público subjetivo invocado não deixe margem a qualquer dúvida razoável, ou seja, que possa ser identificado de plano, sem necessidade de investigação mais aprofundada".

Há, no caso, dúvida razoável a comprometer a liquidez e certeza do direito argüido pelo impetrante. Isso porque os Deputados dizem que deixaram os quadros do partido impetrante em razão da mudança do ideário da agremiação e de perseguições políticas internas. Ora, essas afirmações, embora não possam ser comprovadas no espaço restrito do mandado de segurança, colocam em xeque a postulação de liquidez e certeza no direito do impetrante. Sendo assim, não conheço da impetração.

Senhora Presidente, antes de terminar, peço um esclarecimento: no caso do mandado de segurança que o Ministro Celso de Mello é Relator, não foi pedida a declaração da perda?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): São três as postulações deduzidas pelo PSDB. A primeira, consistindo em ver preservadas as vagas; a segunda, caso acolhida a primeira, referente ao afastamento dos parlamentares acoimados de infiéis. E a terceira postulação, buscando a convocação dos suplentes fiéis vinculados ao PSDB.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Vossa Excelência me perdoe, antes de prosseguir no meu voto. Quero apenas dizer o seguinte: o que me preocupa é que quem faz as regras do pedido, ou quem pede, quem estabelece o pedido é o impetrante. Se o impetrante tivesse pedido uma outra coisa... Mas o que está pedindo é a declaração da perda do mandato político e a convocação do suplente. Ou seja, nesses limites estritos, se a ordem for concedida, esses deputados que são tidos --- não importa qualificá-los ---, de fato, deixaram o partido perderão o mandato sem ter a oportunidade de fazer a ampla defesa da qual fala a própria Constituição.

É nessa seqüência que vou terminar, rapidamente, o meu voto.

É que a Constituição do Brasil estabelece que a perda do mandato seja decidida pelo Plenário da Câmara dos Deputados nos casos dos incisos I, II e VI do seu artigo 55 [cf. § 2º do art. 55] e, nas hipóteses dos incisos III e V, pela Mesa da Câmara [cf. § 3º do art. 55]. Em todas essas hipóteses a Constituição assegura ao parlamentar, expressamente, ampla defesa. Inclusive quando se tratar

MS 26.603 / DF

de perda de mandato em razão de perda ou suspensão de direitos políticos e quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos nela previstos.

No caso dos autos o impetrante requer ao Presidente da Câmara dos Deputados, com fundamento não em determinado preceito constitucional, mas em resposta a uma consulta oferecida ao TSE, a declaração de vacância dos cargos de deputados federais, determinando-se a convocação dos suplentes para que tomem posse. Não encontro no texto da Constituição nenhum preceito ao qual se possa retirar a afirmação da competência do Presidente da Câmara dos Deputados para fazê-lo sem prévia manifestação do Plenário ou da Mesa da Câmara, após o pleno exercício, pelos deputados de que se cuida, de ampla defesa.

O que estou dizendo não é que eu não encontre um texto na Constituição que atribua competência para o Presidente da Câmara declarar a perda de mandato e convocar o suplente. O que não encontro é justificativa para que ele faça isso sem ouvir a Mesa ou o Pleno da Câmara, no mínimo. Em qualquer circunstância, sem o pleno exercício, pelos deputados de que se cuida, de ampla defesa.

Em suma: o impetrante pretende sejam declarados vagos cargos de deputado federal à margem do devido processo legal. Daí porque a petição inicial é inepta: formula pedido juridicamente impossível [art. 295 e parágrafo único do CPC]. Pois o Presidente da Câmara dos Deputados não poderia declarar aquela vacância sem o prévio exercício, pelos deputados, do direito de defesa e sem a anterior deliberação, a esse respeito, do Plenário ou da Mesa da Câmara --- uma ou outra, não é relevante neste passo estabelecermos qual delas. Veja-se bem que aqui estamos no plano de uma construção

pretoriana, mesmo porque a Constituição não contempla o cancelamento de filiação partidária e a troca de legenda como causa de perda ou de renúncia ao mandato. De todo modo, ainda que viesse a ser recusada a esses deputados a ampla defesa afirmada nos §§ 2º e 3º do artigo 55 da Constituição, a eles acudiria o disposto no inciso LV do seu art. 5º. Deixei de indeferir de plano a inicial por medida de prudência, mas neste passo deixo de conhecer da impetração.

Insisto neste ponto: o que está em debate neste momento não respeita ao fato de a Constituição afirmar, ou não, a fidelidade partidária. Gostaria imensamente, como cidadão, que afirmasse. O que se está a debater aqui, insisto neste ponto, é o fato de, se esta Corte conceder a segurança, declarar a perda de mandatos e convocar suplentes sem que os deputados atingidos por essa medida tenham podido exercer amplo direito de defesa.

Por essas razões que deixo de conhecer a impetração. Fiel ao que sempre entendi e aprendi, nos bancos da Faculdade, como essência do mandado de segurança e como essência do direito de defesa.



Supremo Tribunal Federal

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/SEGUNDA PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente, peço vênia ao Ministro Eros Grau, porque estou na seqüência, e, como as razões do meu voto basicamente foram elencadas pelo Ministro Celso de Mello e baseando-me na doutrina, como, por exemplo, a de Costa Manso, para o qual o que haverá de ser líquido e certo é fato sobre o qual incide o eventual direito invocado, sigo na mesma linha, conhecendo da ação e rejeitando, portanto, esta preliminar - também, no meu caso - argüida basicamente pelo Procurador-Geral da República, por mais um dos litisconsortes. *J*

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/SEGUNDA PRELIMINAR

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhora Presidente, o Ministro **Eros Grau** trouxe uma importante contribuição aos debates, evidenciando não só a sua cultura jurídica, como também a sua grande sensibilidade intelectual que todos nós reconhecemos.

Diga-se que essa divergência que grassa nesta Suprema Corte é a beleza da aventura jurídica, não fosse a Suprema Corte o que é ao longo de sua história.

Mas peço vênia ao meu eminente amigo, mestre e querido Colega Ministro **Eros Grau** para acompanhar o voto do Ministro **Celso de Mello**.

Entendo, como disse Sua Excelência Ministro **Celso de Mello**, que não estamos aqui a discutir ainda a essência da impetração da ordem de segurança, mas, sim, uma preliminar argüida relativa ao direito líquido e certo. E esta preliminar, sabido que o direito líquido e certo - para lembrar Orozimbo Nonato - é aquele sobranceiro a qualquer dúvida razoável, está imbricada diretamente com o próprio mérito da impetração.

Não fosse assim, ainda pedindo vênia ao eminente Ministro **Eros Grau**, é meu convencimento que não se pode inverter a liquidez e a certeza do direito, passando essa liquidez e certeza para o plano dos litisconsortes passivos e tirando, portanto, do plano do próprio impetrante. Mesmo porque, no plano dos litisconsortes, o que existe é o direito de defesa que será devidamente considerado quando chegarmos ao exame do mérito da impetração.

Mello

MS 26.603 / DF

O direito líquido e certo, portanto, na argamassa jurídica do mandado de segurança, pelo menos na minha modesta compreensão, está diretamente vinculado ao próprio impetrante. E, como disse Sua Excelência Ministro **Celso de Mello**, no caso concreto, o impetrante trouxe elementos essenciais para que o seu direito líquido e certo, no plano exclusivamente jurídico, pudesse ser apreciado.

Daí por que, transplantando para o mérito a questão relativa ao direito de defesa tão bem sublinhada pelo Ministro **Eros Grau**, peço vênias a Sua Excelência para acompanhar o voto do Ministro **Celso de Mello** e o da outra Relatora, Ministra **Cármem Lúcia**, e, então, suplantando a preliminar argüida.

03/10/2007

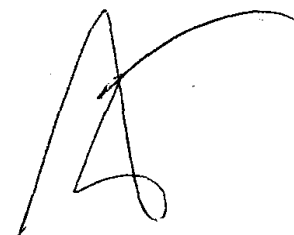
TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALV O T O

(S/SEGUNDA PRÉLIMINAR)

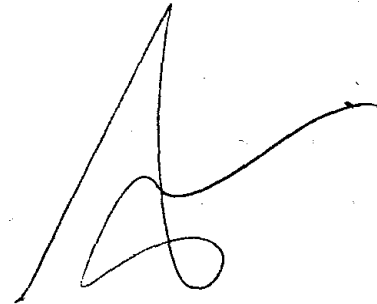
O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, a dúvida que assaltou o eminente Ministro Eros Grau também me assaltou no momento em que li as iniciais dos mandados de segurança. Mas, conforme consignou o Relator e também os demais Relatores das outras ações que estão em julgamento, ao que parece - digo ao que parece, porque não tive acesso aos autos -, os impetrantes juntaram à inicial documentos que noticiam fatos que, ao menos, em tese, podem revelar a existência de direito líquido e certo.

Portanto, num exame perfunctório e nessa primeira fase de cognição do mandado de segurança, entendo que os *mandamus* podem ser conhecidos, mas rejeito a preliminar, porque penso, tal como já foi ressaltado pelos eminentes Magistrados que me precederam, que essas preliminares se confundem, na verdade, com o mérito. E, portanto, me reservo a examinar a existênciá efetiva de direito líquido e certo na fase apropriada do presente julgamento.



MS 26.603 / DF

Então, pelo meu voto, pedindo vênua ao eminente Ministro Eros Grau, de cujas preocupações compartilho, acompanho o eminente Relator Ministro Celso de Mello, do primeiro mandado de segurança, e também a não menos eminente Ministra Cármen Lúcia.

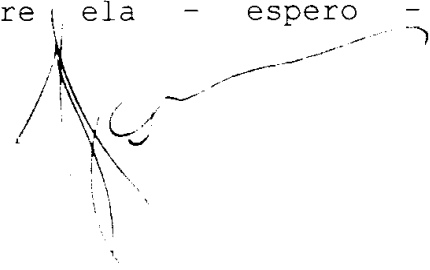
A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized capital letter 'A' followed by a horizontal stroke that curves upwards and then downwards, ending in a small loop.

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALVOTO S/SEGUNDA PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhora Presidente, também compartilho das preocupações do eminente Ministro Eros Grau, espero que a Corte venha a debater com profundidade os argumentos trazidos por Sua Excelência, mas penso que esta preliminar, efetivamente, se confunde com o mérito. Debateremos longamente sobre ela - espero - no julgamento do mérito.



03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALEXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, também espero, diante do que foi dito, que --- antes de entrarmos no mérito --- possamos permitir aos deputados abrangidos pelo pedido de cassação de perda de mandato o exercício da ampla defesa, não apenas a prestação de esclarecimentos no bojo do mandado de segurança. A não ser que se instale, então, uma instância de dilação probatória adequada a que as suas garantias constitucionais possam ser preservadas.

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALVOTO S/SEGUNDA PRELIMINAR

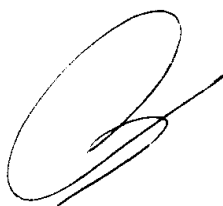
O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, também peço vênua ao Ministro Eros Grau para entender que a questão preliminar e a de mérito estão imbricadas, indissociavelmente. Aliás, Sua Excelência, na magnífica defesa que fez do seu ponto de vista, em verdade, avançou considerações de mérito entranhadamente, inclusive sobre a previsão ou não dessa hipótese de renúncia; previsão constitucional dessa hipótese de renúncia como a justificar, no entender de Sua Excelência, a oportunizar o contraditório e a ampla defesa. E isso é mérito, porque vamos debater, um pouco mais avante, se renúncia sendo ato unilateral e fora de qualquer acusação, de qualquer litígio, é exigente ou não de contraditório e de ampla defesa. Ou seja, é o próprio mérito da questão, porque, sem o reconhecimento da renúncia, não se dá a vacância; sem a vacância, não se faz convocação de nenhum suplente. Então, as coisas estão, efetivamente, entrelaçadas.



MS 26.603 / DF

E, nesse momento da discussão, suplanto, com tranquilidade intelectual, a preliminar e também rejeito o pedido do Ministério Público de não-conhecimento da ação mandamental.

#

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'B' with a horizontal stroke extending to the right.

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL**VOTO S/SEGUNDA PRELIMINAR**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, decerto porque a Constituição, ao regulamentar como garantia um remédio jurídico-processual, que, na doutrina, todos reconhecem como ação, acrescentou, para efeito de definição do seu objeto, que o mandado de segurança se presta à tutela de direito líquido e certo, tanto na jurisprudência como na doutrina - e isso se reflete ainda hoje, sobretudo, neste debate -, gerou certa perplexidade teórica em que, parece-me, há um problema de deslocamento metodológico e temático.

Mandado de segurança, em termos dogmáticos e positivos, não tem nada de diferente das demais ações; tem requisitos de existência como toda ação processual, que, na definição do sistema do Código, significa, pura e simplesmente, que, reunidas certas condições, o autor tem direito de ver o pedido julgado em qualquer sentido, positivo ou negativo, pelo juízo. E, quando falte um ou mais desses requisitos, diz-se que não tem direito de ação, de



MS 26.603 / DF

modo que não tem direito de ver o pedido examinado pelo mérito, para ser acolhido ou rejeitado.

Ora, analisando-se o mandado de segurança sob esse ponto de vista, não apresenta nada de particular, de singular, pois as mesmas condições que se exigem para as outras ações são exigidas para o mandado de segurança.

Quando se examina, portanto, a existência das condições da ação de mandado de segurança, é preciso ater-se àqueles três requisitos fundamentais que a doutrina e a jurisprudência reduzem a estas condições: a possibilidade jurídica do pedido, legitimação das partes e interesse processual. Evidentemente, as três condições estão presentes neste caso.

O problema se complica, quando se recorre à idéia da liquidez e da certeza do direito subjetivo que se afirma no mandado de segurança, situando-o no plano das condições de ação. Ora, esses requisitos não estão no plano da existência do direito de ação, isto é, no plano do direito de obtenção de uma sentença de mérito de qualquer conteúdo; estão no plano da tutela jurídica excepcional do mandado de segurança. Noutras palavras, o mandado de segurança só será concedido no caso de o pedido, podendo ser conhecido perante a existência das condições de ação,



MS 26.603 / DF

revelar direito líquido e certo. Liquidez e certeza do direito afirmado pelo impetrante não é condição de ação do mandado de segurança, mas requisito da tutela jurídica constitucional mandamental da ação de segurança.

Examinar se o direito afirmado pelo autor é, ou não, líquido e certo, no sentido de estar, ou não, provado o fato constitutivo do que invoca como direito subjetivo, é juízo que se situa no plano de conhecimento do mérito da ação. É preciso ultrapassar primeiro a barreira da existência, ou não, das condições da ação, para examinar se o pedido pode, ou não, ser acolhido à vista da prova da liquidez e certeza do direito subjetivo.

Ora, as preliminares, aqui, só podem ser examinadas no plano das condições da ação, que estão todas presentes. Agora, discutir se, de fato, o impetrante tem o direito subjetivo que afirma, se provou, ou não, os fatos constitutivos que como ônus tem de provar, entre os quais não se inclui a prova de fato negativo - que, como dizia o velhíssimo Acúrsio, seria **diabolica probatio** -, deslocando-se, de quem opõe uma objeção ao direito afirmado pelo autor, quem se situa no polo ativo, é matéria de mérito. Saber se o impetrante tem direito de obter a nomeação dos seus suplentes, a título de preservação das vagas em decorrência



MS 26.603 / DF

de desligamento infundado do partido, é uma questão de mérito. Saber se esse direito exige, ou não, defesa por parte daqueles que eventualmente perderiam o mandato, é questão de mérito, isto é, a questão mesma de saber se existe, ou não, o direito subjetivo do impetrante.

Portanto, Senhora Presidente, vou pedir vênia ao eminente Ministro Eros Grau, cujo voto de mérito, para mim, é sólido, mas de mérito. Não diz respeito a uma questão preliminar. Não concordo com S. Exa., nem dele discordo, só louvo a solidez e o brilho com que sustentou seu ponto de vista. Mas, para mim, sustentou já em matéria de mérito. Detenho-me no limiar da admissibilidade. Estamos no juízo prévio de admissibilidade, ou não, de decisão de mérito. Estamos a indagar, nas preliminares, se podemos, ou não, examinar o mérito dos pedidos de segurança, para saber, no plano de mérito, se existe, ou não, o direito subjetivo dos impetrantes a obter o que pretendem.

Ora, não vejo que falte qualquer requisito da existência do direito de ação, e, por conseguinte, com a devida vênia do eminente Ministro Eros Grau, acompanho o eminente Ministro Celso de Mello e a eminente Ministra Cármen Lúcia, Relatores, para rejeitar a preliminar, até porque o que os impetrantes pedem é substancialmente aquilo




MS 26.603 / DF

que foi afirmado pelo Tribunal. E, ainda que não fosse, isso não teria nenhuma relevância para o caso, porque se trata de uma afirmação e de julgamento absolutamente autônomo em relação à resposta da consulta do TSE. Poderia nem ter existido a consulta do TSE. Isto não alteraria nada, pelo menos em termos jurídicos, a questão posta nos três mandados de segurança.

Razão por que peço vênia e acompanho os dois eminentes Relatores.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Rapidamente, só para um breve esclarecimento e para tentar mostrar que não estou avançando, não avancei nada, como foi dito aqui que teria avançado.

Como essa hipótese não é prevista na Constituição expressamente...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vossa Excelência está dizendo que não existe o direito subjetivo, que não existe na Constituição. 

MS 26.603 / DF

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Não é isso. Deixe estar que, oportunamente, esclarecerei isso. Mas, para isso, eu precisaria terminar as minhas frases, pelo menos.

Como essa hipótese não está prevista expressamente [o artigo 55 da Constituição não trata dela], eu me convenço de que, a admitir-se que estivesse, a ela se aplicaria o que está previsto nos §§ 2º e 3º. Ou seja, será tomada a decisão no sentido da perda do mandato ou pela Mesa da Câmara ou pelo Plenário, mas sempre assegurada a ampla defesa. Ora, o que foi pedido neste mandado de segurança foi simplesmente que fosse declarada a vacância e fossem convocados os suplentes. E a autoridade coatora disse que não tem competência para fazer isso.

Então vem o mandado de segurança e atropela o direito de defesa assegurado pelo inciso LV da Constituição. Atropela o direito de defesa que, no meu modo de ver, aplicar-se-ia se a hipótese tivesse sido prevista no artigo 55. Tanto que, conhecendo do mandado de segurança, nós estamos admitindo que seria possível estruturar-se um direito líquido e certo sem exercício do amplo direito de defesa. É só isso.

É única e exclusivamente por essa razão que entendi que não há, no caso, certeza. A certeza do direito,

MS 26.603 / DF

no meu modo de ver, só existiria se efetivamente houvesse sido obedecido pela Câmara, de uma forma ou de outra, o rito, estabelecido na Constituição, que permitiria a ampla defesa. É única e exclusivamente por isso que estou levantando a minha dúvida com relação à certeza do direito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Pois é, Ministro Eros Grau, mas exatamente pelo que Vossa Excelência afirma que me pesa muito não poder acompanhá-lo. Se atropela, ou não, não o sei ainda, vou dizê-lo quando o Tribunal decida que podemos examinar o mérito. Se, por hipótese, admitisse que atropela, estaria simplesmente dizendo que falta um requisito da existência do direito subjetivo, ou seja, que não pode obter o que pediu à falta desse requisito que Vossa Excelência vê no artigo 55, cuja análise é plenamente de mérito.

Por isso mesmo é que Vossa Excelência, com todo o rigor e com toda a congruência, diz não ver certeza no direito. É exatamente isso que ainda não estou vendo, porque penso que não seja hora de ver. *fm*

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL**VOTO S/SEGUNDA PRELIMINAR**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente, peço vênica ao Ministro Eros Grau, louvo a sua preocupação.

Entendo que estamos, aqui, realmente a discutir tão-somente as condições da ação do mandado de segurança.

Por isso, acompanho os eminentes Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia e os votos, também, já proferidos nesse sentido.

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, é a primeira vez que proferirei voto fundamentado sobre a matéria. Não posso deixar de consignar que, afastada a sustentação feita da tribuna pelo Doutor Paulo Brossard, cheguei mesmo a imaginar que traidores e pecadores seriam aqueles que permaneceram nos partidos impetrantes.

O que há no caso? Há articulação a partir de uma quase vala comum da doutrina no que aponta que é a condição primeira do mandado de segurança o concurso, a existência de um direito líquido e certo, como se realmente direito líquido e certo fosse condição da ação mandamental, e não mérito.

Quantas e quantas vezes aparelhamos o processo revelador do mandado de segurança e chegamos ao julgamento de fundo, indeferindo a segurança e abrindo a via para a propositura da ação ordinária. Isso demonstra que a liquidez do direito não é, em si, condição da ação.

Na espécie, tem-se o atendimento da vetusta Teoria da Substanciação. Na inicial, foram apontados fatos incontroversos quanto à saída dos deputados dos partidos que respaldaram a caminhada nas eleições. Sustentam os impetrantes o próprio direito revelando a base - não sei se procedente ou não, muito embora tenha formado com os Colegas no Tribunal Superior Eleitoral sobre essa

conclusão -, que seria a existente no Direito posto, no Direito, inclusive, de envergadura maior, o constitucional.

Agora, se subsistente ou não o que articulado na inicial, decidiremos quando abrirmos realmente o embrulho para ver o que tem dentro. O relator, ministro Celso de Mello, ressaltou que teve o cuidado de citar - por isso não se pode cogitar da ausência do exercício de direito de defesa - os litisconsortes passivos, aqueles que, se procedentes as impetrações, serão alcançados pelo pronunciamento do Supremo.

Acompanho o relator, ministro Celso de Mello, os demais Colegas e, também, a ministra Cármen Lúcia. Já consigno que o argumento - que, para mim, seria *ad terrorem* - de o artigo 55 não contemplar essa situação jurídica como capaz de conduzir à perda do mandato, como se de cassação se tratasse, é esvaziado por completo pelo artigo seguinte da Constituição Federal, o artigo 56, que estampa as situações concretas em que não há a perda do mandato. Será que o abandono da legenda que se mostrou indispensável à eleição está previsto como a não levar à perda do mandato?

Procedamos à interpretação sistemática da Constituição Federal e notaremos que os artigos 55 e 56 não são preceitos exaustivos, mesmo porque o artigo 55 não é a sede para o deslinde da questão.

Acompanho, portanto, a maioria já formada, recusando a carência da ação suscitada.

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALVOTO S/TERCEIRA PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, no mandado de segurança do qual sou Relator, não foi argüida esta preliminar.

Por pura questão de coerência, vou manter-me isolado, vencido.

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/TERCEIRA PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente, o Procurador-Geral apenas fez essa referência, no processo de que sou Relatora, basicamente na ementa. Mas, de toda a sorte, por ter feito o Impetrante um aditamento e pedido exatamente - como determinou o Ministro Celso de Mello - a citação dos litisconsortes, eu o acompanho inteiramente. *cl*

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, apenas para consignar que os fatos narrados na inicial são notórios.

Supremo Tribunal Federal

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALVOTO S/QUARTA PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, da mesma forma, também não há esta preliminar no mandado de segurança de que sou Relator.

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/QUARTA PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente,
não há esta preliminar no processo de que sou Relatora, então estou
apenas acompanhando o Ministro Celso de Mello. *cl*

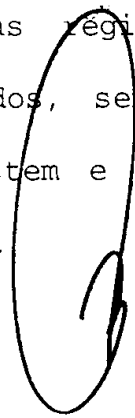
03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, apenas para consignar que partido político e casa legislativa não estão em terra sem lei. Surgindo conflito de interesses, tem-se a porta do Judiciário aberta para que o Estado-Juiz realmente dirima a controvérsia, restabelecendo a paz social - e com que conflito estamos aqui a nos defrontar. A feitura de justiça por mão própria é tipo penal. Vingaria, se possível essa justiça por mão própria, a predominância do mais forte.

Não há como concluir que se trata de conflito interno, de matéria regida estritamente pelas normas regimentais, mesmo porque a Constituição Federal submete a todos, sendo aquelas de observância obrigatória. Para isso elas existem e não para serem acionadas ao bel prazer das maiorias reinantes.



03/10/2007

TRIBUNAL PLENO**MANDADO DE SEGURANCA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL**

À REVISÃO DE APARTE DO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO.

VOTO S/QUARTA PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, gostaria de fazer uma observação, porque, embora sob outro ponto de vista isso tangencie o mérito da causa, aqui me parece que a preliminar está baseada numa confusão que tentei esclarecer já no meu voto proferido no Tribunal Superior Eleitoral, e que o eminente Procurador-Geral deu-me a honra de citar há pouco.

Aqui não se discute questão de fidelidade partidária, considerado o ponto de vista da disciplina interna do partido, isto é, das relações interiores entre o partido e seus afiliados, em termos de disciplina que a Constituição reserva aos estatutos do partido. Aqui se trata de discutir outra coisa, ou seja, se o fato objetivo de uma transmigração imotivada de um partido para outro ocasiona, ou não, a este título ou àquele outro, a perda do mandato. Então, são questões absolutamente diferentes.

Mas, ainda que se tratasse de questão entre partido e afiliados, se houvesse alegação de violação a




MS 26.603 / DF

algum direito subjetivo de raiz constitucional, ainda assim a questão não escaparia ao conhecimento da Corte.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sem falar que o § 1º do artigo 17, consubstanciador da reserva de estatuto, é em favor do partido e em desfavor dos candidatos, ou seja, aqui os impetrantes são os partidos. Essa exigência de fidelidade e disciplina partidárias se faz em prol das agremiações.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É um problema que nem se propõe, pois os parlamentares já não pertencem ao partido. Querem discutir relações entre eles e o partido? Isso já acabou.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Estou dizendo que, se alegação houvesse a fazer, seria dos próprios partidos, e não dos outros, contra quem existe essa cláusula de reserva de estatuto. 

Supremo Tribunal Federal

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALVOTO S/QUINTA PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, também essa preliminar não foi argüida no mandado de segurança do qual sou Relator, mas acompanho o Ministro Celso de Mello.

Supremo Tribunal Federal

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/QUINTA PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente, a presente preliminar foi objeto também do mandado de segurança de que sou Relatora. Fiz o levantamento de toda jurisprudência rigorosamente, como acaba de citar o eminente Ministro Celso de Mello.

E afirmo que:

"Apesar de a resposta à consulta não ter natureza jurisdicional nem efeito vinculante, nos termos da jurisprudência predominante nesta Casa ... (lê voto)... e não são eles aceitáveis para os fins pretendidos."

Senhora Presidente, Senhores Ministros, também tratei da questão - muito enfatizada por alguns - sobre a competência da Justiça Eleitoral. Não me vou alongar, porque até citei, entre outros, resposta do Ministro Marco Aurélio, na Consulta nº 1.153, na qual deixou consignado que:

"COMPETÊNCIA - CONSULTA - REGÊNCIA E NATUREZA DA MATÉRIA. A teor do disposto no inciso XII do artigo 23 do Código Eleitoral... (lê voto)... a resposta oferecida."

De toda sorte, cito ainda outros julgados, por exemplo, o Recurso Extraordinário Eleitoral nº 55.050, Relator Ministro Victor Nunes, que já, em 1964, tinha registrado que, "em qualquer processo da sua competência, inclusive consultas, o TSE pode decidir matéria constitucional".

De tudo isso enfim, concluí exatamente como o Ministro Celso de Mello. *ℳ*


Supremo Tribunal Federal

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/QUINTA PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhora Presidente,
eu não escapo à tentação de dizer que a consulta não é nem poderia jamais ser
objeto de mandado de segurança. 

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/QUINTA PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente, reservo-me para, em momento oportuno, fazer alguma consideração sobre a natureza da competência do Tribunal Superior Eleitoral nesta matéria.

Acredito que podemos aqui ter disputas doutrinárias, dogmáticas e jurisprudenciais, mas, conforme já antecipado pelo Ministro Cezar Peluso e, agora, ressaltado pelo eminente Relator, uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa.

A rigor, na verdade, o tema está devidamente posto perante a Mesa da Câmara dos Deputados. Houve uma indagação, houve um indeferimento; contra essa decisão vem o partido ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o pleito é absolutamente legítimo dessa perspectiva.

03/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, acredito que esta preliminar não tenha sido veiculada pelo Ministério Público. Foi?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator): Ela o foi pelos litisconsortes passivos necessários.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ainda bem, porque Sua Excelência atua no Tribunal Superior Eleitoral e distingue muito bem a edição de instruções das respostas que não criam direito algum nem afastam do cenário jurídico qualquer direito a consultas.

Penso que não há verdadeiramente uma preliminar porque o mandado de segurança não é como uma possessória, uma ação de mão dupla. Não podemos apreciar o pedido inicial como se houvesse a possibilidade de inversão desse mesmo pedido para atacar-se, o que não está sendo atacado nas impetrações, as respostas dadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

E cabe distinguir, na competência privativa do Tribunal Superior Eleitoral, a regulamentação, que aí, sim, é exclusiva, específica, do Código Eleitoral e legislação comum. O preceito cogita realmente da expedição de instruções que julgar conveniente a execução do Código, das respostas sobre matéria

eleitoral/gênero - pouco importando a origem da disciplina, se constitucional e legal -, da resposta a consultas.

Muito embora entenda que não há propriamente uma preliminar - e, certamente, se a resposta do Tribunal Superior Eleitoral fosse negativa, não teria sido veiculado esse tema de defesa -, consigno que não houve extravasamento, pelo Tribunal Superior Eleitoral, ao responder à consulta. Observou a Corte - certo ou errado, veremos na voz do Supremo - o próprio Código Eleitoral.

Rejeito, portanto, a matéria, recusando-me a cogitar de preliminar.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

IMPTE. (S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV. (A/S): JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(A/S)

IMPDO. (A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

LIT.PAS. (A/S): ATILA FREITAS LIRA

LIT.PAS. (A/S): PSB - PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO

LIT.PAS. (A/S): DJALMA VANDO BERGER

ADV. (A/S): JOSÉ ANTONIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA SILVA E
OUTRO(A/S)

LIT.PAS. (A/S): LEONARDO ROSÁRIO DE ALCÂNTARA

LIT.PAS. (A/S): ANTONIO MARCELO TEIXEIRA SOUSA

LIT.PAS. (A/S): VICENTE FERREIRA DE ARRUDA COELHO

LIT.PAS. (A/S): VICENTE ALVES DE OLIVEIRA

LIT.PAS. (A/S): PR - PARTIDO DA REPÚBLICA

ADV. (A/S): MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA E OUTRO(A/S)

LIT.PAS. (A/S): ARMANDO ABÍLIO VIEIRA

LIT.PAS. (A/S): PTB - PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO

ADV. (A/S): ITAPUÃ PRESTES DE MESSIAS E OUTRAS

Decisão: O Tribunal rejeitou, por unanimidade, as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir do impetrante, bem como a de impossibilidade do Poder Judiciário interferir em matéria interna e peculiar à organização dos Partidos Políticos, sujeita à reserva constitucional de estatuto, e a de impossibilidade jurídica do pedido por se embasar em consulta do Tribunal Superior Eleitoral. Por maioria, rejeitou a preliminar de ausência de liquidez e a de impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança, vencido o Senhor Ministro Eros Grau, que as acolhia para não conhecer do writ. Em seguida foi o julgamento suspenso. Falaram: pelo impetrado, o Dr. Fernando Neves da Silva; pelos litisconsortes passivos, Átila Freitas Lira, Djalma Vando Berger e Partido Socialista Brasileiro - PSB, o Dr. José Antônio Figueiredo de Almeida Silva; Leonardo Rosário de Alcântara, Antônio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Ferreira de Arruda Coelho e Vicente Alves de Oliveira, o Dr. Eduardo Ferrão; Partido da República - PR, o Dr. Marcelo Luiz Ávila de Bessa; Partido Trabalhista Brasileiro - PTB, o Dr. Itapuã Prestes de Messias; e, pelo Ministério Público Federal o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da

Supremo Tribunal Federal

República. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.
Plenário, 03.10.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário

04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

V O T O
(s/ mérito)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):

Como **anteriormente** relatado, o Partido da Social Democracia Brasileira - (PSDB) **impetra** mandado de segurança **contra** ato da Presidência da Câmara dos Deputados **que indeferiu requerimento** por ele formulado, **no qual** essa agremiação partidária **postulava** a "Declaração de vacância, por renúncia presumida, de mandatos exercidos por Deputados Federais eleitos sob aquela legenda que hajam mudado de filiação partidária" (fls. 42).

Esta impetração mandamental **foi motivada** pela resposta que o E. Tribunal Superior Eleitoral **deu** a uma **consulta** que lhe foi dirigida **e** em razão da qual essa Alta Corte judiciária **reconheceu** que os partidos políticos **e** as coligações partidárias **têm o direito** de preservar a vaga **obtida** pelo sistema eleitoral proporcional, **se**, não ocorrendo **razão legítima** que o justifique, **registrar-se ou o cancelamento** de filiação partidária **ou a transferência** para legenda **diversa**, do candidato eleito **por outro** partido.



MS 26.603 / DF

Tenho para mim, Senhora Presidente, fiel a um entendimento que externei, nesta Corte, em 11 de outubro de 1989, quando fiquei vencido na honrosa companhia dos eminentes Ministros SYDNEY SANCHES, CARLOS MADEIRA e PAULO BROSSARD (MS 20.927/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.), que se mostra inteiramente correta a tese acolhida pelo E. Tribunal Superior Eleitoral na resposta que deu à Consulta nº 1.398/DF, ocasião em que essa Alta Corte eleitoral, apoiando-se em fundamentos que guardam plena compatibilidade com os princípios e o sistema consagrados pela Constituição da República, reconheceu, em denso pronunciamento, que os partidos políticos - ressalvadas determinadas situações excepcionais - têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, nos casos em que haja pedido de cancelamento de filiação partidária ou de transferência, para legenda diversa, de candidato eleito por outro partido.

A controvérsia jurídica suscitada nesta sede processual põe em destaque o exame de diversas questões, muitas das quais impregnadas de qualificação constitucional, tais como a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder e na conformação do regime democrático, a importância do postulado da fidelidade partidária, o alto significado das relações entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe, o caráter eminentemente

MS 26.603 / DF

partidário do sistema proporcional e as relações de recíproca dependência entre o eleitor, o partido político e o representante eleito.

O eminente Ministro PAULO BROSSARD, quando Senador da República, em uma de suas muitas e luminosas intervenções naquela Alta Casa do Congresso Nacional, ao discutir a posição do parlamentar e os vínculos com o partido político sob cuja legenda se elegeu, expôs, de modo brilhante, um dos aspectos centrais veiculados na impetração do presente mandado de segurança ("Questão Fechada: Limites e Cabimentos", p. 03/06, 1982, Senado Federal):

"(...) **tempo houve** em que o partido político era uma entidade de fato. As pessoas **para serem candidatas e serem eleitas independiam** dos partidos políticos; ou, em outras palavras, **independiam** que as suas candidaturas **fossem adotadas** por partidos, em convenções partidárias; que as suas candidaturas **fossem registradas**, pelos partidos, na Justiça Eleitoral; que os votos **fossem contados**, para a legenda partidária, em primeiro lugar, **a fim** de se saber quantos são os eleitos por partido. **Houve tempo** em que se poderia chamar a democracia de atomística.

Nos últimos decênios, depois da Primeira Grande Guerra, **os partidos**, especialmente **após** a segunda, **passaram** a ganhar uma dimensão legal - **e até um** 'status' constitucional.

No Brasil, partidos **existiram** desde que ele se fez independente e a vida política passou a ser exercida normalmente.

Mas, só em 1945, pelo Código Eleitoral **daquele** ano, **a chamada** Lei Agamenon Magalhães, **é que o partido** foi erigido à categoria jurídica necessária para a formação

MS 26.603 / DF

dos corpos legislativos. **Mesmo** o Código Assis Brasil, o **Código de 1932**, que admitiu os candidatos partidários, **admitiu também** os candidatos extrapartidários; **eram** os candidatos avulsos.

De modo que foi um embrião da organização partidária, sob o ponto de vista legal. **Mas o partido poderia** ser uma pessoa jurídica de direito privado **se** os seus estatutos tivessem sido registrados no Registro de Títulos e Documentos, **nos termos** do Código Civil; **ou poderia** ser simples entidade de fato, **se não** tivesse registro. **A partir** do Código de 1945 **foi estabelecido** que **nenhum** candidato **poderia sê-lo** senão **através** de partido.

.....
Mas o Código Agamenon Magalhães, o Código de 1945, que **estabeleceu** como condição o registro de candidaturas **por partidos**, e prescreveu que os partidos deveriam ser nacionais, **não definiu** juridicamente os partidos, embora também ali já estivesse o gérmen da natureza publicística do partido político.

.....
O que é certo é que a Constituição de 46 **já menciona** os partidos políticos **em vários** dispositivos - **é a primeira** Constituição brasileira que assim o faz.

A cláusula constitucional, complementando-se pela legislação ordinária, **ou através** dela, **viria a configurar isto**: no Brasil, no Direito brasileiro, **o partido político** passou a ser pessoa jurídica de direito público, **entidade necessária** para a formação dos órgãos legislativos, dos poderes políticos, **porque não admitiu**, mas antes proibiu de fato, **a candidatura avulsa**, que existiu **anteriormente**.

Desse fato decorrem algumas conseqüências: **uma delas é que o parlamentar não é o dono exclusivo do mandato**, como era. **Não é inteiramente certa** a frase tantas vezes ouvida e tão repetida: 'O mandato que o povo me conferiu...' **Claro**, o mandato **é conferido** pelo povo, **mas através** de um partido. **Existe** a presença necessária do partido como partido (...). **Mas o partido também tem um direito: o direito ao mandato ou o direito ao lugar, à cadeira**, como se diz.

Peço licença para abrir um parêntese **e relatar fato** ocorrido no Rio Grande do Sul, **onde**, penso eu, **esta questão** foi discutida **pela primeira** vez em termos judiciais, **e decidido** pelo Tribunal de Justiça.

MS 26.603 / DF

Logo depois de uma eleição, o primeiro suplente do Partido Libertador, o candidato que, na ordem de votação, não fora eleito mas ficara como primeiro suplente, transmigra-se para outra agremiação. (...). Aberta a vaga na Bancada do Partido Libertador, aquele primeiro suplente, ou aquela pessoa que tinha ficado como primeiro suplente quando da apuração das eleições, mas que tinha se trasladado para outro partido, pretendeu a sua convocação e, então, surgiu o problema.

.....
A questão foi colocada em termos judiciais, porque a Mesa não acolheu a indicação do Líder (a Mesa era do outro partido...) e contra o ato da Mesa foi impetrado mandado de segurança. Por quem? Pelo partido (...), alegando o direito líquido e certo de ter, na Assembléia do Rio Grande do Sul, naquela legislatura, tantos Deputados. E o candidato que ficara como segundo suplente dizia ao Tribunal: 'Sou eu o primeiro suplente e não o segundo, porque o primeiro se desligou do partido, emigrou. Eu tenho o direito líquido e certo de ser convocado'.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (...) concedeu o mandado de segurança ao partido e ao suplente. Votaram neste sentido três desembargadores que vieram a ser ministros do Supremo Tribunal Federal: o Ministro Eloy José da Rocha, o Ministro Carlos Thompson Flores e o Ministro Pedro Soares Muñoz, desembargadores, todos eles àquele tempo, votaram no sentido que acabo de declinar.

Lembro este fato apenas como um elemento que me parece interessante porque, ao que eu saiba, foi a primeira vez em que esta questão foi colocada nestes termos judiciais e em que houve uma decisão judicial a respeito.

.....
Agora (...) veja só como essa situação se caracteriza nitidamente, não em relação a nós Senadores, que somos eleitos pelo critério majoritário e, então, não há quociente eleitoral, é eleito aquele que obtém maior número de votos, mas em relação à Câmara dos Deputados e às Assembléias Legislativas, o que pode ocorrer - e geralmente ocorre - é que a maioria, senão a quase totalidade dos eleitos não chega a preencher o quociente eleitoral, de modo que ele é eleito realmente, mas é eleito com a soma dos votos

MS 26.603 / DF

daqueles **que não** o foram. **Assim**, o seu direito **não é e não pode** ser um direito absoluto. **Quer dizer**, o direito do partido é um direito vivo, é um direito tangível, é um direito palpável. **Quantas e quantas vezes** é graças à **soma** dos votos partidários que os eleitos logram ser diplomados.

Vou além nesta análise, **e digo que**, quando o eleitor vota, **ele vota primeiro no partido**, depois no candidato, **porque** o voto dado ao candidato **pode não ser** aproveitado pelo e para o candidato, **mas o voto dado ao partido**, este é aproveitado **em primeiro** lugar. Ainda que em benefício **de outro** candidato." (grifei)

Vê-se, daí, o **alto significado** de que se revestem, em nosso sistema político-constitucional, as funções e a natureza da participação das agremiações partidárias no processo de poder e na própria conformação do regime democrático.

A **Constituição Federal**, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, **consagrou**, em seu texto, o **próprio estatuto jurídico dos partidos políticos**, definindo princípios, que, **revestidos** de estatura jurídica incontestável, **fixam** diretrizes normativas e **instituem** vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias, **consoante proclamou**, em decisões plenárias, esta Suprema Corte, **quando** do julgamento da **ADI 1.063/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 178/22-24) e da **ADI 1.407/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 176/578-580).

MS 26.603 / DF

A normação constitucional dos partidos políticos, desse modo, tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias - e somente a estas - o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos.

As agremiações partidárias, **como corpos intermediários que são**, posicionando-se **entre** a sociedade civil e a sociedade política, **atuam** como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.

Daí a observação de WILSON PEDRO DOS ANJOS e KÁTIA BRANDÃO SOARES ("**Manifestação Consultiva Jurídico-Eleitoral do TSE e seus Efeitos Práticos em Face de Exercente de Mandato Parlamentar**") **no sentido** de que "(...) há de se atentar para o fato de que, em tese, o discurso político proferido pelo candidato em sua campanha de angariar voto para sua eleição foi baseado nas disposições, diretrizes e programas do partido ao qual estava filiado, defendendo suas idéias e bandeira política para a formação do governo. E foi

MS 26.603 / DF

nisso que se depositou o crédito do eleitor, o qual acreditou que determinada noção conceitual de certa questão socioeconômica seria defendida no parlamento (...)", **tudo a atestar** - e a confirmar - **que existe uma relação** "entre o discurso político e a vontade do eleitor no exercício do voto".

Os partidos políticos, assim, tornam-se elementos revestidos de caráter institucional, **absolutamente indispensáveis** na dinâmica do processo político e governamental.

Por isso mesmo, a Lei Fundamental de Bonn, **promulgada** em 1949, **já definia**, claramente, **a função política** das agremiações partidárias: "Os partidos concorrem para a formação da vontade política do povo" (v. art. 21, nº 1).

Os partidos políticos constituem, pois, **instrumentos** de ação democrática, **destinados** a assegurar a autenticidade do sistema representativo. **Formam-se** em decorrência do exercício concreto da liberdade de associação consagrada no texto constitucional.

É tão relevante a nova disciplina constitucional **que rege e protege** os partidos políticos, **que a vigente** Lei Fundamental **reconheceu-lhes**, de maneira muito significativa, **capacidade** de auto-

MS 26.603 / DF

-governo, de auto-administração e de regência autônoma de seus próprios interesses, **excluindo**, em consequência, as agremiações partidárias, **nas matérias** postas sob reserva estatutária (CF, art. 17, § 1º), **até mesmo** do poder de ingerência normativa do Estado, **notadamente** da ação legislativa do Congresso Nacional.

Cabe reconhecer, neste ponto, **considerada** essa nova percepção constitucional do fenômeno partidário, que o **legislador constituinte** brasileiro - **pretendendo assegurar** a participação efetiva dos partidos políticos no processo de poder - **conferiu-lhes um grau de autonomia** que propiciou, **a tais entes**, especial prerrogativa jurídica consistente **no prevalectimento de sua própria vontade** em tema de definição de sua estrutura organizacional e de seu interno funcionamento.

O **postulado constitucional da autonomia partidária** - **além de repelir** qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos - **criou**, em favor desses corpos intermediários, **sempre que se tratar** da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento, **uma área de reserva estatutária** absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, **e a este plenamente oponível** toda vez que se esboçar, **nesse específico domínio**, qualquer ensaio **de ingerência**

MS 26.603 / DF

legislativa do aparelho estatal, **como o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **teve o ensejo de advertir** no julgamento da **ADI 1.063/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 178/22-24) **e de reiterar** no exame da **ADI 1.407/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 176/578-580).

O **alto significado** do princípio da autonomia partidária, em conseqüência, **embora iniba o legislador comum** de prescrever normas **que impliquem transgressão**, pelo Estado, dessa **específica** área que foi posta **sob reserva estatutária** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 386, item n. 9, 10ª ed., 1995, Malheiros), **não torna** as agremiações partidárias **imunes** à supremacia **de que se revestem** as normas **inscritas** na própria Constituição da República.

Não se pode deixar de ter presente que o princípio da autonomia partidária - **cuja matriz** repousa no art. 17, § 1º, da Constituição - **reflete**, no plano da evolução de nosso sistema constitucional, **como já destacado**, uma especial prerrogativa político-jurídica assegurada às agremiações partidárias, **em ordem a conferir-lhes**, naquilo que **exclusivamente** disser respeito à sua organização, estruturação e funcionamento, **um espaço de livre e autônoma deliberação**.

MS 26.603 / DF

A **essencialidade** dos partidos políticos, no Estado de Direito, **tanto** mais se acentua **quando** se tem em consideração **que representam eles** um instrumento decisivo **na concretização** do princípio democrático **e exprimem**, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, **um dos meios fundamentais no processo de legitimação** do poder estatal, **na exata medida** em que o Povo - fonte **de que emana** a soberania nacional - **tem, nessas agremiações, o veículo necessário** ao desempenho das funções de regência política do Estado.

Dai a exata observação de NORBERTO BOBBIO sobre o decisivo papel dos partidos políticos **no desenvolvimento** da democracia representativa **e**, ainda, **sobre** a realidade dos vínculos entre o corpo eleitoral, o Parlamento **e** os representantes eleitos, **expendendo** considerações que vale referir ("**Dicionário de Política**", obra conjunta com Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, verbete *Representação Política*, 2ª ed., 1986, Editora UnB):

"Mas sobretudo o que se deve ter em conta é a importância que no processo eleitoral assumiram os partidos tanto no aspecto de elaboradores e de apresentadores de programas políticos como no de organizações de gestão política. Partindo deste dado essencial, conclui-se que um modelo realista da representação, no caso de conter alguns elementos dos modelos já examinados, deverá colocar-se num plano completamente diverso. Hoje, o fenômeno da

MS 26.603 / DF

Representação política **deve ser olhado** como um fato global **mais** do que como uma série de relações de representação, reciprocamente independentes, **estabelecidas** entre os representantes e as circunscrições eleitorais. **O mecanismo** do qual brota a representação **é um enorme processo** de competição **entre** as organizações partidárias **pela conquista ou pela conservação** das posições parlamentares e governamentais, uma competição **regulamentada** e que se desenvolve frente a um público com funções de juiz. **Neste quadro**, o papel do representante individual não é definido de maneira absolutamente unívoca, **mas é suscetível** de assumir formas diferentes, **de acordo com a disciplina partidária**, das características da competição eleitoral e da cultura política. **No processo representativo** podemos ver na prática **duas seqüências-tipo**: 1) eleitores-partidos-representantes individuais; 2) eleitores-representantes individuais-partidos. Na **primeira seqüência**, **hoje a mais importante**, a relação primária corre entre os partidos e o eleitorado; **é diretamente a 'imagem partidária'** que é apresentada ao juízo eleitoral e **é sobre ela** que se exerce o controle. Os **representantes** individuais **têm um papel** quase só executivo. Na **segunda seqüência**, **menos importante**, mas não insignificante, **são estes** que constituem o canal representativo **entre** o eleitorado (sobretudo em nível local) e os partidos (ou seja, seus órgãos centrais de elaboração de imagem partidária). **Em ambos os casos**, o papel do representante **está diretamente ligado ao dos partidos (...).**" (grifei)

Vê-se, daí, que o **exame** da controvérsia jurídica delineada na presente causa **põe em evidência**, dentre os **vários** temas nela versados, **discussão relevante** sobre o mandato eletivo, **vale dizer**, sobre a existência, ou não, **quanto a ele**, de um duplo vínculo - o **vínculo partidário** (relação **entre** o partido político e o candidato eleito) e o **vínculo popular** (relação **entre** o cidadão e o representante por ele eleito).

MS 26.603 / DF

Já tive oportunidade de ressaltar, nesta Suprema Corte, que as concepções em torno da natureza do mandato representativo, no moderno constitucionalismo, evoluíram no sentido de, nele, vislumbrar-se a existência de um duplo vínculo: o de caráter popular e o de índole partidária.

O mandato decorrente da investidura político-eleitoral constitui a expressão formal tanto de uma representação popular como de uma representação partidária.

Esse novo sentido do mandato representativo conduziu ao fortalecimento da vinculação partidária, cuja realidade não pode ser desconhecida na análise do tema do mandato eletivo.

Em nosso direito eleitoral, as candidaturas representam um monopólio dos partidos políticos, inexistindo, em consequência, a possibilidade de candidaturas extrapartidárias. O Código Eleitoral é peremptório ao preceituar, em seu art. 87, que somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por agremiações partidárias.

MS 26.603 / DF

O monopólio partidário das candidaturas é tão inquestionável que gera, como natural consequência, a nulidade, para todos os efeitos, dos votos dados a candidatos não registrados por partidos políticos.

Desse monopólio, resulta a exigência de prévia filiação político-partidária, como requisito ou pressuposto de elegibilidade. Trata-se de condição hoje expressamente alçada ao plano constitucional.

A vigente Constituição brasileira, ao prescrever em seu art. 14, § 3º, as condições de elegibilidade a serem observadas pelo legislador eleitoral, referiu-se à filiação partidária. CELSO RIBEIRO BASTOS ("Comentários à Constituição do Brasil", vol. 2/584, 1989, Saraiva), ao analisar o preceito constitucional em questão, expressou juízo categórico: "Estamos em um regime democrático com sustentação partidária. Aos partidos políticos cabe a intermediação entre o povo e os governantes. Para que este regime partidário prevaleça, torna-se necessária a filiação partidária" (grifei).

Esse aspecto demonstra quão significativa é a participação dos partidos políticos no processo de poder, pois - insista-se - o sistema jurídico-eleitoral, notadamente aquele

MS 26.603 / DF

pertinente à representação proporcional, **estabelece** um vínculo especial **entre** a comunidade dos eleitores **e as** agremiações partidárias **que se tornam destinatárias** dos votos por eles manifestados.

Dai a precisa observação constante do douto voto **proferido** pelo eminente Ministro CESAR ASFOR ROCHA, **Relator** da Consulta nº 1.398/DF, que, **depois de assinalar** que dezenas de parlamentares **eleitos** em 2006 "abandonaram as siglas partidárias sob as quais se elegeram" **e de acentuar** que, "dos 513 deputados federais eleitos, **apenas 31 (6,04%)** alcançaram, **por si mesmos**, o quociente eleitoral", **assim se pronunciou** sobre o caráter **eminentemente** partidário do mandato outorgado, **no contexto** do sistema proporcional, aos Deputados:

"(...) **Creio** que o tempo presente é o da afirmação da prevalência dos princípios constitucionais sobre as normas de organização dos Partidos Políticos, **pois** sem isto se instala, nas relações sociais e partidárias, uma alta dose de incerteza e dúvida, semeando alterações ocasionais e fortuitas nas composições das bancadas parlamentares, com grave dano à estabilidade dessas mesmas relações (...).

(...) **na verdade**, além dos já citados dispositivos constitucionais definidores das entidades partidárias e atribuidores das suas insubstituíveis atribuições, **veja-se que o art. 108** do Código Eleitoral **evidencia** a ineliminável dependência do mandato representativo ao Partido Político, **permitindo** mesmo afirmar, sem margem

MS 26.603 / DF

de erro, que os candidatos eleitos o são com os votos do Partido Político.

Este dispositivo já bastaria para tornar indubitosa a assertiva de que os votos são efetivamente dados ao Partido Político; **por outro lado** essa conclusão vem reforçada no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, **ao dizer** que serão contados para o Partido Político os votos conferidos a candidato, que, **depois** da eleição, **seja** proclamado inelegível ou que tenha o registro cancelado; o art. 176 do mesmo Código **também manda** contar para o Partido Político os votos proporcionais, nas hipóteses ali indicadas.

Tudo isso mostra que os votos **pertencem** ao Partido Político, pois, do contrário, **não teria** explicação o seu cômputo para a agremiação partidária nos casos mencionados nos referidos dispositivos do Código Eleitoral; **se** os sufrágios **pertencem** ao Partido Político, curial e inevitável dizer que o mandato eletivo proporcional, por igual, **pertence** ao grêmio partidário, **como consequência** da primeira afirmação." (grifei)

Esse **mesmo** entendimento **acha-se expresso** no douto voto que o eminente Ministro MARCO AURÉLIO **proferiu**, como Presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral, **quando** do exame da já referida Consulta nº 1.398/DF, **ocasião** em que Sua Excelência **também destacou**, com especial ênfase, a questão do mandato eletivo, **sob a perspectiva** de sua vinculação **eminentemente** partidária, **ainda mais se analisada** no plano do sistema representativo proporcional.

Também o eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, **ao votar** nesse mesmo procedimento de consulta **e após** referir a norma da **própria** Constituição que **assegura**, aos partidos políticos, o direito ao funcionamento parlamentar, **reconheceu**, em síntese, que "(...) o

MS 26.603 / DF

eleitor vota, no exercício da sua soberania, em determinado candidato, registrado por um partido político", **de maneira** "(...) que o mandato pertence ao partido, e não ao candidato por ele registrado e afinal eleito. Isto em se tratando de eleição pelo sistema proporcional".

O eminente Ministro CEZAR PELUSO, por sua vez, em seu substancioso voto dado em resposta à Consulta nº 1.398/DF, **assinalou**, com apoio em sólidas reflexões teóricas sobre os fundamentos, a natureza e a função democrática do regime representativo proporcional, **ser lícito concluir** "que, no próprio seio do conteúdo significativo da expressão '**sistema proporcional**', está o primado dos partidos políticos e sua conseqüente titularidade sobre as cadeiras conquistadas nas eleições. E a conclusão vale assim para as Assembléias Legislativas, como para as Câmaras de Vereadores, 'ex vi' do art. 84 do Código Eleitoral".

Vê-se, portanto, **na linha** desse **correto** entendimento, que a figura institucional do partido político **está na base** da representação política e do modelo democrático, **extraindo**, portanto, **a sua primazia**, "como instrumento indispensável à realização do ideal democrático, no papel de ente intermediário entre o povo e o Estado" (MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO, "**Sistemas Eleitorais X**

MS 26.603 / DF

Representação Política", p. 292, Tese de Doutorado, 1987, São Paulo), **do próprio** sistema de nossa Constituição, **a tornar pertinente**, no caso brasileiro, **o pensamento lapidar** de MAURICE DUVERGER ("Os Partidos Políticos", trad. por Cristiano Monteiro Oiticica, Zahar Editora, 1970), **para quem**, "sem partidos, o funcionamento da representação política, ou seja, a própria base das instituições liberais é impossível".

O que se mostra importante no exame desta controvérsia mandamental, pois, **é o fato** de que o Supremo Tribunal Federal, **para resolver** o litígio em causa, **deverá** ter por premissa básica o reconhecimento de que a organização partidária **extrai a sua primazia**, enquanto centro do sistema político, **do regime** representativo proporcional, **cuja matriz constitucional** encontra o seu próprio fundamento no art. 45 da Constituição da República.

O tema suscitado na presente causa, portanto, **deve ser examinado** sob uma dupla perspectiva - **(a) a da fidelidade** do representante eleito **ao partido político** sob cuja legenda se elegeu **e (b) a da fidelidade** daquele que se elegeu **aos cidadãos** integrantes do corpo eleitoral -, **de modo a se reconhecer** que o ato de infidelidade, **quer** à agremiação partidária, **quer, sobretudo, aos eleitores**, traduz um gesto de **intolerável** desrespeito à vontade

MS 26.603 / DF

soberana do povo, fraudado em suas justas expectativas e frustrado pela conduta desviante daquele que, pelo sufrágio popular e por intermédio da filiação a determinado partido, foi investido no alto desempenho do mandato eletivo.

Vê-se, daí, que a pretensão ora deduzida nesta sede mandamental tem por suporte o reconhecimento de que a "transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda" configura - segundo sustenta o PSDB - transgressão, por infidelidade, aos vínculos que se estabelecem, de um lado, entre o candidato eleito e o partido político sob cuja legenda se elegeu (vínculo partidário) e, de outro, entre o candidato eleito e o cidadão que o escolheu (vínculo popular).

Episódios notórios e lamentáveis de nossa recente história político-eleitoral, que registram sucessivas transmigrações partidárias, com desrespeito evidente e frontal à vontade soberana dos eleitores, à lealdade aos compromissos programáticos e doutrinários dos partidos políticos de origem e ao próprio sistema de representação proporcional, evidenciam um comportamento que ofende a própria integridade do modelo consagrado pela Constituição e rompe, de modo unilateral, em detrimento de agremiações partidárias e do corpo eleitoral, o pacto de adesão a princípios, a

MS 26.603 / DF

visões de mundo e a vínculos ideológicos, o que confere, por isso mesmo, grande atualidade às palavras que o eminente Ministro PAULO BROSSARD pronunciou, nesta Suprema Corte, em voto vencido, na linha de um entendimento - por mim então perfilhado - que buscava atribuir relevo e viabilizar a própria consolidação da organização partidária, além de tornar efetivo o respeito à vontade soberana do eleitor:

"(...) **os partidos** começaram a existir como fato social, **sem** qualquer disciplina legal. **Na medida** em que se prolongaram no tempo, com maior ou menor identificação no curso dos acontecimentos, **converteram-se** em instituições. **As constituições** os ignoravam, **mas eles passaram** a desempenhar funções indeterminadas, mas relevantes, **decorrentes** das necessidades políticas. **No Brasil**, desde a Regência até a queda do Império, **dois partidos** exerceram essas funções, e **mais tarde**, a partir de 1870, **o Partido Republicano** nasceu e entrou a crescer, **sem** que lei alguma regulasse sua existência ou funcionamento. **Eram entidades de fato**, sem personalidade jurídica. **Todo o mundo sabia**, no entanto, que Bernardo Pereira de Vasconcellos, Abaeté, Rio Branco, Caxias, Uruguai, Cotegepe, João Alfredo, **eram conservadores**, e que Nabuco, Saraiva, Zacarias, Osório, Câmara, Silveira Martins, Dantas, Ouro Preto, **eram liberais**; e, ainda, que Saldanha Marinho, Quintino, Campos Salles, Américo Brasiliense, Prudente de Moraes, **eram republicanos**. Nas primeiras décadas da vida parlamentar, **houve** mudanças de partidos. **A mais célebre foi a de Bernardo**, que **a justificou** de maneira clara e limpa, **como era do seu feitio**:

'fui liberal; então a liberdade era nova no país, estava nas aspirações de todos, mas não nas leis, não nas idéias práticas; o poder era tudo; fui liberal. Hoje, porém, é diverso o aspecto da

MS 26.603 / DF

sociedade; os princípios democráticos tudo ganharam e muito comprometeram; a sociedade, que então corria risco pelo poder, corre agora risco pela desorganização e pela anarquia. **Como então quis, quero hoje servi-la, quero salvá-la, e por isso sou regressista. Não sou trãnsfuga, não abandono a causa que defendi** no dia dos seus perigos, da sua fraqueza; **deixo-a** no dia em que tão seguro é o seu triunfo, que até o excesso a compromete'.

Passado o período de formação e consolidação dos partidos, a partir da metade do segundo reinado, não me lembro de um político de projeção que tenha mudado de partido. Assim os partidos se formaram e se estruturaram de norte a sul, sem que um parágrafo de lei cuidasse deles ou a eles fizesse menção." (grifei)

Vê-se, desse contexto histórico, **que as palavras** desse eminente político mineiro, desse grande vulto do Império, Bernardo Pereira de Vasconcellos, **acham-se impregnadas** da rara qualidade, tão exaltada pelos romanos, que é a "gravitas", **a atestar** a seriedade e a fidelidade com que os parlamentares procediam em suas relações com as organizações partidárias **então** existentes.

Lamentavelmente, hoje, no entanto, **os deveres** de respeito à vontade do eleitor e de fidelidade ao partido sob cuja legenda se deu a eleição **não têm merecido** a reverência que lhes deveria ser dispensada pelos representantes escolhidos mediante sufrágio popular, **os quais** - segundo revelam os registros eleitorais - **expõem-se**, muitas vezes, a situações verdadeiramente patéticas, **como** a daquele membro da Câmara dos Deputados, **eleito** pelo povo de um

MS 26.603 / DF

importante Estado da Região Sul deste País, e que, **filiado**, originariamente, ao PMDB, **iniciou**, no entanto, o exercício do mandato representativo, em fevereiro/2007, pelo PAN, **transferindo-se**, logo após, para o PTB e **achando-se**, agora, **em outra** agremiação partidária.

Observo que esse **mesmo** parlamentar, **na legislatura anterior**, já se filiara ao antigo PFL, **mudando-se**, em seguida, para o PSB.

É preciso reconhecer, portanto, Senhora Presidente, **considerado** esse estado de coisas, **que a exigência** de fidelidade partidária **deve traduzir**, na concreção do seu alcance, **um valor constitucional** revestido de elevada significação político-jurídica, **a que se impõe dar consequência**, no plano institucional, **sob pena** de inibição de seu conteúdo eficaz e de desrespeito, **não só** ao partido político, **mas**, sobretudo, **à vontade soberana** do eleitor.

Tenho para mim, por isso mesmo, Senhora Presidente, **considerada a essencialidade** dos partidos políticos no processo de poder (**RTJ 158/441-442**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **que não se pode desconhecer** o alto significado que assume, **na prática** da representação política, o **instituto** da fidelidade partidária,

MS 26.603 / DF

enquanto valor constitucional **impregnado** de múltiplas conseqüências, **valendo referir**, a esse propósito, **dentre** outros autores (AUGUSTO ARAS, "**Fidelidade Partidária - A Perda do Mandato Parlamentar**", p. 337/354, 2006, Lumen Juris), o **magistério** de VÂNIA SICILIANO AIETA ("**Reforma Política**", tomo V/67-147, 2006, Lumen Juris), **que identifica**, no ato de infidelidade partidária, **causa geradora** do reconhecimento do direito da agremiação partidária de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional eleitoral:

"O abandono da legenda pelo representante infiel tem desfalcado, sem restituição, a representação parlamentar dos partidos, fraudando a vontade do eleitorado e lesando o modelo de democracia representativa dos povos mais esclarecidos.

A concretização e a aplicação do '**princípio constitucional da fidelidade partidária**' formulam-se como uma necessidade absolutamente **indispensável** da ordem do dia, **porque o sentido** da distribuição da eleição proporcional **é exatamente o de conferir o mandato ao partido político e não ao candidato.**" (grifei)

Bastante significativo, no ponto, **é o entendimento** de AUGUSTO ARAS, ilustre Professor e Procurador Regional da República, **expresso em preciosa monografia** sobre o tema ora em exame ("**Fidelidade Partidária: A Perda do Mandato Parlamentar**", p. 295/296, item n. 5.1.2, 2006, Lumen Juris), **na qual - após** relembrar, **com especial ênfase**, que, no presente sistema de partidos, **revela-se essencial** o reconhecimento **do dever de respeito**,

MS 26.603 / DF

pelos representantes eleitos, aos compromissos programáticos da agremiação partidária - observa que se registra a formação de um novo modelo de representação, em cujo âmbito se harmonizam as relações entre o partido político, o candidato eleito e o próprio eleitor:

"Partindo dessa premissa, **é legítimo afirmar** que o Parlamento é composto **menos** por políticos 'per se' **que por partidos**, bem como que os interesses partidários devem sobrepor-se aos interesses individualizados de seus filiados.

É oportuno mencionar parte da doutrina de LÉLIO BASSO:

'[...] **A passagem** do regime parlamentar **para o regime de partidos** significa propriamente **que a função do povo soberano** não se limita **somente** à eleição de parlamentares, **mas, sim, que consiste também na eleição** de uma direção política e no controle permanente dos eleitos, **o que traz** como conseqüência **que os parlamentares, chamados** a aplicar aquela determinada direção política eleita pelos eleitores, **não podem** em nenhum caso exercitar o próprio mandato **segundo sua própria e exclusiva vontade, mas, sim, que estão obrigados** a uniformizar a vontade popular que se expressa constitucionalmente **através dos partidos.**'

Como o fortalecimento da democracia representativa **passa pelo fortalecimento** dos partidos políticos, **há de se concluir** que nos Estados de Partidos parcial o titular do mandato já é o partido político - **e não** o seu filiado eleito por sua legenda -, **na perspectiva** de um novo modelo denominado 'mandato representativo partidário', **que se apresenta** como resultado da evolução dos 'mandatos imperativo e representativo' **oriundos**, respectivamente, do 'Ancien Régime' e do Estado liberal.

O 'mandato representativo partidário' opera a partir da conjugação de elementos comuns aos modelos precedentes ('mandatos imperativo e representativo')

MS 26.603 / DF

para fazer brotar uma nova concepção de mandato político **em que este** tem por titular o partido e está baseado:

a) **na subordinação** do eleito ao estatuto e ao ideário programático do seu partido por meio do qual o obteve, a espelhar a confiança do povo na agremiação, como única realidade da técnica político-jurídica hábil a representar aqueles valores em torno dos quais se opera o 'consenso social' pelo voto da maioria;

b) **na representação** que o partido político recebe dos eleitores para agir em seu nome (autorização), cujo exercício há de se dar por meio dos seus filiados ante a sua qualidade de pessoa jurídica (realidade da técnica político-jurídica) que não dispõe de corpo físico para tanto. (...).

.....

As conseqüências práticas dessas ponderações **podem** ser visualizadas na hipótese em que um parlamentar, durante o exercício do mandato, decide sair do partido, sem motivo legítimo, **enfraquecendo**, com isso, a força política da agremiação na casa legislativa e no governo.

A mudança imotivada de partido se afigura como ato abusivo que não se coaduna com a ordem democrática, **tendo em vista** que, **além** da filiação ser requisito prévio de elegibilidade, **poucos são os concorrentes** nas eleições proporcionais **que conseguem** obter votos suficientes para atender ao quociente eleitoral e se elegerem." (grifei)

O **direito vindicado** pelos partidos políticos **afetados** por atos de infidelidade partidária **não** nasce **nem** surge da resposta que o TSE deu à Consulta que lhe foi submetida, **mas representa** **emanação direta** do próprio texto da Constituição, **que a esse mesmo** **direito confere** realidade e **dá** suporte legitimador, **especialmente** em

MS 26.603 / DF

face dos fundamentos e dos princípios estruturantes em que se apóia o Estado Democrático de Direito, como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V).

Não se trata, portanto, de impor, ao parlamentar infiel, a sanção da perda de mandato, porque de punição não se trata, como expressamente o reconheceu o E. Tribunal Superior Eleitoral na resposta dada à Consulta nº 1.398/DF.

E a razão é simples. É que a Constituição protege o mandato parlamentar. A taxatividade do rol inscrito em seu art. 55, que define em "numerus clausus" as hipóteses de perda do mandato, em caráter punitivo, representa verdadeira cláusula de tutela constitucional destinada a preservar a própria integridade jurídica do mandato legislativo. Por isso mesmo, não há mais que se aludir à cassação do mandato representativo por ato de infidelidade partidária. Essa possibilidade - introduzida como sanção jurídica imponível ao parlamentar infiel pela Carta de 1969 (e reclamada, historicamente, entre nós, já sob a égide da Constituição de 1946, por João Mangabeira) - foi suprimida pela EC nº 25/1985, deixando de ser renovada, em caráter de punição, pela Constituição vigente.

MS 26.603 / DF

Na realidade, segundo entendo, o fundamento real que **justifica** o reconhecimento de que o partido político **tem direito subjetivo** às vagas conquistadas **mediante** incidência do quociente partidário **deriva** do mecanismo - **consagrado** no próprio texto da Constituição da República - **que concerne** à representação proporcional.

Daí a corretíssima observação feita, em seu **substancioso** voto, pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO, **quando do exame** da Consulta nº 1.398/DF:

"Ora, a questão que a consulta suscita sobre a 'legitimidade do mandato representativo proporcional' tem outro fundamento, voltado ao fato externo do cancelamento de filiação ou da transferência de partido, à luz da relação entre o 'representante' e o 'eleitor', intermediada pelo partido. Afere-se, aqui, não a fidelidade partidária, mas a 'fidelidade ao eleitor'!

E, neste passo, estou convencido de que, por força de 'imposição sistêmica' do mecanismo constitucional da representação proporcional, 'as vagas obtidas por intermédio do quociente partidário pertencem ao partido'. Daí, aliás, a irrelevância absoluta da circunstância de já não constar, do ordenamento vigente, nenhum texto expresso a respeito. (...).

Ora, o art. 14, § 3º, inc. V, da atual Constituição da República, regulamentando o disposto no § único do art. 1º, no aspecto da democracia representativa, sublima a filiação 'partidária' à condição necessária de elegibilidade. De modo que, como tal filiação constitui 'requisito e pressuposto constitucional do mandato', o cancelamento dela ou a transferência do partido por que se elegeu o candidato, quando não seja

MS 26.603 / DF

justificado, tem por efeito, já do ângulo dessa norma, a preservação da vaga na esfera do partido de origem.

.....
Insisto no ponto de crucial importância para a resposta à consulta: 'a vinculação candidato-partido é imanente ao próprio sistema representativo proporcional adotado pelo ordenamento jurídico'.

Sobre em nada entender-se com os limites da fidelidade partidária objetivada na previsão do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, **a consulta propõe a questão mesma** da relação indelével entre o candidato eleito e o partido por que o foi, **segundo a qual** a consequência jurídica da atribuição da vaga ao partido 'tem fundamento constitucional autônomo', que não está apenas no art. 14, § 3º, inc. V, mas também, reafirmado, no alcance do art. 45, **que estatui:**

'Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal'.

Ora, escusaria retomar o discurso acerca dos fundamentos, da natureza e da função democrática do regime representativo proporcional para concluir, sem esforço, que, no próprio seio do 'conteúdo significativo' da expressão 'sistema proporcional', está o primado dos partidos políticos e sua consequente titularidade sobre as cadeiras conquistadas nas eleições. E a conclusão vale assim para as Assembleias Legislativas, como para as Câmaras de Vereadores, 'ex vi' do art. 84 do Código Eleitoral.

Observe-se, por fim, que não se está a propor, de forma alguma, restrição ou embaraço à liberdade de filiação partidária, **nem** à liberdade de consciência, **e, tampouco, cassação, perda ou suspensão** de direitos políticos, cujos valores são também tutelados pela Constituição da República **e não se indispõem**, em ponto algum, **com o reconhecimento** de que toda mudança injustificada de partido aniquila o fundamento estrutural que dá legitimidade ao exercício do mandato pelo representante.

.....
Não se trata, sublinhe-se, de sanção pela mudança de partido, **a qual não configura 'ato ilícito', mas do**

MS 26.603 / DF

reconhecimento da inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo, como efeito sistêmico-normativo da realização histórica ('fattiispecie concreta') da hipótese de desfiliação ou transferência injustificada, entendida como ato culposo incompatível com a função representativa do ideário político em cujo nome foi eleito. Tal é a óbvia razão por que não incide, na hipótese, a norma do art. 55 da Constituição da República, em cujo âmbito a perda do mandato é reação do ordenamento a atos ilícitos e, como tal, é sanção típica. Mudar ou desfiliar-se de partido é ato lícito!" (grifei)

O ato de infidelidade, seja ao Partido Político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, mais do que um desvio ético-político, representa um inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por razões justas, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem - desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas -, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular, e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política.

Uma das conseqüências **mais relevantes** do sistema eleitoral proporcional, **consagrado** pela Constituição, **consiste em**

MS 26.603 / DF

viabilizar a presença de correntes minoritárias de pensamento no âmbito do Parlamento.

Isso significa que violar o sistema proporcional representa mutilar o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos e ofendendo-lhes, assim, um direito - notadamente o direito de oposição - que deriva dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político.

Não se revela possível desconsiderar, por isso mesmo, a própria "ratio" subjacente ao preceito normativo inscrito no art. 45 da Constituição, cujo fundamento político-jurídico - de que deriva a necessidade de respeito incondicional às minorias sociais - atua como verdadeiro pressuposto de legitimação da ordem democrática, tal como adverte o próprio magistério da jurisprudência dos Tribunais, em particular a magnífica decisão que emanou do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (RT 442/193-210, 195):

"A atuação dum governo democrático e responsável ante o povo requer, pois, o curso de uma oposição que desempenhe a dupla função do princípio motor e de órgão de proteção da Constituição.

MS 26.603 / DF

Se um dos vários setores da coletividade está descontente, nada serve melhor, nem com mais eficácia, para expressão desse descontentamento, que a conduta da oposição parlamentar.

.....
Não há, na realidade, regime democrático sem oposição e que a esta se assegure o pleno direito de fiscalizar os atos do grupo majoritário e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições." (grifei)

Também o eminente Professor PINTO FERREIRA ("Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) demonstra igual percepção do tema ao enfatizar - com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária - que a essência democrática de qualquer regime de governo apóia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a "Majority rule" e os "Minority rights":

"A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias políticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos

MS 26.603 / DF

das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: 'Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro'. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas Considerations on Representative Government, quando fala da verdadeira e da falsa democracia (**of true and false Democracy**): 'A falsa democracia é só representação da maioria, **a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias**. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante **entre maioria e minoria**." (grifei)

Lapidar, sob tal aspecto, a advertência do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA ("**Judiciário e Minorias**", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 96/189-194):

"É que só há verdadeira república democrática onde se assegure que as minorias possam atuar, erigir-se em oposição institucionalizada e tenham garantidos seus direitos de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação. Onde, enfim, as oposições possam usar de todos os meios democráticos para tentar chegar ao governo. Há república onde, de modo efetivo, a alternância no poder seja uma possibilidade juridicamente assegurada, condicionada só a mecanismos políticos dependentes da opinião pública.

.....
A Constituição **verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso - por mecanismos que assegurem representação proporcional -, deve atribuir um**

MS 26.603 / DF

relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.


.....
Na democracia, governa a maioria, mas - em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos - ao fazê-lo, **não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional**, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. **Correlatamente, crítica, fiscaliza**, aponta falhas e censura a maioria, **propondo-se**, à opinião pública, como alternativa. **Se** a maioria governa, entretanto, **não é dona do poder**, mas age **sob os princípios** da relação de administração.

.....
Daí a **necessidade** de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, **liberdade de ação** e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república.

.....
Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo. (...)." (grifei)

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.



MS 26.603 / DF

Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual, torna-se necessário assegurar, às minorias que atuam no meio social, o direito de exercer, de modo efetivo, mediante representantes por elas eleitos, um direito fundamental que vela ao pé das instituições democráticas: o direito de oposição.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe dar efetividade ao sistema proporcional eleitoral, garantindo o direito de representação parlamentar das minorias, porque, sem isso, subtrair-se-ia - consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "Fundamentos de Direito Constitucional", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) - o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Inteiramente aplicável, de outro lado, a situações de infidelidade ao eleitor e ao partido político, quando provocadas por ato imputável ao parlamentar eleito, a grave advertência, que, já sob a égide da Constituição de 1946, fizera o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento do Mandado de Segurança nº 359, oportunidade em que aquela colenda Corte



MS 26.603 / DF

judiciária assim censurou, **com os votos concorrentes** de três futuros Ministros do Supremo Tribunal Federal (os **então** Desembargadores ELOY DA ROCHA, THOMPSON FLORES e SOARES MUÑOZ), **o comportamento dos representantes infiéis:**

" (...) **E a sua entrada** na Assembléia **não iria completar a representação partidária, mas, ao contrário, mutilá-la,** enriquecendo outra legenda que recebe **sem título** um patrimônio alheio.

Um partido com sete representantes **passa a ter seis; outro** com vinte e quatro, **passa a contar** vinte e cinco. **Viola-se,** dessa forma, básica e frontalmente, **o sistema de proporcionalidade, mudando o resultado das urnas, fora das urnas,** num passe de mágica **em que impera** a vontade pessoal do mandatário **contra** a vontade coletiva dos mandantes. Alguém disse que o eleitor é o grande soberano de um dia e o súdito de quatro anos. Se isso acontece é pelas contrafações do sistema democrático. **O essencial** no sistema de partidos **é o respeito** aos seus compromissos. Os homens podem ser levados a romper honestamente esses compromissos. Ninguém pode julgar questões de consciência, ninguém pode atirar a primeira pedra. Só quem sente na própria carne a angústia de certos problemas está em condições de julgar os seus próprios e não os alheios atos. Compreende-se, por isso, que certos representantes possam mudar de partido, possam abandonar uma legenda por outra, sem infração nem mesmo de normas éticas. Mas uma coisa é o seu problema individual, outro muito diferente o do partido que ele representava. **Se o ato da transmutação** gera um prejuízo, **viola** um bem juridicamente protegível, **cabe ao prejudicado** o direito de ação, para restabelecer a normalidade patrimonial. (...).

Violada a representação proporcional de um partido, **mutilada a sua bancada,** com o enriquecimento **sem causa** de outra, **e tudo isso** através do desrespeito a leis básicas, constitucionais, **cabe restabelecer o equilíbrio.** O Sr. (...) **foi eleito** por uma legenda; **aderiu** consciente e solenemente **a outro partido; não**

MS 26.603 / DF

pode, com prejuízo da primitiva legenda, usar de um diploma que lhe foi concedido com endereço e compromissos certos, não com endereço e compromissos estranhos ao primitivo mandato. (...)." (grifei)

Extremamente pertinentes, também, a esse respeito, **as observações** do saudoso GERALDO ATALIBA ("**República e Constituição**", p. 89/99, 2ª ed./3ª tir., 2004, Malheiros), **quando destaca** o especial significado **que assumem**, na prática democrática, o instituto do mandato, a relação de representação política e o exercício da oposição institucional:

"Da consideração do complexo de institutos que caracterizam a república emerge a conclusão de que os exercentes da função pública, no regime republicano, fazem-no a título de representantes da comunidade ou do povo. Este elege como representantes seus certos cidadãos, que governam em nome do povo (entendida a expressão 'povo', juridicamente, como conjunto dos cidadãos de um Estado). Ao fazê-lo, tem que realizar sua vontade e concretizar seus desígnios. Estes estão, conforme a importância dos valores popularmente consagrados, na Constituição ou nas leis.

***Daí a razão** pela qual o mandato passa a ser o instituto central de todas as preocupações doutrinárias e de todas as questões práticas e concretas postas no cerne dessa problemática. Pedra de toque do sistema, o mandato põe-se como ponto de referência dos demais institutos informadores da república. (...).*

*(...) **Por isso**, a própria conceituação do consentimento popular - que tem base no 'contrato social' desenvolvido pela ciência política européia, ou na teoria e prática dos 'compact' norte-americanos - só encontra cabal aperfeiçoamento com a configuração do mandato como instituto jurídico. (...).*

MS 26.603 / DF

Efetivamente, no instituto do mandato cristaliza-se toda a idéia de representatividade que se traduz nas instituições republicanas, viabilizando-as. (...).

.....
Assim é que o mandato se põe no centro de toda construção jurídica da república. É seu instrumento de viabilização. Não se pode cogitar de representação sem meios idôneos de sua eficácia. Sem mandato não há república.

.....
É da tradição do nosso direito que a representação sempre se faça por meio dos partidos políticos, de tal forma que eles congreguem as correntes de opinião, expressando-as validamente. Isto há de fazer-se de modo a induzir a afirmação de que somente têm acesso à possibilidade de apresentar-se como representativos de tendências de pensamento político **aqueles grupos** que se organizem **sob a forma de 'partidos'**, no sentido institucional preciso que o termo designa no mundo contemporâneo: parte ou parcela do povo congregada organizadamente em torno de um ideário coerente, forjado à luz de uma ideologia política.

.....
Na democracia governa a maioria, mas - em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos - **ao fazê-lo não pode oprimir a minoria.** Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas." (grifei)

De outro lado, e como precedentemente assinalado, o caráter partidário das vagas é extraído, diretamente, da norma constitucional que prevê o "sistema proporcional" (CF, art. 45, "caput").

Tal constatação revela-se importante, considerada a circunstância - constitucionalmente relevante e juridicamente

MS 26.603 / DF

expressiva - de que o sistema eleitoral proporcional **representa**, segundo autores eminentes, **como** MAURICE DUVERGER, GIOVANNI SARTORI e J. J. GOMES CANOTILHO, **o modelo mais adequado** ao exercício democrático do poder, **eis** que, consoante **observa** ALEXANDRE DE MORAES ("**Presidencialismo**", p. 94, item n. 3, 2004, Atlas), "esse seria o melhor sistema eleitoral para a democracia, pois tende a aproximar mais o eleitor dos eleitos, garantindo maior igualdade entre a maioria e a minoria na participação política".

A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, **provocada** por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), **subverte** o sentido das instituições, **ofende** o senso de responsabilidade política, **traduz** gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, **compromete** o modelo de representação popular **e fraudada**, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, **introduzindo** fatores de desestabilização na prática do poder **e gerando**, como imediato efeito perverso, **a deformação** da ética de governo, **com projeção vulneradora** sobre a própria razão de ser **e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como** previsto **e consagrado** pela Constituição da República.



MS 26.603 / DF

Vale lembrar, neste ponto, Senhora Presidente, a advertência feita pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, em julgamento sobre a constitucionalidade da "cláusula de desempenho ou de barreira" (ADI 1.351/DF), quando exortou esta Corte a rever os seus antigos precedentes em matéria de fidelidade que os representantes eleitos devem tanto aos partidos políticos quanto, notadamente, aos cidadãos eleitores, ocasião em que expendeu as seguintes observações:

" (...) **A crise tornou, porém, evidente, para todos, a necessidade de que sejam revistas as atuais regras quanto à fidelidade partidária.**

Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Devemos refletir, inclusive, sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional, o que constitui, sem sombra de dúvidas, uma clara violação à vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos!

Com efeito, é assegurada aos partidos políticos autonomia para fixar, em seus programas, seus objetivos políticos e para definir sua estrutura interna e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias (CF, art. 17 e § 1º).

Nesse aspecto, tem sido até aqui pacífica a orientação no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior Eleitoral de que a infidelidade partidária não terá repercussão sobre o mandato exercido. A maior sanção que a agremiação partidária poderia impor ao filiado infiel é a exclusão de seus quadros.

Se consideramos a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o

MS 26.603 / DF

modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, essa orientação afigura-se amplamente questionável.

Assim, ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação ou outra situação de igual significado, o abandono da legenda, a meu ver, deve dar ensejo à perda do mandato. Na verdade, embora haja participação especial do candidato na obtenção de votos com o objetivo de posicionar-se na lista dos eleitos, tem-se que a eleição proporcional se realiza em razão de votação atribuída à legenda. Como se sabe, com raras exceções, a maioria dos eleitos sequer logram obter o quociente eleitoral, dependendo a sua eleição dos votos obtidos pela agremiação.

Nessa perspectiva, não parece fazer qualquer sentido, do prisma jurídico e político, que o eventual eleito possa, simplesmente, desvincular-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos, carregando o mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto atribuído à agremiação partidária a que estava filiado para outra legenda.

Daí a necessidade imperiosa de revisão da jurisprudência do STF acima referida." (grifei)

Todas essas considerações apenas confirmam, segundo entendo, o absoluto acerto com que se houve o E. Tribunal Superior Eleitoral na resposta que deu à Consulta nº 1.398/DF, em pronunciamento que preserva a legitimidade do processo eleitoral, que respeita a vontade soberana do eleitor, que impede a deformação do modelo de representação popular, que assegura a finalidade mesma do sistema eleitoral proporcional, que valoriza, fortalece e consolida as organizações partidárias e que confere primazia à fidelidade que o representante eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral.

MS 26.603 / DF

É certo, no entanto, Senhora Presidente, que o E. Tribunal Superior Eleitoral, ao responder à Consulta nº 1.398/DF, em sessão pública de 27/03/2007, e após reconhecer que os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, "quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda", ressalvou a ocorrência de situações excepcionais, aptas a legitimar o voluntário desligamento partidário, fazendo-o nos termos do voto que então proferiu, naquele procedimento de consulta, o eminente Ministro CEZAR PELUSO:

"Algumas exceções devem, contudo, ser asseguradas em homenagem à própria necessidade de resguardo da relação eleitor-representante e dos princípios constitucionais da liberdade de associação e de pensamento. São elas, v.g., a existência de mudança significativa de orientação programática do partido, hipótese em que, por razão intuitiva, estará o candidato eleito autorizado a desfiliar-se ou transferir-se de partido, conservando o mandato. O mesmo pode dizer-se, 'mutatis mutandis', em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou.

Essas são situações em que a desfiliação e a mudança se justificam em reverência à mesma necessidade de preservação do mandato conferido pelo povo ao representante afiliado a determinada agremiação política, com o intuito de proteger o voto do eleitor, dado, em nosso sistema, não apenas à pessoa, mas sobretudo ao partido que a acolhe. Resguarda-se, aí, em substância, a confiança depositada pelo eleitor nas

MS 26.603 / DF

propostas e idéias cuja expressão estão à raiz do sistema representativo proporcional.

E, porque é o partido que, em tais hipóteses, terá dado causa ao rompimento daquela relação complexa, por alteração superveniente de sua linha político-ideológica ou pela prática odiosa de perseguição, será ele, não o candidato eleito, que deverá suportar o juízo de inexistência de direito subjetivo à conservação do mandato em sua esfera jurídica." (grifei)

Assinalo, neste ponto - e aqui destaco, certamente, a preocupação dos eminentes Juízes desta Suprema Corte -, que se impõe garantir, aos parlamentares que pretenderem se desligar do partido de origem, em razão de situações que possam legitimar o ato de desvinculação partidária, a possibilidade de exercer, em plenitude, o direito de defesa.

É que o exercício do direito de defesa, perante qualquer instância do aparelho de Estado, qualifica-se como requisito de legitimação dos atos estatais que impliquem restrição ou privação de direitos.

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que a Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos, sem o

MS 26.603 / DF

devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre os interesses da agremiação partidária, de um lado, e os do parlamentar a ela vinculado (ou que dela se desligou), de outro.

Cumprido ter presente, bem por isso, na linha de decisões desta Corte (RTJ 183/371-372, v.g.), que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois - cabe enfatizar - o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos titularizados pelas pessoas em geral, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, "O Direito à Defesa na Constituição de 1988", p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "O Direito à Defesa na Constituição", p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, "Comentários à Constituição do Brasil", vol. 2/268-269, 1989,

MS 26.603 / DF

Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito Administrativo", p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, v.g.).

A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo (RDA 97/110 - RDA 114/142 - RDA 118/99 - RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 253/2002 - RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

"RESTRICÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO 'DUE PROCESS OF LAW'.

- O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de



MS 26.603 / DF

defesa, pois o **reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica de **qualquer** medida estatal - **que importe** em punição disciplinar ou em limitação de direitos - **exige**, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (CF, art. 5º, LV), a **fiel** observância do princípio do devido processo legal.

A **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. **Precedentes. Doutrina."**

(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Na realidade, Senhora Presidente, e em face, precisamente, de tais premissas, torna-se necessário assegurar, ao Deputado, naqueles casos em que se justificar o ato de sua voluntária desvinculação do partido político pelo qual se elegeu, o direito de resguardar a titularidade do mandato legislativo, exercendo - quando a iniciativa **não for** da própria agremiação partidária - a prerrogativa de fazer instaurar, perante órgão competente da Justiça Eleitoral (o TSE, tratando-se de Deputado Federal), procedimento em cujo âmbito se lhe viabilize a possibilidade de demonstrar a ocorrência das exceções justificadoras da desfiliação partidária.

Isso permitirá, ao parlamentar interessado, quer seja dele ou do partido político de origem a iniciativa de referido

MS 26.603 / DF

procedimento (de jurisdição voluntária) perante a Justiça Eleitoral, justificar a concreta configuração de causas legitimadoras da desfiliação partidária, tais como "a existência de mudança significativa de orientação programática do partido" ou de "prática odiosa de perseguição", como a elas se referiu, em douto voto proferido na Consulta nº 1.398/DF, o eminente Ministro CEZAR PELUSO.

Com tal medida, e observada a garantia da plenitude de defesa e do contraditório, sempre invocável em qualquer procedimento estatal (judicial ou administrativo), legitimar-se-á, então, a eventual adoção, por parte da Presidência da Casa legislativa, e a requerimento do partido político interessado, quando for o caso, de providência destinada a tornar efetivo o direito da agremiação partidária de ver preservada a vaga obtida nas eleições proporcionais, com o conseqüente afastamento do Deputado que dessa mesma agremiação se desligou em momento posterior ao de sua eleição, convocando-se o respectivo suplente.

Nada impedirá que o E. Tribunal Superior Eleitoral, à semelhança do que se registrou em precedente firmado no caso de Mira Estrela/SP (RE 197.917/SP), formule e edite resolução destinada a regulamentar o procedimento (materialmente) administrativo de justificação em referência, instaurável perante órgão competente da



MS 26.603 / DF

própria Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da "analogia legis", mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº 64/90.

Observo que a fórmula da resolução ora sugerida, a ser eventualmente editada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, representou solução idealizada no julgamento plenário do já mencionado RE 197.917/SP e foi considerada inteiramente constitucional, por esta Suprema Corte, quando da apreciação da ADI 3.345/DF, de que fui Relator, em decisão que julgou improcedente referida ação direta.

Entendo, Senhora Presidente, que, se esta for a compreensão do Supremo Tribunal Federal, assegurar-se-á, ao partido político e ao parlamentar que dele se desligar voluntariamente, a possibilidade de, em sede materialmente administrativa e perante a Justiça Eleitoral, justificar, com ampla dilação probatória - e com pleno respeito ao direito de defesa -, a ocorrência, ou não, das situações excepcionais a que se referiu o E. Tribunal Superior Eleitoral em sua resposta à Consulta nº 1.398/DF, para que se possa, então, se e quando for o caso, submeter, ao Presidente da Casa



MS 26.603 / DF

legislativa, o requerimento de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais.

Cabe fazer, ainda, uma outra observação: não se diga que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a procedência da tese acolhida, em Consulta, pelo Tribunal Superior Eleitoral, estaria usurpando atribuições do Congresso Nacional.

Decididamente, não, pois cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guardião da Constituição, interpretá-la e, de seu texto, extrair, nesse processo de indagação constitucional, a máxima eficácia possível, em atenção e respeito aos grandes princípios estruturantes que informam, como verdadeiros vetores interpretativos, o sistema de nossa Lei Fundamental.

Com efeito, a força normativa da Constituição - tratando-se de questões pertinentes ao modelo de representação popular, à legitimidade do processo eleitoral, à integridade da vontade soberana do corpo eleitoral (do cidadão-eleitor, portanto), à fidelidade partidária e, também, à observância do sistema eleitoral proporcional - traduz, em nosso sistema político-institucional, um valor que não pode deixar de prevalecer e de ser respeitado por esta Corte Suprema.

MS 26.603 / DF

É importante ressaltar que essa preocupação, realçada pela doutrina, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem os princípios constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizados, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatizam autores eminentes (ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 109, item n. 2.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, "Controle de Constitucionalidade", p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, "Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia", p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "Tribunal e Jurisdição Constitucional", p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, v.g.).

Cabe destacar e reconhecer, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo

MS 26.603 / DF

Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de **exegese** das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, **como tem sido assinalado**, com particular ênfase, **pela jurisprudência** desta Corte Suprema:

" (...) **A interpretação** do texto constitucional **pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais**. (...) **A não-observância** da decisão desta Corte **debilita a força normativa** da Constituição. (...)." **(RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei)**

As observações que venho de fazer, Senhora Presidente, ênfatizam a circunstância - que assume absoluto relevo - de que não se pode minimizar o papel do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões em matéria constitucional, pois, consoante adverte o eminente Ministro GILMAR MENDES, em voto proferido no AI 460.439-AgR/DF, trata-se de "decisões que concretizam, diretamente, o próprio texto da Constituição".

É preciso ter em perspectiva que o exercício da jurisdição constitucional, por esta Suprema Corte, tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, o que põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal - **compreendida** a expressão



MS 26.603 / DF

"dimensão política" em seu sentido helênico (como **apropriadamente** a ela se referiu a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA em outra oportunidade) -, **pois**, no processo de indagação constitucional, **reside a magna prerrogativa** outorgada a esta Corte **de decidir**, em última análise, **sobre a própria** substância do poder.

Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS ("Direito Constitucional", vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), **cujo magistério** enfatiza, **corretamente**, que, **no poder de interpretar**, inclui-se a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional. É que - segundo a lição desse eminente publicista - "**O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la.** A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte".

Em uma palavra: não se pode ignorar, muito menos desconsiderar, o papel eminente que a ordem jurídica **atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal em tema de interpretação da Constituição da República.



MS 26.603 / DF

É preciso, pois, **reafirmar a soberania** da Constituição, **proclamando-lhe** a superioridade **sobre todos** os atos do Poder Público **e sobre todas** as instituições do Estado, **o que permite reconhecer**, no contexto do Estado Democrático de Direito, **a plena legitimidade** da atuação do Poder Judiciário **na restauração** da ordem jurídica lesada **e**, em particular, **a intervenção do Supremo Tribunal Federal**, **que detém**, em tema de interpretação constitucional, **e por força** de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembléia Nacional Constituinte, **o monopólio da última palavra**, de que já falava RUI BARBOSA, **em discurso parlamentar** que proferiu, **como Senador da República**, em 29 de dezembro **de 1914**, em resposta ao Senador gaúcho Pinheiro Machado, **quando RUI definiu**, com precisão, **o poder** de nossa Suprema Corte em matéria constitucional, **dizendo**:

"(...) **Em tôdas** as organizações políticas ou judiciais **há sempre** uma autoridade extrema para errar em último lugar.

.....
O Supremo Tribunal Federal, Senhores, **não sendo infalível**, **pode errar**, mas a alguém **deve ficar** o direito de errar **por último**, de decidir **por último**, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade." (grifei)

Impende assinalar, de outro lado, **que não se mostra acolhível** a alegação de que o prevalecimento da tese **consagrada** pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta em questão **teria o condão** de

MS 26.603 / DF

desconstituir, nulificando-os, todos os atos administrativos e legislativos para cuja formação concorreram, com a integração de sua vontade, **os representantes** acoimados de infiéis.

Entendo que essa questão, que não se apresenta no caso em exame (porque sequer alegada), poderá ser equacionada com a observância da própria jurisprudência **desta** Corte, que, **por mais de uma vez, já aplicou**, a tais situações, a teoria do agente estatal "de facto", fundada na doutrina da aparência do direito.

Não se pode desconhecer, no ponto, **o magistério jurisprudencial** que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito das questões surgidas em decorrência **da investidura funcional** "de facto", orientando-se, esta Corte, no tema em causa, **no sentido** de fazer preservar, em respeito aos postulados da confiança e da boa-fé dos cidadãos, da segurança jurídica e da aparência do Direito, a integridade dos atos praticados **pelo funcionário de fato**:

"A declaração de insubsistência da nomeação de magistrado que haja participado de julgamento não implica a nulidade deste. Milita, a favor da administração pública, a presunção de legitimidade dos respectivos atos, sendo o magistrado considerado como servidor público de fato."

(HC 71.834/RR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma)

MS 26.603 / DF

Na realidade, a jurisprudência desta Corte Suprema tem advertido, no exame da controvérsia pertinente ao denominado servidor de fato, que, "**Ainda que declarada a inconstitucionalidade da lei que permitiu a investidura de agentes do Executivo nas funções de Oficiais de Justiça, são válidos os atos por eles praticados**" (RDA 126/216, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO - grifei).

Esse entendimento jurisprudencial - é importante assinalar - nada mais reflete senão a orientação da doutrina (LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 257/260, itens ns. 3.2 a 4, 8ª ed., 2006, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 236, item n. 2, 22ª ed., 2007, Malheiros; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "**Manual de Direito Administrativo**", p. 533/534, item n. 3, 12ª ed., 2005, Lumen Juris; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Direito Administrativo**", p. 471, item n. 12.1, 20ª ed., 2007, Atlas, v.g.), que reconhece, com fundamento na teoria da investidura aparente, "a legitimidade dos atos praticados por funcionários de fato (...)" (THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, "**Tratado de Direito Administrativo**", vol. IV/84, 4ª ed., 1961, Freitas Bastos).

Todas essas razões permitem-me reconhecer a inteira correção da tese jurídico-constitucional que o E. Tribunal Superior

MS 26.603 / DF

Eleitoral acolheu em seu pronunciamento, quando da resposta à Consulta nº 1.398/DF, o que me autorizaria, portanto, a conceder, ainda que em parte, o presente mandado de segurança, para determinar, ao Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, o encaminhamento, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do pleito formulado pelo PSDB, em ordem a se permitir a instauração, perante aquela Alta Corte Eleitoral, do procedimento de justificação a que me referi em passagem anterior deste voto.

Resta verificar, no entanto, se se revela possível aplicar, ou não, desde logo, essa nova orientação, a situações que se constituíram antes dessa resposta do TSE e que tiveram por suporte legitimador precedentes jurisprudenciais (nos quais fiquei vencido) firmados, já sob a égide da Constituição de 1988, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (MS 20.916/DF, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - MS 20.927/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

Põe-se em exame, portanto, neste ponto, em decorrência de uma substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com a conseqüente ruptura de paradigma dela resultante (caso o meu voto, que reconhece o caráter partidário do mandato eletivo proporcional,

MS 26.603 / DF

seja acolhido), a questão pertinente ao momento a partir do qual essa nova diretriz terá aplicabilidade, considerada a necessidade de respeito, pelo Estado, da exigência da segurança jurídica.

Note-se, Senhora Presidente, porque absolutamente relevante para a definição do momento a partir do qual deverá instaurar-se a eficácia do novo padrão hermenêutico, que o Supremo Tribunal Federal, nas decisões anteriormente proferidas - e que constituem, até este momento, a jurisprudência predominante nesta Corte -, firmou clara orientação (de que respeitosamente divergi em voto vencido) no sentido da "inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados (...)" (MS 20.927/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.):

"Mandado de Segurança. 2. Eleitoral. Possibilidade de perda de mandato parlamentar. 3. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição. (...)." (MS 23.405/GO, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei)

O que me parece irrecusável, nesse contexto, é o fato de que todas essas migrações partidárias processaram-se com a certeza, revelada por seus protagonistas, de que o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer tais precedentes, legitimou os atos de

MS 26.603 / DF

transferência, para legenda partidária diversa, do parlamentar eleito **por outro** partido político.

Havia, portanto, no contexto em exame, um dado objetivo, apto a gerar a expectativa da plena validade jurídico-constitucional dos atos de filiação a partidos políticos **diversos** daquele sob cuja legenda o titular do mandato eletivo proporcional foi escolhido.

Esta Suprema Corte, considerando os precedentes por ela própria firmados, analisados sob a perspectiva das múltiplas funções que lhes são inerentes - tais como conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado -, tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigma, a não-incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados pelo Supremo Tribunal.

MS 26.603 / DF


É importante referir, neste ponto, em face de sua extrema pertinência, a aguda observação de J. J. GOMES CANOTILHO ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", p. 250, 1998, Almedina):

"Estes dois princípios - **segurança jurídica e protecção da confiança** - andam **estritamente** associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um **subprincípio** ou como uma **dimensão específica** da segurança jurídica. **Em geral**, considera-se que a **segurança jurídica** está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica - **garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito** - enquanto a **protecção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, **designadamente** a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos **em relação aos efeitos jurídicos** dos actos dos poderes públicos. **A segurança e a protecção da confiança** exigem, no fundo: (1) **fiabilidade**, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) **de forma que** em relação a eles o cidadão **veja garantida** a segurança nas suas disposições pessoais e nos **efeitos jurídicos** dos seus próprios actos. **Deduz-se** já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança **são exigíveis** perante '**qualquer acto**' de '**qualquer poder**' - legislativo, executivo e judicial." (grifei)

Esse entendimento não é estranho à experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que já fez incidir o postulado da segurança jurídica em questões várias, inclusive naquelas envolvendo relações de direito público (MS 24.268/MG, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES - MS 24.927/RO, Rel. Min. CEZAR PELUSO, v.g.) e de carácter político (RE 197.917/SP, Rel. Min.

MS 26.603 / DF

MAURÍCIO CORRÊA), cabendo mencionar a decisão do Plenário que se acha consubstanciada, no ponto, em acórdão assim ementado:

" (...) 5. **Obrigatoriedade da observância** do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. **Necessidade de estabilidade** das situações criadas administrativamente. 6. **Princípio da confiança** como elemento do princípio da segurança jurídica. **Presença** de um componente de ética jurídica e **sua aplicação** nas relações jurídicas de direito público. (...)." 

(MS 22.357/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei)

Vale mencionar, por oportuno, que também a prática jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA tem observado esse critério, fazendo-o incidir naquelas hipóteses em que sobrevém alteração substancial de diretrizes que, até então, vinham sendo observadas na formação das relações jurídicas, inclusive em matéria penal.

Refiro-me, não só ao conhecido caso "Linkletter" - Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618, 629, 1965 -, como, ainda, a muitas outras decisões daquele Alto Tribunal, nas quais se proclamou, a partir de certos marcos temporais, considerando-se determinadas premissas e com apoio na técnica do 'prospective overruling', a inaplicabilidade do novo precedente a situações já consolidadas no passado, cabendo relembrar, dentre vários julgados,

Supremo Tribunal Federal

MS 26.603 / DF

os seguintes: Chevron Oil Co. v. Huson, 404 U.S. 97, 1971; Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp., 392 U.S. 481, 1968; Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 13, 1964; England v. State Bd. of Medical Examiners, 375 U.S. 411, 1964; City of Phoenix v. Kolodziejcki, 399 U.S. 204, 1970; Cipriano v. City of Houma, 395 U.S. 701, 1969; Allen v. State Bd. of Educ., 393 U.S. 544, 1969, v.g..

O eminente Procurador-Geral da República propõe, se concedido o mandado de segurança, que se dê eficácia prospectiva à decisão deste Supremo Tribunal Federal, em ordem a que a nova orientação jurisprudencial se aplique apenas a partir da próxima legislatura.

Entendo, no entanto, que diverso há de ser o marco temporal a delimitar o início da eficácia do pronunciamento desta Corte Suprema na matéria ora em exame.

Para tanto, considero a data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida.



MS 26.603 / DF

É que, a partir desse momento (27/03/2007), tornou-se veemente a possibilidade de revisão jurisprudencial, notadamente porque intervieram, com votos concorrentes, naquele procedimento de consulta eleitoral, três (3) eminentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A aplicação, ao caso, dos padrões já consagrados por esta Corte Suprema, de respeito ao postulado da segurança jurídica, tratando-se de situação em que advém ruptura de paradigma, leva-me a confrontar as datas de desligamento e de nova filiação partidária dos Deputados Federais que figuram, neste processo mandamental, como litisconsortes passivos necessários com a data em que o TSE respondeu à primeira Consulta (27/03/2007).

E, ao fazê-lo, verifico que todos, sem exceção, desligaram-se do partido de origem, pelo qual se elegeram (PSDB), e migraram para outras agremiações partidárias, em datas anteriores à apreciação, pelo TSE, da Consulta nº 1.398/DF, ocorrida em 27/03/2007.

O quadro abaixo registra, no plano temporal, as datas de desligamento e de nova filiação, a partidos diversos, dos

MS 26.603 / DF

Deputados Federais que figuram como litisconsortes passivos necessários **neste** processo mandamental:

<u>Deputado Federal</u>	<u>Desligamento</u>	<u>Nova Filiação</u>
Armando Abílio Vieira	23/11/2006	23/11/2006
Átila Freitas Lira	28/02/2007	28/02/2007
Djalma Vando Berger	08/03/2007	15/03/2007
Leonardo Rosário de Alcântara	12/03/2007	12/03/2007
Antônio Marcelo Teixeira Sousa	12/03/2007	12/03/2007
Vicente Ferreira de Arruda Coelho	12/03/2007	12/03/2007
Vicente Alves de Oliveira	15/01/2007	15/01/2007

Examinando, pois, este pedido formulado pelo PSDB, e considerando, em atenção ao princípio da segurança jurídica (inteiramente acolhido pela jurisprudência desta Suprema Corte), o marco temporal acima referido (apreciação da Consulta nº 1.398/DF, pelo TSE, em 27/03/2007), não vejo - presente essa singularidade de ordem temporal registrada nesta causa - como deferir este mandado de segurança, não obstante reconheça como constitucionalmente correta a interpretação que, em tese, o E. Tribunal Superior Eleitoral deu à matéria ora em análise.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **indefiro** o presente mandado de segurança.

É o meu voto.



cabf
04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANCA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhora Presidente, Senhores Ministros, a hora já vai adiantada, e os votos proferidos foram extremamente brilhantes e, a meu sentir, esgotaram as perspectivas do ponto de vista jurídico e de análise do sistema constitucional brasileiro.

Eu, como todos os Colegas, evidentemente, dediquei-me, também, a fazer um exame dessa matéria que apresenta grande fascínio não só pelo ângulo da análise do processo jurídico constitucional, como também sob o ângulo político.

Eu quero crer, Senhora Presidente, e vou tentar simplificar o máximo que for possível, que o ponto nuclear para o exame desta ordem de segurança, pelo menos no que diz com o desenvolvimento do meu raciocínio, está na correta identificação dos mecanismos possíveis de interpretação constitucional.

Estamos examinando mandado de segurança impetrado pelo PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira diante de ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Arlindo Chinaglia, que negou provimento ao pedido administrativo para declarar a vacância dos mandatos dos parlamentares que se desfilaram do PSDB, sob o fundamento da ausência de previsão no § 1º do art. 239 do Regimento Interno daquela Casa do Congresso Nacional.

Tudo nasce de Consulta nº 1.398, formulada ao Tribunal Superior Eleitoral, que, segundo o impetrante, sustenta o direito de reaver as cadeiras ocupadas por deputados que mudaram de partido durante o mandato. Na verdade, o questionamento jurídico se faz em torno das conseqüências da mudança de partido durante o exercício do mandato, ou seja, se os mandatos parlamentares pertencem aos partidos políticos ou, ao converso, se pertencem aos parlamentares que obtiveram os votos diretamente dos seus eleitores.

As informações prestadas pelo nobre Presidente da Câmara dos Deputados esclarecem ser defeso ao Presidente da Casa acolher pedido que não tem

avulso

cabf

MS 26.603 / DF

apoio em nenhuma regra legal ou na jurisprudência, ausente dispositivo constitucional capaz de autorizar a pretensão feita pela via do mandado de segurança. Por outro lado, as informações consideraram a circunstância de que a Consulta feita o TSE não está revestida de força executiva, não obrigando, portanto, a Câmara dos Deputados.

A Consulta ao TSE foi feita pelo PFL - Partido da Frente Liberal nos termos que se seguem: *“Os partidos e as Coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”*

A resposta foi positiva. O acórdão do TSE levou em conta a necessidade de *“recorrer-se aos princípios constitucionais normativos, vendo-se a Constituição, nas palavras do Professor Norberto Bobbio, como termo unificador das normas que compõem o ordenamento jurídico, eis que sem ele, as normas constituíam um amontoado e não um ordenamento (Teoria do Ordenamento Jurídico, trad. De Mara Celeste dos Santos, Brasília, UnB, 1997)”*. Destacou o Relator, Ministro **César Rocha**, que o *“mandato parlamentar pertence, realmente, ao Partido Político, pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político, sob vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas (art. 17, III, da CF)”*.

O julgado do TSE fez exame da legislação eleitoral mostrando que os artigos 108, 175, § 4º, e 176 do Código Eleitoral indicam com suficiente clareza que os candidatos são eleitos com os votos dos partidos políticos, assinalando que a disciplina positiva está centrada no prestígio dos partidos políticos, os quais contam os votos dados a candidato que depois da eleição seja proclamado inelegível ou que tenha o registro cancelado, além de receber os votos proporcionais naquelas hipóteses expressamente indicadas.

Os votos dos eminentes Ministros da Suprema Corte **Marco Aurélio**, **Cezar Peluso** e **Carlos Ayres** acompanharam o Relator, sendo certo que o do Ministro **Peluso**, percorrendo a disciplina constitucional e a legal, mostrou *“a nítida e visceral dependência que guarda o sistema proporcional em relação aos partidos políticos”* para

duvi

cabf

MS 26.603 / DF

assinalar a matriz constitucional da representação proporcional, não estando confinada no campo estreito do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, que alcança apenas as relações internas entre os partidos e os representantes, relevando o que contém o art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal, regulamentando o disposto no parágrafo único do art. 1º. Com essa base de apoio é que o Ministro **Peluso** asseverou que *“como tal filiação constitui requisito e pressuposto constitucional do mandato, o cancelamento dela ou a transferência do partido por que se elegeu o candidato, quando não seja justificado, tem por efeito, já do ângulo dessa norma, a preservação da vaga na esfera do partido de origem”*. Por outro lado, admitiu o Ministro **Peluso** que algumas exceções devem ser asseguradas *“em homenagem à própria necessidade de resguardo da relação eleitor-representante e dos princípios constitucionais da liberdade de associação e de pensamento. São elas, v.g., a existência de **mudança significativa de orientação programática do partido**, hipótese em que, por razão intuitiva, estará o candidato eleito autorizado desfiliar-se ou transferir-se de partido, conservando o mandato. O mesmo pode dizer-se, **mutatis mutandis**, em caso de comprovada **perseguição política dentro do partido que abandonou**”*. Daí a conclusão que acolheu respondendo à consulta no sentido de que *“os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando, **sem justificação nos termos já expostos**, ocorra cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito para outra legenda”*.

A leitura dos debates autoriza o entendimento de que os Ministros Relator e **Carlos Ayres** incorporaram a distinção feita pelo Ministro **Peluso** em torno de hipótese de mudança sem perda do mandato.

Dissonante foi o voto do Ministro **Marcelo Ribeiro** que lembrou precedentes desta Corte em sentido oposto aos votos prevaletentes.

De fato, em precedente de 1989, o voto do Ministro **Moreira Alves** mencionou a Emenda nº 1 de 1969 que estabelecia o princípio da fidelidade partidária acarretando a perda do mandato pelo parlamentar que deixasse o partido sob cuja legenda fora eleito. Mas com a Emenda nº 25 de 1988 a fidelidade partidária deixou de estar prevista na Constituição, não persistindo como causa de perda do mandato a mudança de partido, revogado o inciso V do art. 35. Naquele julgado, o Ministro

mais

cabf

MS 26.603 / DF

Moreira Alves procurou deixar claro que “se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, ‘a’; 58, § 1º; 58, §4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55”.

Nesse precedente, o voto do ilustre Relator, Ministro **Moreira Alves**, assinalou, expressamente, que “em nosso sistema constitucional atual, apesar da valorização dada à representação parlamentar federal dos Partidos, não se exige qualquer modalidade de fidelidade partidária para os eleitos, após a diplomação, ainda quando se tenham empossado como deputados. Seu direito – o direito à posse – decorre exclusivamente do diploma que lhes foi conferido, em virtude da eleição, pela Justiça Eleitoral, sem se levar em conta a persistência da vinculação ao Partido pelo qual – e muitas vezes graças ao voto de legenda – se elegeram”. Esse reconhecimento, no entanto, não impediu que o Ministro **Moreira Alves** fizesse observação no sentido de que a “lógica do sistema de representação proporcional e o valor que a atual Constituição empresta à representação parlamentar federal do Partido exigiam que a Carta Magna adotasse esse mínimo de fidelidade partidária que é o da permanência do Partido pelo qual o candidato se elegeu ou obteve a suplência, dada a importância que, a mais das vezes, o voto de legenda tem para o eleito ou para o suplente”.

Na ocasião o Ministro **Celso de Mello** dissentiu, embora tenha admitido que a perda do mandato por ato caracterizador de infidelidade partidária não tenha sido novamente introduzida na disciplina constitucional. Mas assinalou ser “fato inquestionável que a exigência de fidelidade partidária traduz na concreção do seu alcance, um **valor constitucional**, revestido de elevada significação político-jurídica, a que se deve dar consequência, sob pena de inibição de seu conteúdo eficaz”. Isso quer dizer então que o Ministro **Celso de Mello** considerou que “não há mais que se

minu

cabf

MS 26.603 / DF

*aludir à perda do mandato por ato de infidelidade partidária. Essa possibilidade – introduzida como sanção jurídica impositiva ao parlamentar infiel pela Carta de 1969 – foi suprimida pela Emenda Constitucional n. 25, de 1985, deixando de ser renovada pela Constituição vigente, promulgada em 1988”. Todavia, considerou o Ministro **Celso de Mello** que se cuidava de suplente, o que significa que, “por não titularizar mandato legislativo, não dispõe das prerrogativas institucionais concedidas aos congressistas e nem sofre as impossibilidades a estes impostas”. Daí sua conclusão de que teria de haver a substituição com a preservação da atualidade do vínculo partidário com a agremiação sob cuja legenda disputou o processo eleitoral, perdendo com a mudança de legenda a sua condição de suplente do antigo partido, não podendo, por isso, suceder ao titular. É preciso assinalar, de todos os modos, que já naquela oportunidade o Ministro **Celso de Mello** mostrou a relevância dos partidos políticos anotando que o “sistema jurídico-eleitoral da representação proporcional estabelece um vínculo especial entre a comunidade dos eleitores e as agremiações partidárias que se tornam destinatárias precípua dos votos por ele manifestados”.*

Vale mencionar, ainda, outro precedente desta Suprema Corte, Mandado de Segurança nº 20.916, em que se firmou a mesma orientação afastando a vedação ao suplente que mudara de partido. Ali, cuido de rememorar, o Ministro **Paulo Brossard** acentuou que “nenhum eleitor pode votar num candidato, senão através de um partido. Ele pode votar só no partido; é o voto da legenda; mas não pode votar só em um candidato; a votação em um candidato importa obrigatoriamente na votação em um partido. O candidato avulso, volto a dizer, deixou de existir”. E, em seguida, aditou que “nosso sistema constitucional contém princípios bastantes para que deles se extraiam as conseqüências que me parecem inevitáveis e inexoráveis”. E mais: “Não me parece relevante que se tenha tornado não explícita a regra da fidelidade partidária, dentro de determinados limites, mas me parece relevante o fato da representação ter de ser partidária. A filiação partidária é condição de elegibilidade, a Constituição diz, não precisava dizer, mas diz. Esses preceitos não são inconseqüentes, eles têm conseqüências, penso eu”.

Vê-se que o tema não é novo nesta Corte, embora os dois precedentes antes referidos tenham tratado de suplentes e não dos titulares de

outra

cabf

MS 26.603 / DF

mandato.

Quero crer, Senhora Presidente, Senhores Ministros, que o ponto nuclear para o exame desta ordem de segurança, pelo menos no que diz com o desenvolvimento de meu raciocínio, está na correta identificação dos mecanismos possíveis de interpretação constitucional.

Henry Campbell Black mostrou faz muito tempo que uma regra essencial para a interpretação das constituições é que deve procurar-se dar consequência efetiva à intenção do povo que a adotou (tradução livre do original: "It is a cardinal rule in interpretation of constitutions that the instrument must be so construed as to give effect to the intention of the people, who adopt it.", *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing, Minn., 1911, pág. 20). E, antes, indicou que a constituição não deve ser interpretada de modo estreito ou com princípios técnicos, mas liberalmente, em linhas mais gerais, de modo a que possa alcançar os objetivos para os quais foi feita e levar adiante os grandes princípios de governo (tradução livre do texto: "A constitution is not to be interpreted on narrow or technical principles, but liberally and on broad general lines, in order than it may accomplish the objects of its establishments and carry out the great principles of government.", *op. cit.*, pág. 17).

Na verdade, não se pode interpretar a Constituição, mesmo aquelas de conteúdo racional-normativo como a nossa, para usar a classificação de Garcia-Pelayo, sem que se leve em conta os princípios que a inspiraram a partir da vontade do constituinte. A Suprema Corte não pode ter uma visão estreita desses princípios, deixando de lado aqueles sentimentos que orientaram os redatores da Constituição. Não se trata aqui de seguir o chamado método histórico que procura descobrir a vontade do constituinte, ou como desejava Jean-François Aubert, o exame das circunstâncias que acompanharam a origem da lei (*Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, Jurisprudence Générale Dalloz, Paris e Éditions Ides et Calendes, Neuchatel, 1967, vol. 1, pág. 117). Muito diversamente, o que se pretende com essa assertiva é dar consequência aos comandos estabelecidos pelo texto da Constituição e que se deixados de lado podem danificar a sua prática, ou, pelo menos, tirar consequência menor do que a esperada pelos constituintes.

omit

cabf

MS 26.603 / DF

Vale lembrar a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior cuidando da interpretação de bloqueio e de legitimação. De fato, diz Tercio, a norma constitucional contém elementos jurídicos que a diferenciam das demais normas, *“de cujas características, portanto, um normativismo hermenêutico, rigorosamente positivista, supostamente neutro e acrítico, não chegava a dar conta. Aqui entrava em cena a ordem política global do estado constitucional, que obrigava à realização de certas correções e especificações”* (Direito Constitucional, Manole, 2007, pág. 4). A interpretação de legitimação *“significa que certas aspirações se tornariam metas privilegiadas até mesmo acima ou para além de uma conformidade constitucional estritamente formal. Elas fariam parte, por assim dizer, de uma pretensão de realização inerente à própria Constituição”* (op. cit., pág. 7). E, mais:

“Ora, a idéia subjacente a esse procedimento interpretativo de legitimação, isto é, a idéia de que as constituições instauram uma pretensão de se verem atendidas expectativas de realização e concreção, só seria bem atendida, juridicamente, na medida em que introduzisse, na hermenêutica constitucional, uma consideração transformadora, de ordem axiológica, da própria realidade. Ou seja, pressupondo-se que uma Constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de valores, a aplicação das suas normas, por via interpretativa, torna-se uma realização de valores e não apenas uma consideração valorativa, capaz de orientar a determinação do sentido dos dispositivos. Com isso, o procedimento hermenêutico de captação do sentido do conteúdo das normas torna-se exigência de realização valorativa conforme procedimentos próprios da análise e da ponderação de valores. Note-se que não estamos falando aqui da oposição entre um método formalista e um método culturalista, nem ignorando que mesmo a hermenêutica tradicional – de bloqueio – sempre faz uso de valores que obrigam. O intérprete obriga-se não só a ir além da letra e da estrutura formal da norma, para buscar-lhe a ratio imanente, por meio de métodos teleológicos, sociológicos e mesmo axiológicos, mas a visar um procedimento transformador das próprias realidades sociais: interpretação de legitimação.

Na interpretação de legitimação, o intérprete não busca apenas, revelar o sentido da norma constitucional em seu contexto real, nem mesmo somente concretizar padrões genéricos de sentido em casos particulares, mas modificar a própria realidade, em conformidade com aquele sentido. Esse trabalho interpretativo não se confunde com a aplicação judiciária da Constituição, pois não visa a produção de normas individuais, mas se dá ainda no plano conceitual. Trata-se da relação

ainda

cabf

MS 26.603 / DF

entre texto e contexto, de uma compreensão do texto capaz de alterar o contexto, dando-lhe um sentido legitimante” (op.cit., págs. 7/8).

Sem dúvida, a interpretação da Constituição feita pela Corte Suprema não pode estar fora da realidade conceitual que o conjunto dos dispositivos formando uma unidade pretende explicitar para regência da sociedade nacional a que se destina. Ela é que permite trazer conseqüência naqueles momentos em que se impõe uma definição objetiva do alcance de certo dispositivo ou dos princípios fundamentais que estabelece ou do sistema de valores que apresenta, que não pode ser tomado no sentido apenas histórico, gramatical, sistemático que compunham o arsenal do método tradicional de interpretação. Esse método chamado tradicional não consegue esgotar o alcance da Constituição, não sendo ele já agora suficiente para orientar a leitura da Constituição feita pela Suprema Corte. É necessário ir além para propiciar uma adequada presença da Constituição na vida social.

Não é por outra razão que Ronald Dworkin enfrenta o que denomina leitura moral da Constituição norte-americana. Assinalando que a *“leitura moral não é adequada para a interpretação de tudo quanto uma constituição contém”* (O Direito da Liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pág. 11), Dworkin mostra que muitas vezes a história não revela nada que nos ajude a saber o que os autores da Constituição quiseram dizer quando estabeleceram princípios gerais. *“Mas que princípio é esse?”*, pergunta Dworkin. E prossegue, examinando a interpretação da Décima Quarta Emenda dizendo que para responder a essa pergunta *“é preciso elaborar diversas interpretações da expressão ‘igual proteção da lei’, cada uma das quais possa ser reconhecida como um princípio de moralidade política que teria merecido o respeito daqueles autores. Depois temos de nos perguntar qual dessas interpretações pode mais sensatamente ser atribuída a eles, dado tudo o que sabemos”* (op. cit., pág. 13). A leitura moral não dispensa as convicções pessoais de cada intérprete. Mas esse não é um questionamento problemático. Ao contrário, essa não é a pergunta que deve ser respondida, mas, sim, outra. Diz Ronald Dworkin:

outra

cabf

MS 26.603 / DF

“Não só admito como afirmo categoricamente que as opiniões constitucionais são sensíveis às convicções políticas. Se não fossem, como eu já disse, não poderíamos classificar os juristas como conservadores, moderados, liberais ou radicais, nem mesmo aproximadamente como fazemos hoje. O que queremos saber, antes, é se essa influência é indevida. A política constitucional tem sido atrapalhada e corrompida pela idéia falsa de que os juízes (se não fossem tão sedentos de poder) poderiam usar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Os juízes que fazem eco a essa idéia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência de suas próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade. Os motivos reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. Já a leitura moral prega uma coisa diferente. Ela explica por que a fidelidade à Constituição e ao direito exige que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundamentais em princípios, que permitam ao público participar da discussão.

Por isso, é claro que a leitura moral encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça. De que outro modo poderiam responder às perguntas morais que essa constituição abstrata lhes dirige? Se uma teoria constitucional reflete determinada postura moral, isso não é motivo nem de surpresa, nem de ridículo, nem de suspeita. Seria uma surpresa – e seria ridículo – se não refletisse. Só uma forma inacreditavelmente tosca de positivismo jurídico – uma forma que aliás foi repudiada por Herbert Hart, o maior positivista de nosso século – poderia produzir esse tipo de isolamento. É certo que o texto e a integridade impõem restrições importantes, que tenho sublinhado no decorrer de toda essa discussão. Mas embora essas restrições conformem e limitem os efeitos das convicções de justiça, elas não podem simplesmente eliminar esses efeitos. A leitura moral faz questão de afirmar que essa influência não é maléfica na medida em que é abertamente reconhecida e em que as mesmas convicções são identificadas e defendidas honestamente, ou seja, através de argumentos baseados em princípios e não de slogans superficiais ou metáforas batidas” (op. cit., págs. 57/58).

Esse fascinante tema da interpretação e aplicação do direito tem percorrido todos os tempos como procurei mostrar alhures (cfr. A Decisão Judicial, in Estudos de Direito Público e Privado, Ed. Renovar, 2005). Mas o certo, penso, é que sempre se tornou necessário considerar que não pode o intérprete distanciar-se da realidade humana em que a interpretação se dá, o que é suficiente para retirá-la do

mita

cabf

MS 26.603 / DF

domínio exclusivo da ciência ou da técnica, estando a decisão judicial “*subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional. E a independência do Juiz está, exatamente, na sua capacidade de julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social*” (op. cit., pág. 6). É claro que isso nada tem a ver com uma interpretação que avance contra o texto da lei, mas, sim, tem a ver com uma interpretação capaz de enlaçar a lei com a realidade, dando-lhe contorno que enseje sua força normativa.

No plano da Constituição, a Suprema Corte deve levar em conta o cenário do próprio sistema de valores e princípios fundamentais engendrados pela vontade constituinte, tirando deles as conseqüências que autorizem sua melhor aplicação para resguardá-los de dano quanto aos fins a que se destina. Para isso, a compreensão do espaço em que a interpretação deve ocorrer tem relevância especial e, assim, a inspiração emanada daqueles princípios e valores fixados pelo constituinte originário não pode deixar de ser considerada, ultrapassando-se, com isso, os limites de uma interpretação subordinada apenas ao rígido esquema clássico e seus métodos.

Não se trata de submeter o Juiz à exclusiva influência de elementos outros que não a sua consciência, mas, sim, de ponderar o que melhor atende aos princípios e valores fundamentais estampados na própria Constituição. Só assim será possível compreender o verdadeiro alcance da Constituição.

O magistério de Peter Häberle é precioso ao mostrar que a “*vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (...). Seria errôneo reconhecer as influências, expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas ao aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem material para a lei*” (Hermetica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1977, págs. 31/32). Com isso, o que Häberle quer significar é que “*o juiz não é o único intérprete da Constituição porque os cidadãos e todos*

juiz

cabf

MS 26.603 / DF

aqueles que participam da sociedade, indivíduos e grupos, a opinião pública, são forças vigorosas de interpretação, partindo do pressuposto de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada" (cfr. Estudos de Direito Público e Privado, cit., pág. 2).

Na verdade, não se trata aqui de entender que o papel do Juiz está subordinado aos critérios que são percebidos pela sociedade no rastro de emoções coletivas capazes de ocupar por inteiro o imaginário popular, mas, sim, de submetê-lo aos critérios que foram postos pelos constituintes, assim, aqueles valores e princípios que eles pretenderam fossem seguidos considerando a unidade do sistema normativo que construíram. Os Juízes não estão submetidos ao tribunal da opinião pública, mas não podem deixar de considerar a cultura do seu tempo para que a lei possa ser um instrumento de realização da Justiça.

Não pretendo agora examinar em profundidade a questão de sistema na ciência do direito, por exemplo, a partir da crítica de Canaris a Viehweg no sentido de que o direito não é tópico. O que se impõe é relevar que a interpretação da Constituição pela Suprema Corte não pode deixar de ponderar os valores e princípios de regência que estão na Constituição e deles extrair o conteúdo lógico capaz de autorizar uma interpretação que alcance a concretização desejada para mantê-los vigorosos na sociedade política.

Essa perspectiva é que deve estar presente quando se põe a questão da natureza dos mandatos parlamentares e da vinculação entre o voto e o partido político, considerado o sistema de representação proporcional que está arrimado na filiação partidária, como garantia da prática democrática e substância do exercício da soberania pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto.

Na realidade, a nossa disciplina constitucional concentra os direitos políticos na soberania popular exercida *"pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei"*, mediante plebiscito, referendo, iniciativa popular. O exercício do voto se dá a partir do alistamento eleitoral.

Por outro lado, define a Constituição Federal que prevalece sempre o regime representativo, isto é, a representação do povo no Parlamento, fixando como condição de elegibilidade, dentre outros, a filiação partidária.

través

cabf

MS 26.603 / DF

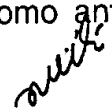
Ora, a obrigatoriedade da filiação partidária significa, pelo menos na minha avaliação, que a origem da representação popular como forma de exercício da soberania popular está indissolúvelmente ligada à existência dos partidos políticos que são indispensáveis para que se dê consequência aos direitos políticos assegurados pelo constituinte de 1988.

Ainda que não se considere, para efeito da interpretação constitucional, a disciplina infraconstitucional que estabelece os mecanismos para a formatação do sistema proporcional e contagem de votos, tudo repousando na organização dos partidos políticos, como já demonstrado na resposta à consulta feita ao TSE, o certo é que existe um vínculo necessário, diria eu, até mesmo imperativo, entre o eleitor e o candidato passando necessariamente pelo partido político por meio do qual ele se apresenta ao corpo político em busca de um mandato. Ora, essa vinculação obrigatória traduz-se em tornar o mandato obtido dependente do partido político, considerando que a opção individual por este ou aquele candidato está ligada ao partido na medida em que não há candidato sem partido que lhe dê suporte e que os votos na representação proporcional estão vinculados ao partido político para a obtenção da vitória eleitoral.

O titular do mandato popular na representação proporcional obtém sua legitimação eleitoral sob a legenda partidária e não solitariamente, ausente, assim, uma ligação exclusiva entre o eleitor e o candidato, porquanto o aspirante ao mandato não é candidato de si mesmo, mas, sim, de um partido. Esse vínculo cria uma relação indissociável que une todas as pontas do sistema de representação popular, assim, o partido, o candidato e o eleitor.

O erudito parecer do eminente Procurador-Geral da República, que li com enorme prazer intelectual, procura enfrentar o tema sob o ângulo do argumento de direito constitucional estrito, com o traçado histórico a começar do velho berço inglês, mostrando a inviabilidade de criar-se sanção não prevista na Constituição, ainda mais quando no regime constitucional de 1969 havia previsão para a perda do mandato quando ocorresse a infidelidade partidária (EC nº 1/1969, art. 152, § 5º, alterada pela EC nº 11/1978, finalmente, excluída a perda do mandato pela EC nº 24/1985).

Mas, com todo o maior respeito, não me impressiona o argumento, ainda que bem lançado e deduzido com exímio brilho. É que como antes procurei



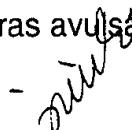
cabf

MS 26.603 / DF

mostrar, a Suprema Corte quando interpreta a Constituição não fica subordinada ao argumento de direito constitucional estrito, sob pena de ofuscar a perspectiva contemporânea do sistema de valores e princípios que estão subjacentes na unidade representada pelo texto constitucional.

Há que merecer anotação que a força dos costumes, que poderia até ter conteúdo de força normativa no lastro de Jellinek, abalroou o sistema de representação popular previsto na Constituição Federal a partir da obrigatória filiação partidária a que está vinculado o princípio fundamental contido no parágrafo único do art. 1º. Assim, o que quero explicitar é o desacerto entre a prática da troca freqüente de legenda e o princípio constitucional que estabelece que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente. Essa representação que se consolida no Parlamento não dispensa o partido político, como já antes disse, e, por isso, o vínculo eleitoral não pode desqualificar o partido para simples espaço eleitoral, descartável por motivo de mera conveniência eleitoral, fraudando, desse modo, o liame entre o partido, o eleitor e o eleito no cenário da representação popular proporcional. Não se há de fazer crítica a essa prática, mas, sim, há de corrigir-se com a atualização da interpretação constitucional capaz de restabelecer aquele vínculo e com isso fortalecer a representação popular pela via do fortalecimento dos partidos políticos. É essa forma gradual de aperfeiçoamento da prática democrática que torna viável a sua permanência. Veja-se o que conta George Macauley Trevelyan quanto ao nascimento do Parlamento inglês a partir dos reinados dos três primeiros Eduardos, e depois de Enrique VIII o outro monarca que fez tanto para aumentar o prestígio do Parlamento compreendendo o valor do apoio das classes médias no condado e na cidade e em cujo reinado Tomas Morus escreveu sua Utopia (História Política de Inglaterra, Fondo de Cultura Econômica, México, 1943, pág. 143).

Se os partidos foram transformados em meros instrumentos de acesso ao poder popular da representação política, com isso abastardando-a, assim foram se tornando à míngua de uma interpretação consentânea com a natureza do sistema de representação popular que, no caso brasileiro, impõe obrigatória filiação partidária. Isso, sem dúvida, mancha o sistema da representação popular e remete a possibilidade de que sejam autorizadas candidaturas avulsas desvinculadas dos partidos, o que, sob



cabf

MS 26.603 / DF

todas as luzes, é vedado pela Constituição Federal. Vale aqui a observação do voto do Ministro **Peluso** no Tribunal Superior Eleitoral quando demonstrou que não se trata de sanção pela mudança de partido, *“mas do reconhecimento da inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo, como efeito sistêmico-normativo da realização histórica (fatispecie concreta) da hipótese de desfiliação ou transferência injustificada, entendida como ato culposo incompatível com a função representativa do ideário político em cujo nome foi eleito. Tal é a razão por que não incide, na hipótese, a norma do art. 55 da Constituição da República, em cujo âmbito a perda do mandato é reação do ordenamento a atos ilícitos e, como tal, é sanção típica. Mudar ou desfiliar-se de partido é ato lícito”*.

Por outro lado, e ainda uma vez reconhecendo a beleza argumentativa e a consistência teórica do parecer do eminente Procurador-Geral, não creio que se trate de preenchimento de lacunas constitucionais, como avançou o entendimento na parte reservada aos argumentos formais e metodológicos. Trata-se, pelo menos na minha compreensão, ao converso, de estabelecer, a partir da Constituição Federal, os limites inerentes à representação popular como forma de exercício da soberania de modo a assegurar a sua vitalidade e viabilizar o aperfeiçoamento de sua prática na sociedade democrática e pluralista desejada pelo constituinte dos oitenta. Parece-me que nesse sentido a interpretação constitucional não foge de seus limites quando encampa orientação possível e compatível com a estrutura criada pelo constituinte originário. Ademais, o que está rotulado nesse belíssimo parecer como *“reconstrução teleológica ou sistemática dos enunciados constitucionais”* não é estranho ao papel que a Suprema Corte deve exercitar, como bem se pode constatar em vários julgados que significaram evoluções parciais ou integrais com relação aos temas que foram submetidos ao seu exame.

É que, como bem assinalou o pioneiro voto do Ministro **Cesar Rocha**, Relator da Consulta nº 1.398/DF no Tribunal Superior Eleitoral, *“na democracia partidária, a representação popular não se dá sem a mediação do partido, enquanto elemento agregador e expressivo do ideário político dos cidadãos. Não se concretiza, na democracia, a representação do povo pelo chamado representante, senão por intermédio de um partido político, já que não se cuida, estritamente, de mandato*

nuh

cabf

MS 26.603 / DF

conferido por um cidadão à pessoa do representante”.

No presente caso, é bom que se diga e repita, não se está criando norma artificial nem se está ingressando em seara reservada ao poder de legislar. O que se está fazendo é dar uma interpretação coerente com o que se contém na Constituição para preservar-lhe os princípios estatuídos e assegurar a plenitude do exercício da soberania popular por meio da representação política.

A estrutura do sistema de representação popular não se viabiliza sem partidos políticos, a repetição exaustiva faz bem nesse caso, que tenham nitidez para expressar a corrente de opinião que está na matriz de sua criação. Por isso, a Constituição vincula a representação popular aos partidos e impõe imperativa filiação como modo de exercício da soberania popular.

Assim, para a interpretação constitucional, se a soberania é exercida por meio de sufrágio universal, se a representação popular é feita por meio de eleição, se para ser elegível é obrigatória a filiação partidária, os mandatos parlamentares necessariamente vinculam os eleitos aos partidos, não subsistindo a representação se houver o cancelamento da filiação ao partido pelo qual foi o parlamentar eleito.

Procede, portanto, a impugnação formulada pelo mandado de segurança no que diz com o direito líquido e certo do partido político de preencher a vaga de parlamentar que abandonar a legenda com suplente filiado ao partido.

A questão se põe nestes termos quando se trate de candidato que espontaneamente, pura e simplesmente, pede seu afastamento da legenda para ingressar em outro partido. É que nesses casos não há razão plausível para tanto, salvo questão pessoal de conveniência política que não pode ser considerada.

É certo que pode haver circunstância específica que justifique a alteração. Mas, nesses casos, é de exigir-se adequado procedimento perante o órgão eleitoral competente, conforme se cuide de mandato municipal, estadual ou federal, de maneira a conformar a questão aos ditames da coerência entre a orientação partidária do momento da filiação e da eleição e a mudança dessa orientação no curso do mandato, ou, ainda, diante de fato superveniente à eleição decorrente de movimento partidário destinado a obstar o exercício de direitos inerentes a todos os filiados. Nessas situações, o órgão eleitoral competente, no caso dos Deputados Federais, o

cabf

MS 26.603 / DF

Tribunal Superior Eleitoral, no caso dos Deputados Estaduais e Vereadores, os Tribunais Regionais Eleitorais, deve ser previamente provocado para que a alteração de legenda ocorra com o devido processo legal, garantia que a Constituição jamais abandona.

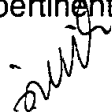
Fixada essa posição quanto ao mérito do mandado de segurança, reconhecido, portanto, o direito líquido e certo do impetrante, há de examinar-se o termo inicial para que essa orientação seja aplicada.

Na verdade, penso que para manter coerência com o princípio maior da segurança jurídica, relevando que os precedentes da Suprema Corte até aqui não acolhiam a interpretação ora firmada, é razoável, sob pena de desqualificar-se indevidamente a jurisprudência então prevalecente, estabelecer um termo a partir do qual a mudança de legenda deve seguir a orientação fixada neste julgado. Daí que penso que a partir da data em que proferida a resposta à Consulta nº 1.398/DF pelo Tribunal Superior Eleitoral, dia 27 de março de 2007, foi sinalizada pelo órgão superior da Justiça Eleitoral que as mudanças de partido teriam conseqüências sobre a conservação dos mandatos, estando, assim, advertidos os interessados sobre o risco que incorriam na troca de legenda.

A conclusão desse raciocínio levaria à necessidade de enfrentar o argumento que foi posto pelo eminente Ministro **Eros Grau**, com tanta lucidez. Eu diria que, na realidade, nós estamos enfrentando um mandado de segurança, e disso ninguém tem dúvida, estamos enfrentando um mandado de segurança diante de um requerimento feito por um partido político ao presidente da Casa Legislativa, que entendeu de decidir que não havia direito desse partido político àquilo que ele estava postulando. Não se trata da negativa do presidente da Casa Legislativa de declinação de sua competência, mas, sim, de negativa do direito específico que foi postulado.

Ora, no mandado de segurança ao se reconhecer o direito líquido e certo, que é manifestado pelo impetrante, e, ter-se do outro lado a manifestação de negativa quanto ao direito postulado, é evidente que os pressupostos relativos à ação do mandado de segurança estão caracterizados, pelo menos na minha compreensão, pedindo vênias ao meu queridíssimo amigo e eminente Colega Ministro **Eros Grau**.

Entendo, portanto, ser pertinente a impetração, de resto, como na



cabf

MS 26.603 / DF

sessão de ontem já havíamos decidido e suplantado, em preliminar, que foi indicada pelos eminentes Ministros **Celso de Mello** e **Cármen Lúcia**, embora com a divergência manifestada pelo Ministro **Eros Grau**.

Eu, portanto, estou acompanhando às completas o voto do Ministro **Celso de Mello**, inclusive na perspectiva procedimental que Sua Excelência anota com relação à competência do Tribunal Superior Eleitoral para dirimir essa questão, no que concerne à justificação no tocante à desfiliação de parlamentar do partido da legenda pela qual ele foi eleito. E se justifica essa competência porque as filiações partidárias também são feitas sob o controle da Justiça Eleitoral e, daí, a desfiliação deve ser feita pela Justiça Eleitoral.

Daí, eu concluo, na mesma linha de orientação do eminente Ministro **Celso de Mello**, no que concerne ao mandado de segurança de que Sua Excelência foi Relator, considerando o termo que foi fixado, com o qual também concordo como já antes indiquei.

E acompanho, no que concerne ao Mandado de Segurança de que é Relatora a eminente Ministra **Cármen Lúcia**, a conclusão de Sua Excelência no sentido de conceder em parte a ordem, apenas para determinar que o nobre Presidente da Câmara dos Deputados remeta o pedido que foi ali formulado, no momento em que se assegura o direito líquido e certo, para que o órgão que esta Corte reconhece como competente examine a questão e possa dar curso ao procedimento na forma que o próprio Tribunal Superior Eleitoral, que é o órgão máximo da Justiça Eleitoral, disciplinar.

Quanto ao Mandado de Segurança de que Relator o eminente Ministro **Eros Grau**, não detectei elementos até o presente momento para deferir a ordem, apenas com a fundamentação antes deduzida.

É esse o meu voto.



04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALEXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, como sou Relator, gostaria de ser informado a respeito das datas. Não tenho esses dados nos autos.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Perdoe-me, mas a informação deveria ter partido de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Pois é, mas nos autos não as há. E como Vossa Excelência sempre preza muito a posição de relator, estranhei que, tendo esses dados, não os passasse ao meu gabinete. As regras devem valer para todos, não só quando o relator é Vossa Excelência.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Eu não ia passar a qualquer Colega. Estava guardando como elemento para votar, mas passaria, com muita satisfação, a Vossa Excelência e Vossa Excelência sabe disso.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Nós temos de adotar o mesmo procedimento adotado quando do pedido de juntada pelo advogado.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - De qualquer modo, isso não está nos autos.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Basta saber a partir de quando.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Tudo bem. Eu só queria fazer duas observações. O Ministro Celso de Mello disse que, a partir de 27 de março, tornou-se veemente a possibilidade de revisão jurisprudencial. A revisão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal não é feita pelo Tribunal Superior Eleitoral, será feita hoje aqui.

Não quero, absolutamente, fixar nenhum critério, mas dizer duas coisas: em primeiro lugar, a mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é feita pelo Tribunal Superior Eleitoral; em segundo, não encontro, nos autos, elementos para saber quando cancelaram a filiação Homero Pereira, Paulo Nogueira e Carlos Massa Junior.

Só para constar.

Supremo Tribunal Federal

04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente, pedindo vênua ao eminente Ministro Eros Grau, quanto aos fundamentos, realmente acompanho o que expôs o Ministro Celso de Mello e eu mesma expus em meu voto, mas faço a conversão total quanto à conclusão. *h*

04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALVOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, depois dessa audiência de instrução e julgamento que realizamos aqui, em mandado de segurança --- grande inovação em matéria processual ---, peço vênia para negar, ser coerente e manter o meu critério ortodoxo, conservador de interpretação da Constituição.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Quem sabe o seu seja o mais avançado, Ministro. Por que essa falta de otimismo?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Temo muito pelos direitos e garantias individuais. Temo que, amanhã ou depois, recomeçemos a interpretar a Constituição no sentido de que o **habeas corpus** só seja dado em determinadas condições. E, quem sabe, até mesmo a redistribuição das vagas de deputado federal, segundo critérios efetivamente proporcionais, em relação à população de cada Estado, o que certamente inverteria a representatividade dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro. No entanto, isso fica por conta da lassidão na interpretação da Constituição.

04/10/2007

TRIBUNAL PLENO


MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALV O T O

(FIDELIDADE PARTIDÁRIA)

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**:**1. Considerações iniciais**

O debate político e judicial sobre a fidelidade partidária ganhou relevo quando o Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), formulou ao Tribunal Superior Eleitoral a Consulta 1.389/DF, sendo Relator o Ministro César Asfor Rocha, consubstanciada na seguinte indagação: "*Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?*".

O Tribunal Superior Eleitoral, na Sessão de 27/3/2007, respondeu positivamente à supracitada consulta, em pronunciamento assim ementado: "*Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa*" (Resolução 22.526/2007).



MS 26.603 / DF

Com base em tal Resolução, o Partido Popular Socialista - PPS, o Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, e o Democratas - DEM) impetraram mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, contra decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, que indeferiu requerimentos formulados pelas referidas agremiações, nos quais postulavam fosse declarada a vacância dos Deputados Federais que haviam mudado de filiação partidária (MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia; MS 26.890, Rel. Min. Celso de Mello).

2. Reflexões acerca dos partidos políticos

Examinando a questão *sub judice*, principio consignando que me associo àqueles que entendem que, numa democracia representativa como a nossa, os partidos políticos desempenham um papel fundamental, porquanto, no dizer de Canotilho, são "*organizações aglutinadoras dos interesses e mundividência de certas classes e grupos sociais impulsionadores da formação da vontade popular*".¹

Com efeito, a partir do advento do Estado Social, no final da Primeira Grande Guerra, a lei deixou de ser a expressão de uma anônima vontade geral, no sentido rousseauiano da

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 308.



MS 26.603 / DF

expressão, conforme queriam os ideólogos do Estado Liberal de Direito dos séculos XVIII e XIX, passando a representar o resultado da vontade política de uma maioria parlamentar, formada a partir de vontades fragmentárias preexistentes no seio de sociedade.²

No Brasil, como se sabe, os partidos políticos sofreram as vicissitudes da alternância cíclica entre regimes democráticos e ditatoriais, que impediu, com raras exceções, que desenvolvessem uma base ideológica consistente,³ capaz de libertá-los do fenômeno que Maurice Duverger, trilhando a senda aberta por Robert Michels, identificou como o domínio oligárquico dos dirigentes partidários, cujo apanágio é "o apego a velhas fisionomias e o conservadorismo".⁴

Os partidos de quadros e de massas, vinculados às camadas populares, com matizes ideológicos mais pronunciados, surgiram apenas numa fase mais recente da História do País, como consequência do processo de industrialização, que se acelerou a partir do término da Segunda Guerra Mundial.

² SILVA Daniela Romanelli da. *Democracia e Direitos Políticos*. Campinas: Editor-Autor, 2005, p. 62.

³ FLEISCHER, David. Os Partidos Políticos. In: AVELAR, Lucia e CINTRA Antonio Otávio (orgs.). *Sistema Político Brasileiro: Uma introdução*. São Paulo: UNESP, 2004, p. 249.

⁴ DUVERGER, Maurice. *Os partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, pp. 197.



MS 26.603 / DF

Em que pesem, porém, as imperfeições que ainda caracterizam o sistema partidário brasileiro, não há dúvida de que, hoje, os partidos políticos são indispensáveis ao processo democrático, não apenas porque expressam a multiplicidade de interesses e aspirações dos distintos grupos sociais, mas, sobretudo, porque concorrem para a formação da opinião pública, o recrutamento de líderes, a seleção de candidatos aos cargos eletivos e a mediação entre o governo e o povo. ⁵

3. O advento da democracia participativa

É bem verdade, como assentei em sede doutrinária, ⁶ que a participação do povo no poder, atualmente, não ocorre mais apenas a partir do indivíduo, do cidadão isolado, ente privilegiado e até endeusado pelas instituições político-jurídicas do liberalismo, dentre as quais se destacam os partidos políticos.

O final do século XX e o início do século XXI certamente entrarão para a História como épocas em que o indivíduo se eclipsa, surgindo em seu lugar as associações, protegidas constitucionalmente, que se multiplicam nas chamadas "organizações não-governamentais", voltadas para a promoção de interesses

⁵ SILVA, Daniela Romanelli, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano". In: Carlos Mário da Silva Velloso, Roberto Rosas e Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coords.). *Princípios Constitucionais Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra Martins*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.381.



MS 26.603 / DF

específicos, tais como a proteção do meio ambiente, a defesa do consumidor ou o desenvolvimento da reforma agrária.

Esse fato, aliado às deficiências da representação política tradicional, deu origem a alguns institutos, que diminuem a distância entre os cidadãos e o poder, com destaque para o plebiscito, o referendo, a iniciativa legislativa, o veto popular e o recall, dos quais os três primeiros foram incorporados à nossa Constituição (artigo 14, I, II e III, da CF).

4. A importância da fidelidade partidária

Não há negar que a democracia representativa, exercida por meio de mandatários recrutados pelos partidos políticos, por indispensável, ⁷ subsiste integralmente em nosso ordenamento político-jurídico, embora complementada pelo instrumental próprio da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, da CF). ⁸

Com efeito, segundo a nossa Carta Magna, a soberania popular (art. 1º, I, da CF) é exercida fundamentalmente por meio do sufrágio universal (art. 14, caput, da CF), constituindo a

⁷ MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. São Paulo: IBRASA, 1958, p. 49, observa o seguinte: "desde que é impossível a todos, em uma comunidade que exceda a uma única cidade pequena, participarem pessoalmente tão-só de algumas porções muito pequenas dos negócios públicos, segue-se que o tipo ideal de governo perfeito tem de ser o representativo."

⁸ "Todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."



MS 26.603 / DF

filiação partidária *conditio sine qua non* para a investidura em cargo eletivo (art. 14, § 3º, IV, da CF).

Mas para que a representação popular tenha um mínimo de autenticidade, ou seja, para que reflita um ideário comum aos eleitores e candidatos, de tal modo que entre eles se estabeleça um liame em torno de valores que transcendam os aspectos meramente contingentes do cotidiano da política, é preciso que os que mandatários se mantenham fiéis às diretrizes programáticas e ideológicas dos partidos pelos quais foram eleitos.

"Sem fidelidade dos parlamentares aos ideários de interesse coletivo" - ensina Goffredo Telles Júnior -, "definidos nos respectivos programas registrados, os partidos se reduzem a estratégias indignos, a serviço de egoísmos disfarçados; e os políticos se desmoralizam." ⁹

A fidelidade partidária, porém, conquanto represente um passo importante para o fortalecimento do sistema partidário brasileiro, não constitui, ao contrário do que imaginam alguns, uma panacéia universal, cumprindo ter presente a lúcida advertência feita pelo Ministro Nelson Jobim, em conferência que proferiu sobre o assunto:

⁹ TELLES JÚNIOR. Goffredo. A Democracia Participativa. In: *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, vol. 100, 2005, 117.



"Falar-se em fidelidade partidária, sem ter a consciência real do que se passa no processo de escolha dos candidatos é um equívoco. Precisamos ter noção do que se passa, para colocar sobre a mesa a discussão de temas como distrito eleitoral, sistema de eleições mistas etc.; debater claramente esse tipo de situação para entendermos o que se passa em termos político eleitorais no País." ¹⁰

5. O princípio da segurança jurídica

Feitas essas considerações, é preciso saber se a inegavelmente bem inspirada Resolução do TSE 22.526/2007, de 27/03/07, resultante de consulta formulada, em tese, pelo antigo Partido da Frente Liberal, pode aplicar-se aos parlamentares que figuram como litisconsortes nos presentes mandados de segurança, e que trocaram de partido antes da interpretação dada por aquela Corte aos princípios constitucionais que entendeu aplicáveis à espécie.

Em primeiro lugar cumpre assentar que no ápice da hierarquia axiológica de todas as constituições figuram alguns princípios, explícitos ou implícitos, identificados pelo festejado jurista alemão Otto Bachoff como preceitos de caráter pré-estatal, supralegal ou pré-positivo, que servem de paradigmas às demais

¹⁰ JOBIM, Nelson. Direito e processo eleitoral no Brasil. In: Malheiros, Antônio Carlos e outros (Coords.). *Inovações do Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, s/d, p. 195.



MS 26.603 / DF

normas constitucionais, que não podem afrontá-los sob pena de nulidade.¹¹

Dentre tais princípios sobressai o valor "segurança", que alicerça a gênese da própria sociedade. Com efeito, pelo menos desde meados do século XVII, a partir da edição do *Leviatã* de Thomas Hobbes, incorporou-se à Teoria Política a idéia de que, sem segurança, não pode existir vida social organizada, passando a constituir um dos pilares sobre os quais se assenta o pacto fundante do Estado, inclusive para legitimar o exercício da autoridade.

Em nosso texto constitucional, esse valor encontra abrigo em *locus* privilegiado. De fato, dentre as cláusulas pétreas listadas no artigo 60, § 4º, da Carta Magna sobressai a especial proteção que o constituinte originário conferiu aos direitos e garantias individuais, em cujo cerne encontram-se o direito à vida e à segurança, expressamente mencionados no *caput* do art. 5º, sem os quais sequer se pode cogitar do exercício dos demais.

E por segurança, à evidência, deve-se compreender não apenas a segurança física do cidadão, mas também a segurança jurídica, com destaque para a segurança político-institucional.

¹¹ BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Atlântida Editora, 1977, pp. 62-64.



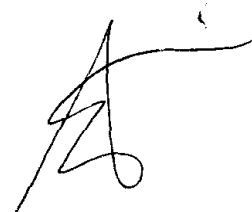
MS 26.603 / DF

Ainda que a segurança jurídica não encontre menção expressa na Constituição Federal, trata-se de um valor indissociável da concepção de Estado de Direito, "já que do contrário" - como adverte Ingo Wolfgang Sarlet - "também o 'governo de leis' (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades".¹²

Na mesma linha Paulo de Barros Carvalho ensina o seguinte:

"A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípio, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais. Isso contudo em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos sua projeção sobre o meio social. Se nos detivermos num direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas como as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tecitura do todo; então será possível emitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence* Carmem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 90.



MS 26.603 / DF

neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo." ¹³

A segurança jurídica, pois, insere-se no rol de direitos e garantias individuais, que integram o núcleo imodificável do Texto Magno, dela podendo deduzir-se o subprincípio da *proteção na confiança nas leis*, o qual, segundo Canotilho, consubstancia-se

"na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesiva da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos". ¹⁴

Para o constitucionalista português, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança significam que

"o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligamos efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nas mesmas normas". ¹⁵

6. Fidelidade partidária: o estado da questão

Os parlamentares que trocaram de partido fizeram-no não apenas confiando no ordenamento legal vigente, como também na

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. In: *Ciência Jurídica*. Ano VIII, Volume 58, Julho/Agosto de 1994, pp. 55-51.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 372-373.

¹⁵ *Idem*, loc.cit.

MS 26.603 / DF

interpretação que a mais alta Corte de Justiça do País lhe conferia, bem assim no entendimento dos maiores expoentes da doutrina constitucional pátria.

De fato, lembramos todos, que a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária foi introduzida no Brasil, pela Emenda Constitucional nº 1, editada pela Junta Militar, em 17/10/1969, que alterou a redação do art. 152 da Constituição de 1967.¹⁶

Mas recordamos também que, em 1985, de forma consentânea com o clima de redemocratização que imperava no País, a Emenda Constitucional nº 24, deu nova redação ao mencionado dispositivo constitucional, suprimindo as hipóteses de perda de mandato por infidelidade partidária, assegurando, ademais, a mais ampla liberdade de criação de partidos políticos, respeitados o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais, dentre outros valores.¹⁷

A Assembléia Constituinte de 1988, não se afastou do espírito que presidiu a elaboração da EC nº 24/85, adotada no

¹⁶ "Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa."

¹⁷ "Art. 152. É livre a criação de partidos políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana (...)."



MS 26.603 / DF

ambiente de redemocratização, deixando de incluir no rol do art. 55 da Carta Magna, que trata da perda de mandato de Deputado e Senador, qualquer sanção por infidelidade partidária.¹⁸

Isso levou José Afonso da Silva a concluir que a Constituição de 1988

*"não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando no art. 15, declara vedada a cassação dos direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo."*¹⁹

É que o dispositivo em comento proíbe, de forma expressa, a cassação de direitos políticos, estabelecendo,

¹⁸ "Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º."

¹⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 386-387.



MS 26.603 / DF

taxativamente, as hipóteses de sua perda ou suspensão, sem qualquer menção à hipótese de infidelidade partidária.²⁰

Na mesma linha de entendimento Clèmerson Merlin Clève afirma que, no sistema constitucional brasileiro, a circunstância de o parlamentar

*"não perder o mandato em virtude de filiação a outro partido ou em decorrência do cancelamento da filiação por ato de infidelidade é eloqüente. Ainda que doutrinariamente o regime do mandato possa sofrer crítica, é indubitoso que, à luz do sistema constitucional em vigor, o mandato não pertence ao partido."*²¹

O tema também não é novo nesta Corte. Com efeito, quando do julgamento do MS 20.927, da relatoria do Ministro Moreira Alves, o Plenário posicionou-se no seguinte sentido:

"MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. - Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. - a inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no

²⁰ "I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII".

²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Novo regime constitucional dos partidos políticos. Fidelidade partidária vinculando votação em processo de impeachment. Revisibilidade dos atos partidários pelo Judiciário. Competência da Justiça Eleitoral. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 24. São Paulo: RT, 1998, p. 217-218.



MS 26.603 / DF

silencio da constituição e da lei, aos respectivos suplentes. - mandado de segurança indeferido."

Ao fundamentar o seu voto condutor, ressaltou o Ministro Moreira Alves o quanto segue:

"Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças ao voto da legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, 'a'; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55".

À ocasião o Ministro Sepúlveda Pertence declarou:

"Continuo a pensar, Senhor Presidente - cada vez que vejo a dedução das razões da posição oposta mais me convenço de que se funda ela na idealização e no transplante, para o nosso regime positivo de representação proporcional, de uma ortodoxia do sistema, pensada em termos abstratos, que a nossa Constituição não conhece. Ortodoxia que se manifesta nesta Casa, que se manifestou no desenvolvimento das discussões do caso precedente, através do eminente Ministro Paulo Brossard, quando S. Exa. acabou por declinar que, para ele, o sistema iria ao ponto de sancionar com a perda do mandato também o titular que se desvinculasse da legenda pela qual se elegeu. No entanto, na minha convicção restou inabalada, com todas as vênias, a premissa de que parti: a falta, em nosso direito constitucional vigente, de base para decretar a perda de mandato de titular, convicção que agora acaba de receber valiosos subsídios do eminente Ministro Moreira Alves."



Recentemente, o Plenário desta Corte nos autos do MS 23.405, manifestou-se sobre o tema em acórdão assim ementado:

"Mandado de Segurança. 2. Eleitoral. Possibilidade de perda de mandato parlamentar. 3. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição. 4. Controvérsia que se refere a Legislatura encerrada. Perda de objeto. 5. Mandado de Segurança julgado prejudicado."

Naquela oportunidade, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, consignou que:

"Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente."

7. A mudança de partido em face da Justiça Eleitoral

Ao contrário do que se possa imaginar, os parlamentares que figuram como litisconsortes neste *mandamus* e outros políticos em idêntica situação, não trocaram de partido às escondidas, clandestinamente, mas mediante comunicação oficial à Justiça Eleitoral, nos termos da legislação aplicável.



Com efeito, na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano, a Justiça Eleitoral é informada pelos órgãos de direção partidários, da relação dos nomes de todos os seus filiados, da qual deverá constar a data de filiação, o número dos títulos eleitorais e das seções em que estão inscritos para efeito de candidatura a cargos eletivos (Art. 19, da Lei 9.096/95).

Isso porque, para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido, pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições (art. 18, da Lei 9.096/95).

Ademais, para desligar-se do partido político a que pertença, o filiado deve apresentar, obrigatoriamente, comunicação escrita ao órgão de direção partidária e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral (Art. 21 e 22, parágrafo único, da Lei 9.096/95).

Esse procedimento, aliás, é minuciosamente regulamentado pela Resolução 21.574/2003, do Tribunal Superior Eleitoral, estabelecendo o seu art. 4º que os dados assim coletados serão encaminhados àquela Corte, no prazo de 15 dias, "*para análise e identificação de irregularidades, o que ocorrerá nos sete dias subsequentes.*"



MS 26.603 / DF

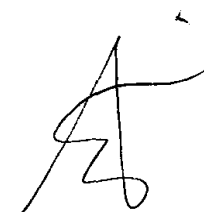
Ressalte-se que, pela legislação eleitoral brasileira, o filiado não precisa informar à Justiça Eleitoral, o motivo pelo qual se desligou do partido, mas tão-somente comunicar o seu desligamento da agremiação.

Tanto é assim que o Sistema de Filiação Partidária Informatizado da Justiça Eleitoral, denominado "FILEX" não possui um módulo de desfiliação. Para tal procedimento, basta que o usuário digite a opção "exclusão" do filiado sem qualquer justificativa.

Forçoso é convir, pois, que a mudança de partido por candidatos eleitos foi regulamentada pela Justiça Eleitoral, não tendo ela feito, ao que se saiba, qualquer objeção à referida prática desde a Emenda Constitucional nº 24/1985, a qual, como visto, suprimiu a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária prevista na Carta de 1967, entendimento ratificado pelos constituintes de 1988.

Essa prática, ademais, importa repisar, encontrava-se solidamente amparada não só na doutrina dominante, como também em pacífica jurisprudência desta Suprema Corte.

Apenas na Sessão realizada em 27/3/2007 é que o Tribunal Superior Eleitoral manifestou entendimento diverso, ao responder



MS 26.603 / DF

afirmativamente à Consulta 1.398/DF, que deu origem à Resolução 22.526/2007.

8. A migração partidária e a proteção da confiança

Durante mais de 20 anos, pelo menos, candidatos eleitos por determinada agremiação política têm migrado para outras siglas, sem qualquer restrição, seja por parte dos partidos políticos, incumbidos de regular a matéria em seus estatutos, por força de previsão constitucional (art. 17, § 1º, da CF), seja por parte da Justiça Eleitoral, que sempre se amoldou ao entendimento doutrinário e jurisprudencial prevalente.²²

Não é por outra razão que Karl Larenz enfatiza a importância dos precedentes pretorianos, nos quais identifica um verdadeiro "Direito judicial", ao afirmar que

"existe uma grande possibilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenam à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das firmas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, serão considerados, decorrido largo tempo, Direito vigente. Disto se forma em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito legal, um Direito judicial (...)." ²³

²² MS 20.916, Rel. Min. Carlos Madeira; MS 20.927, Rel. Min. Moreira Alves; MS 23.405, Rel. Min. Gilmar Mendes.

²³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª ed., 1983, pp. 521/522.



Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do TSE sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos parlamentares que pautaram suas ações pelo entendimento acadêmico e pretoriano até agora dominante.

Não se propugna com isso, é evidente, a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da atividade legislativa, pois as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e ao devir histórico. Mas é preciso que respeitem as situações consolidadas, sob pena de grave solapamento da confiança dos cidadãos nas instituições, com todas as conseqüências nefastas que isso pode acarretar para o convívio social.

9. Das possíveis conseqüências da retroação da Resolução do TSE

Um estudo feito pelo cientista político Carlos Ranulfo Melo sobre a questão da fidelidade partidária revela números, no mínimo, impressionantes:



"Entre 1985 e 6 de outubro de 2001, quando foi encerrado o prazo de filiação partidária tendo em vista as eleições de 2002, nada menos do que 846 parlamentares, entre titulares e suplentes, mudaram de partido na Câmara dos Deputados. A movimentação pode ser percebida em todas as legislaturas. Em média, 28,8% dos que assumiram uma cadeira na Câmara dos Deputados trocaram de legenda durante o mandato.

(...)

Um total de 138 congressistas (16,3% entre os migrantes) trocou de partido pelo menos duas vezes em uma mesma legislatura, outros 3,5% (30 deputados) pelo menos três vezes, enquanto dez congressistas migraram quatro vezes. Uma vez computadas todas as mudanças realizadas pelos deputados, chega-se a um total de 1035 migrações." ²⁴

Embora restrito a um marco temporal determinado, a pesquisa revela uma tendência de migração partidária que, em termos percentuais, certamente manteve-se inalterada nas legislaturas subsequentes.

De fato, a confirmar essa hipótese, o Relator da Consulta do PFL formulada ao TSE, o Ministro César Asfor Rocha, registra que

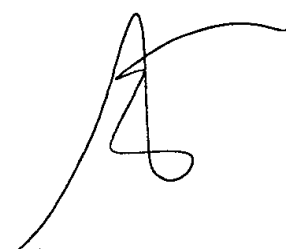
"Um levantamento preliminar dos Deputados Federais eleitos em outubro de 2006, mostra que nada menos de trinta e seis parlamentares abandonaram as siglas partidárias sob as quais se elegeram; desses trinta e seis, apenas dois não se filiaram a outros grêmios partidários e somente seis se filiaram a Partidos Políticos que integraram as coligações partidárias que os elegeram."

²⁴ Melo, Carlos Ranulfo F. *Migração Partidária na Câmara dos Deputados. Causas, consequências e possíveis soluções.* In: BENEVIDES, Maria Victória, VANUCCHI, Paulo e KERCHÉ, Fábio (orgs). São Paulo: Perseu Abramo, 2003, p. 322.

Estamos, pois, cogitando de um número indeterminado de parlamentares, que possivelmente supera a casa do milhar, os quais - a se levar o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral às últimas conseqüências - exerceram o seu mandato de forma ilegítima, à semelhança daqueles que, na atual legislatura, trocaram de partido.

Ora, é certo que os presentes mandados de segurança não dizem respeito aos parlamentares que atuaram em legislaturas passadas e que não foram reeleitos. Mas não se pode perder de vista que os atos por eles praticados poderiam ser havidos como irremediavelmente nulos, assim como os dos litisconsortes destes mandados de segurança, visto que, no momento em que trocaram de partido, os seus mandatos já pertenceriam, de pleno direito, aos respectivos suplentes.

Acontece que, desde o advento da Constituição de 1988, até a presente data, foram aprovadas nada menos do que 55 Emendas ao Texto Constitucional vigente. Muitas delas tratam de direitos e garantias fundamentais, da reestruturação das instituições políticas nacionais e da criação ou modificação de tributos, dentre outros temas da mais alta relevância.



MS 26.603 / DF

E, como é cediço, o processo legislativo de emendas ao texto constitucional requer a observância de formalidades que não podem ser desprezadas: a criação de comissões especiais para a análise da proposta, *quorum* qualificado, votações nominais, dois turnos em cada Casa Legislativa. Esses requisitos são absolutamente incontornáveis, sob pena de nulidade do ato dele resultante por vício de natureza formal.

Mesmo a aprovação de leis complementares e ordinárias, ou ainda a deliberação acerca de medidas provisórias, exigem o cumprimento de ritos próprios em que a participação individualizada de cada parlamentar, nas comissões permanentes e nas sessões plenárias, constitui condição essencial para a higidez do processo legislativo.

Se levarmos às últimas conseqüências, repito, o entendimento consubstanciado na Resolução 22.526/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, segundo a qual a perda de mandato por infidelidade partidária decorreria implicitamente do texto constitucional, vigente desde 5 de outubro de 1988, certamente nos defrontaremos com um problema, para dizer o mínimo, de difícil, senão impossível, solução, representado pelo exercício ilegítimo do mandato por parte de todos os parlamentares que trocaram de partido desde então.



Com efeito, não haveria como fugir da conclusão, imposta por via de conseqüência lógica, de que seriam nulos todos os atos por eles praticados durante o período em que exerceram o mandato de forma ilegítima, o que inclui, além das mudanças constitucionais e legislativas das quais foram protagonistas, aqueles que praticaram no desempenho de funções de natureza administrativa em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Não se pode afastar, ademais, a possibilidade de que muitas das emendas constitucionais hoje vigentes não lograriam atingir o *quorum* mínimo de 3/5 de votos necessários para a sua aprovação, caso se exclua aqueles atribuíveis aos mandatários ditos "infiéis", sendo incomensuráveis os prejuízos para a sociedade que tal situação poderia acarretar, sobretudo em razão da enorme insegurança jurídica que disseminaria.

10. Da ausência de direito líquido e certo

Quando se cogita de fidelidade partidária há de se ter em mente não apenas a exigência de que os membros dos distintos partidos políticos adiram à ideologia e às diretrizes programáticas explicitadas nos respectivos estatutos, mas também que aqueles se mantenham fiéis a esse ideário.



MS 26.603 / DF

Devem, ademais, propiciar aos seus filiados um tratamento equânime no que toca às oportunidades de participação nas disputas por espaços na própria estrutura de poder da agremiação e para que possam concorrer aos diferentes cargos políticos nas eleições proporcionais ou majoritárias.

Tal foi, certamente, a razão pela qual o Ministro Cezar Peluso, ao responder afirmativamente à Consulta 1.398/DF, ressaltou o seguinte em seu voto:

"Algumas **exceções** devem, contudo, ser asseguradas em homenagem à própria necessidade de resguardo da relação eleitor-representante e dos princípios constitucionais da liberdade de associação e de pensamento. São elas, v.g., a existência de **mudança significativa de orientação programática do partido**, hipótese em que, por razão intuitiva, estará o candidato eleito autorizado a desfiliar-se ou transferir-se de partido, conservando o mandato. O mesmo pode dizer-se, *mutatis mutantis*, em caso de comprovada **perseguição política dentro do partido que abandonou**" (grifos no original).

Na ocasião, o Ministro Carlos Ayres de Britto observou que em certas ocorrências, "pode não ser caso de deserção ou traição ideológica. A migração se dá, pelo contrário, por um imperativo de resistência ideológica de membro do partido, ou seja, o candidato não deserdou dos seus ideais, que deserdou foi o partido".



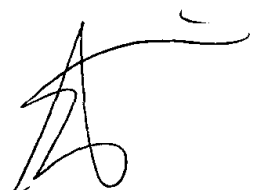
MS 26.603 / DF

Com efeito, o Tribunal Superior Eleitoral, excepcionou duas hipóteses nas quais não incide o princípio da fidelidade partidária: 1) "mudança significativa de orientação programática do partido"; e 2) "comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou."

Essa idéia, aliás, *mutatis mutandis*, encontra-se presente no Projeto de Lei Complementar 35/2007, do Deputado Luciano Castro (PR), aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 14/8/2007 por 282 (duzentos e noventa e dois votos) a favor, 34 (trinta e quatro) contra e 3 (três) abstenções, que estabelece determinadas hipóteses em que a prática da chamada "infidelidade partidária" não é passível de sanções, a saber: a "demonstração de descumprimento pelo partido do programa ou do estatuto partidários" ou a "prática de atos de perseguição política no âmbito interno do partido em desfavor do ocupante de cargo eletivo." ²⁵

Verifica-se, desse modo, que determinadas situações justificam a mudança de legenda pelo candidato eleito, exigindo, antes que se conclua pela afronta ao princípio da fidelidade

²⁵ "Art. 3º. As disposições desta Lei Complementar não se aplicam nos seguintes casos: I - demonstração de descumprimento pelo partido do programa ou do estatuto partidários registrados na Justiça Eleitoral; II - prática de atos de perseguição política no âmbito interno do partido em desfavor do ocupante de cargo eletivo, objetivamente provados; III - filiação visando à criação de novo partido político; IV - filiação visando a concorrer à eleição na mesma circunscrição, exclusivamente no período de 30 (trinta) dias imediatamente anterior ao término do prazo de filiação que possibilite a candidatura; V - renúncia do mandato."



MS 26.603 / DF

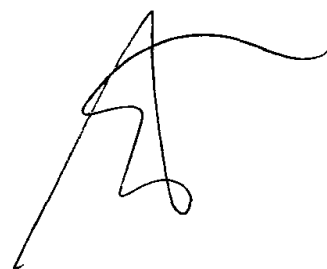
partidária, seja-lhe assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), os quais constituem o verdadeiro núcleo do devido processo legal, constitucionalmente assegurado (art. 5º, LIV, da CF), que, em sua dimensão substantiva atua por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ocorre que a via judicial eleita pelos partidos impetrantes não admite, segundo pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dilação probatória para aferir-se a eventual presença do direito líquido e certo, que exige, como é sabido e ressabido, para a sua aferição prova pré-constituída.²⁶

Esta Suprema Corte, em sucessivas decisões, a exemplo daquela proferida no RE 269.464-DF, Relator o Ministro Celso de Mello, já assinalou que o direito líquido e certo, capaz de autorizar o ajuizamento do mandado de segurança, "é, tão-somente, aquele que concerne a fatos incontroversos, constatáveis de plano, mediante prova literal inequívoca".

Assim, para que se determine a perda de mandato dos parlamentares eleitos que mudaram de legenda, é necessário verificar-se, antes, em respeito ao due process of law previsto na

²⁶ MS 22.695, rel. Min. Celso de Mello.



MS 26.603 / DF

Constituição Federal, os motivos que levaram o parlamentar a trocar de partido ou em que condições tal ocorreu.

Em outras palavras, seria preciso saber, quando menos, se os parlamentares sofreram, ou não, perseguições políticas ou, então, se o partido político abandonou os ideais que prevaleciam no momento de sua filiação.

Ainda que se tenha como válida a Resolução 22.526/2007 do TSE, não há, penso eu, como determinar-se a perda automática dos mandatos dos parlamentares que integram a presente ação na qualidade de litisconsortes, ou de quaisquer outros em idêntica situação, sem instrução probatória que esclareça a real motivação que culminou no abandono da legenda, como bem ressaltado pelo Procurador-Geral da República.

11. Conclusão

Assim, Senhora Presidente, ante as peculiaridades do caso, e em homenagem não apenas aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, bem como em atenção devido processo legal, ao direito à ampla defesa e ao contraditório, postulados sobre os quais se assentam o próprio Estado Democrático de Direito, pelo meu voto, denego a segurança.



04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Senhores Ministros RICARDO LEWANDOWSKI e
CEZAR PELUSO.

V O T O

(Esclarecimento)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A questão **suscitada** no voto do eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, embora **não** argüida **por qualquer** dos sujeitos processuais, **foi**, não obstante, **por mim analisada** no voto **que proferi** sobre o fundo **da presente** controvérsia mandamental.

Salientei, então, **que a desfiliação partidária** do candidato eleito **e a sua filiação** a partido **diverso** daquele sob cuja legenda se elegeu, **ocorridas sem** justo motivo, **assim reconhecido** por órgão competente da Justiça Eleitoral, **embora configurando** atos de transgressão à fidelidade partidária - **o que permite**, ao partido político prejudicado, **preservar** a vaga **até então** ocupada pelo parlamentar infiel -, **não** geram **nem** provocam **a invalidação** dos atos legislativos **e** administrativos, para cuja formação **concorreu**, com a integração de sua vontade, esse mesmo parlamentar.

MS 26.603 / DF

Entendo, Senhora Presidente, que essa questão poderá ser equacionada com a observância da própria jurisprudência desta Corte, que, por mais de uma vez, já aplicou, a tais situações, a teoria do agente estatal "de facto", fundada na doutrina da aparência do direito.


Não se pode desconhecer - tal como ressaltei, precedentemente, em meu voto - o próprio magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal já deixou consolidado em torno das questões surgidas em decorrência da investidura funcional "de facto", orientando-se, esta Corte, em referido tema, como então relembrei, no sentido de fazer preservar, em respeito aos postulados da confiança e da boa-fé dos cidadãos, da segurança jurídica e da aparência do Direito, a integridade dos atos praticados pelo funcionário de fato (HC 71.834/RR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, v.g.).

Esta Corte Suprema tem reiteradamente proclamado, quando defrontada com o exame da questão referente ao denominado servidor de fato, que, "Ainda que declarada a inconstitucionalidade da lei que permitiu a investidura de agentes do Executivo nas funções de Oficiais de Justiça, são válidos os atos por eles praticados" (RDA 126/216, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO - grifei).



MS 26.603 / DF

Enfatizei, então, no voto que proferi na presente sessão de julgamento, que essa diretriz jurisprudencial tem apoio em sólida orientação doutrinária (LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 257/260, itens ns. 3.2 a 4, 8ª ed., 2006, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", p. 236, item n. 2, 22ª ed., 2007, Malheiros; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "Manual de Direito Administrativo", p. 533/534, item n. 3, 12ª ed., 2005, Lumen Juris; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito Administrativo", p. 471, item n. 12.1, 20ª ed., 2007, Atlas, v.g.), cuja lições proclamam, com fundamento na teoria da investidura aparente, "a legitimidade dos atos praticados por funcionários de fato (...)" (THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, "Tratado de Direito Administrativo", vol. IV/84, 4ª ed., 1961, Freitas Bastos).



O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência tem toda razão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Se Vossa Excelência me permite, quero até confortar o eminente Ministro e dar uma certa tranqüilidade a essas preocupações de Sua Excelência, dizendo que jamais passou pela cabeça de nenhum Ministro desta Suprema Corte

MS 26.603 / DF

que, após decidir, numa votação recente, a mudança de jurisprudência pacífica a respeito da prisão civil dos fiduciários na alienação fiduciária, ser essa ilegítima e ilícita, tomar isso como fonte de ação de indenização contra as fiduciárias e contra o Estado por todas as prisões decretadas sob o império da legislação anterior.

É só para tranquilizar Sua Excelência - a menos que alguém me surpreenda - que ninguém sustentará, aqui, a retroatividade e, muito menos, eventual nulidade do que o Parlamento já decidiu etc.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Fico confortado pelos apertes de Vossas Excelências, mas vejo que, na hipótese de qualquer cidadão lançar mão do princípio da universalidade da jurisdição e vir bater às portas do Supremo Tribunal Federal, teremos de buscar, na nossa jurisprudência, uma justificativa para rebater eventuais mandados de segurança que queiram, quiçá, impugnar algum ato praticado por esses impetrantes.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Se qualquer cidadão **questionar**, em juízo, **a validade jurídica** de tais atos legislativos, **não terá ele** qualquer sucesso **perante** o Supremo Tribunal Federal, considerado o próprio magistério jurisprudencial

MS 26.603 / DF

que esta Corte firmou com apoio na presunção da legitimidade dos atos estatais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, mas veja Vossa Excelência como o problema é complexo, e nós teremos que refletir sobre o mesmo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Na realidade, essa questão não é nova, seja em face da jurisprudência desta Suprema Corte, seja à luz do próprio magistério doutrinário, a significar que, simplesmente, não prevalecerá a tese de que se mostrariam **eivados** de nulidade os atos administrativos e legislativos para cuja formação concorreram, com a integração da sua vontade, os parlamentares acoimados de infiéis.

Os fundamentos **que expus** em meu voto **permitem afastar** a preocupação **revelada** por Vossa Excelência, Senhor Ministro RICARDO LEWANDOWSKI.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É uma construção jurisprudencial que teremos de fazer.

04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhora Presidente, o presente mandado de segurança funda-se, ou inspira-se, como todos sabemos, em decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral em março deste ano.

Com efeito, no procedimento de Consulta formulada ao TSE (Consulta nº 1.398/DF) ficou decidido que:

- a) Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.
- b) Isto é, segundo o TSE, o abandono, pelo eleito, da agremiação partidária pela qual se elegeu teria como consequência imediata a legitimação do partido de origem a reivindicar a respectiva vaga, o que implica necessariamente na perda do seu mandato; noutras palavras, segundo o TSE, os mandatos eletivos

MS 26.603 / DF

pertencem aos Partidos Políticos pelos quais os representantes se elegem, e não aos eleitos;

Invocando essa decisão da Corte eleitoral, o Partido ora impetrante formulou requerimento ao Presidente da Câmara dos Deputados, pedindo-lhe que declarasse a vacância dos mandatos dos deputados que no último pleito se elegeram sob a legenda do partido, e que posteriormente se desfiliaram e aderiram a outras agremiações partidárias. O Presidente da Câmara dos Deputados indeferiu o pedido. Daí a impetração deste mandado de segurança.

Creio que a solução da controvérsia requer, ainda que de forma breve, que se revisitem umas poucas noções fundamentais de direito constitucional que estão à base de todos os regimes democráticos contemporâneos.

Refiro-me às questões pertinentes à soberania popular e à representação política, temas que, como todos sabemos, estiveram no centro das discussões travadas no curso das duas grandes revoluções de finais do século XVIII - a americana e a francesa.

A esse propósito, adianto que, num dos votos proferidos no TSE, colhi uma frase que me causa uma certa perplexidade. O ministro que a proferiu o fez como contraponto ao que afirmara o grande jurista e ex-membro desta Corte,

Supremo Tribunal Federal

MS 26.603 / DF

Ministro Victor Nunes Leal, em debate realizado nos anos 50, em que S. Exa. afirmou o seguinte sobre o tema ora em discussão (expulsão do infiel):

"O Sr. Ministro Victor Nunes Leal - E esse tipo de sanção traria a vantagem de não desmentir o princípio hoje mais ou menos consagrado, de que o deputado REPRESENTA O POVO; EMBORA ESCOLHIDO PELO CRITÉRIO PARTIDÁRIO, REPRESENTA O POVO";

Já o nosso atual ministro do TSE, rebatendo a afirmação do Ministro Victor Nunes Leal, sustentou o seguinte:

"A proposição concessiva empregada pelo eminente Ministro e jurista, segundo a qual 'o deputado representa o povo, embora escolhido pelo critério partidário', deve converter-se e ser lida em termos causais: 'O DEPUTADO REPRESENTA O POVO, PORQUE ESCOLHIDO PELO CRITÉRIO PARTIDÁRIO'."

Com todas as vênias, a meu sentir, essa afirmação categórica apresenta problemas que a incompatibilizam com a inteligência que o constituinte quis dar ao nosso sistema de representação política.

É que o argumento acolhido pelo TSE coloca o partido político como o elemento central, incontestável, de toda a nossa organização política. Faz dos partidos políticos a fonte derradeira de toda a legitimidade democrática em nosso país. Esse argumento faz, a meu ver, a mais absoluta abstração daquele que, em realidade, encarna a própria soberania - o povo. E isso

ficou claro nos debates ocorridos ontem e hoje, nos quais praticamente não se falou do povo, do eleitor. A soberania do povo, ou soberania popular, como é sabido, constitui o elemento-chave de todas as democracias atualmente existentes. Ao conferir essa centralidade exacerbada aos partidos políticos, o Tribunal Superior Eleitoral esqueceu-se de que a nossa organização político-constitucional é informada por um princípio capital inserido logo no § 1º do art. 1º da Constituição que diz: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". O poder, portanto, na nossa organização político-constitucional, deriva diretamente do povo. O povo é que é o seu titular absoluto, a sua fonte primordial. Os partidos políticos, embora indispensáveis e extremamente importantes, são meros instrumentos através dos quais o poder se exerce, em princípio através de representantes eleitos, embora a Constituição admita algumas formas de exercício direto de poder pelo povo.

Para exercer esse poder de que é titular, o povo se serve dessa instituição importantíssima, incontornável, das democracias modernas, que são os partidos políticos. Mas isso não significa que ele, povo, renuncie, em nome do partido, à sua condição de depositário derradeiro da soberania.

MS 26.603 / DF

Aliás, Senhora Presidente, permita-me abrir aqui um parênteses, é que eu me pergunto se essa apregoada preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular encontra eco na realidade da sociedade moderna em que vivemos, sociedade de massas, conectada planetariamente, com múltiplas formas de expressão da vontade dos mais diversos segmentos sociais.

Tenho minhas dúvidas, e nesse sentido, lembro do papel crescentemente importante desempenhado nos dias atuais por organizações tais como as organizações não-governamentais.

Tive o privilégio de assistir nos Estados Unidos da América há cerca de sete ou oito anos o papel decisivo que uma organização espontânea, que surgiu durante o processo de *impeachment* de um presidente daquele país, teve no desfecho do processo de *impeachment*. O nome da organização era "Move on".

Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária.

O outro problema que eu detecto na decisão do Tribunal Superior Eleitoral que deu origem a toda essa controvérsia, tem pertinência com a questão da representação política, também um elemento decisivo dos regimes democráticos contemporâneos.

MS 26.603 / DF

O sagaz abade Emmanuel de Sieyès, constituinte francês de 1789 e talvez o mais influente teórico dos primórdios do constitucionalismo, não sem segundas intenções, discorreu largamente sobre a questão da representação política. Para Sieyès, a soberania estatal reside no povo, que ele espertamente converteu numa entidade jurídica abstrata denominada Nação. Povo e nação, para Sieyès, são a mesma coisa. A nação é soberana, mas ela detém uma personalidade jurídica distinta dos indivíduos que a compõem. Tal como as demais pessoas jurídicas, a Nação, personificada no Estado, para agir e exprimir-se, tem necessidade de dotar-se de um estatuto jurídico que institui e organiza os órgãos incumbidos de agir em seu nome. Esse estatuto jurídico é a Constituição. A Constituição, por sua vez, ao constituir o Estado, define e estrutura certos órgãos cuja função é de traduzir a vontade da nação soberana, vontade essa expressa sob a forma de leis. A função desses órgãos estatais seria, portanto, a de traduzir a vontade do povo soberano, e não as hipotéticas vontades ou interesses próprios das instituições ou corpos intermediários que, em última análise, são meros mecanismos de veiculação da vontade do titular da soberania.

Essas breves considerações que faço encontram, a meu sentir, total ressonância no art. 45 da Constituição, que

MS 26.603 / DF

estabelece: "A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo".

Daí, Senhora Presidente, se o titular derradeiro do poder é o povo, em nome de quem agem os representantes, tenho dificuldades em admitir que no nosso sistema constitucional o centro de gravidade, ou seja, a fonte de legitimidade de todo o poder esteja nos Partidos Políticos, como decidiu o Tribunal Superior Eleitoral. Não vejo como admitir, no Brasil, a existência dessa "PARTIDOCRACIA" a que fez alusão o Ministro César Asfor Rocha em seu voto no TSE. A propósito, indago: qual seria o modelo dessa PARTIDOCRACIA de que tanto fala o TSE? O modelo soviético, que vigeu na Europa Central e do Leste? O modelo cubano? Ou o longevíssimo modelo mexicano do PRI?

Em realidade, ao fazer uma opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Superior Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana. Tornou-o irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos.

Creio ser pertinente, para iluminar a discussão de tema tão capital, trazer à tona os sempre judiciosos ensinamentos do professor José Afonso da Silva, na sua conhecida obra "Direito Constitucional Positivo":

MS 26.603 / DF

"O regime representativo, no Estado burguês, procura resolver o conflito de interesses sociais por decisões da maioria parlamentar. Maioria que nem sempre exprime a representação da maioria do povo, porque o sistema eleitoral opõe grandes obstáculos a parcela ponderável da população, quanto ao direito de voto, para a composição das Câmaras Legislativas. Daí decorre que a legislação nem sempre reflete aquilo que a maioria do povo aspira, mas, ao contrário, busca sustentar os interesses da classe que domina o poder e que, às vezes, está em contraste com os interesses gerais da Nação. As classes dirigentes, embora constituindo concretamente uma minoria, conseguem, pelo sistema eleitoral, impedir a representação, nos Parlamentos, da maioria do povo, razão por que, fazendo a maioria parlamentar, obtém uma legislação favorável.

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação. As técnicas que a democracia usa para concretizar esses princípios têm variado, e certamente continuarão a variar, com a evolução do processo histórico, predominando, no momento, as técnicas eleitorais com suas instituições e o sistema de partidos políticos, como instrumentos de expressão e coordenação da vontade popular".

Se o sistema representativo, tal como o conhecemos, é responsável pelo alijamento do processo político de parcelas consideráveis da população, como sustenta o emérito professor da Universidade de São Paulo, a PARTIDOCRACIA preconizada pelo Tribunal Superior Eleitoral se constituirá, sem sombra de

MS 26.603 / DF

dúvidas, em um formidável reforço a esse processo de alheamento da cidadania em relação às questões de interesse nacional.

Senhora Presidente, deixo de lado o terreno movediço em que trafegam ao mesmo tempo o Direito Constitucional e a Filosofia Política, e passo ao exame da controvérsia sob o ângulo do direito constitucional positivo. Nessa seara, meu entendimento coincide com aquele externado nestes autos pelo eminente Procurador-Geral da República, com os diversos votos que capitanearam os precedentes da Corte sobre a matéria (MS 20.927 e 23.405) e com o voto vencido externado pelo Ministro Marcelo Ribeiro, do TSE. Ou seja, não me parece adequado resolver a questão posta nos autos à luz de princípios supostamente implícitos na nossa Constituição. A razão para isso é muito simples. É que, a meu ver, o constituinte de 1988 disciplinou conscientemente a matéria, e fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, que previa a perda do mandato nesses casos. Optou, nos artigos 55 e 56 da Constituição, por dizer de maneira exaustiva quais são as hipóteses de perda do mandato pelo parlamentar eleito pelo voto popular. Dentre essas hipóteses, não figura a perda por infidelidade partidária, como bem já decidiu esta Corte diversas vezes.

MS 26.603 / DF

Cito, a propósito, voto do meu ilustre antecessor, Ministro Moreira Alves, no MS 20.927:

"Com a Emenda Constitucional nº 25/85, deixou de existir esse princípio de fidelidade partidária, e, em razão disso, a mudança de Partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado o inciso V do artigo 35 que enumerava os casos de perda de mandato.

(...) Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, "a"; 58, parágrafo 1º; 58, parágrafo 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55".

Também comunga desse entendimento o ilustre e querido jurista, professor Sérgio Sérvulo da Cunha, que, também citando José Afonso da Silva, sustenta o seguinte:

"Ao partido, e a mais ninguém, compete aplicar sanção por quebra de fidelidade partidária (...). Ao contrário, então, da Constituição anterior, a nova não prevê a possibilidade da perda do mandato em função de infidelidade partidária. Segundo José Afonso da Silva, além de não admitir a perda do mandato em face de infidelidade partidária, a Constituição vai mais longe, estabelecendo vedação nesse sentido. Deveras, no art. 15, a Lei Fundamental, 'declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo'. Já a Constituição anterior não só exigia que os partidos reclamassem

MS 26.603 / DF

disciplina dos seus membros como previa a perda do mandato do parlamentar que deixasse o partido pelo qual fora eleito ou descumprisse as diretrizes legitimamente estabelecidas pela direção partidária”.

Por outro lado, entendo que a impetração esbarra-se num outro obstáculo de peso, que é o princípio do devido processo legal. Postulou-se junto ao presidente da Câmara dos Deputados pura e simplesmente a destituição dos deputados ditos trãsfugas. O Presidente da Câmara indeferiu o pedido, por falta de base constitucional. Note-se, porém, que mesmo nas hipóteses em que a Constituição Federal expressamente prevê a perda de mandato parlamentar, como bem sustentou o ministro Eros Grau, ela assegura aos interessados a ampla defesa, antes que medida tão grave seja tomada. Daí a pergunta: é razoável decretar-se, como pedem os partidos impetrantes, a perda do mandato parlamentar unicamente com base nos dados objetivos fornecidos pelos partidos interessados, que trouxeram aos autos a prova da desfiliação? Não se examinarão as possíveis causas (certamente, algumas nobres, outras bem menos!) dessa desfiliação? Tem relevância apenas a conduta ética individual do parlamentar ou, ao contrário, também importam eventuais desvios programáticos ou acordos espúrios firmados pela organização partidária?

Pelo visto, a impetração silencia-se completamente a respeito dessas indagações. E isso, a meu sentir, retira da

MS 26.603 / DF

postulação os requisitos de liquidez e certeza indispensáveis ao seu deferimento.

Assim, Senhora Presidente, por mais que eu comungue dos anseios generalizados em prol de uma moralização da vida político-partidária do nosso país, não vejo como fazê-lo nos termos propostos na impetração, razão pela qual eu denego a segurança, pedindo vênias aos que votam pela concessão.

Caso se venha a atingir a maioria pela concessão da segurança, acolho na integralidade, por maiores que sejam as dificuldades que ela engendra, a proposta do Procurador-Geral da República no sentido de que a decisão só produza efeitos *ex nunc*. O que me comanda a fazê-lo é, sobretudo, o princípio da segurança jurídica, uma vez que em pelo menos três precedentes, um deles já com a presença de boa parte da atual composição, esta Corte decidiu que a Constituição Federal não autoriza a perda de mandato do eleito que pratica infidelidade partidária ou que se desfilia do partido pelo qual foi eleito.


Eu peço vênias ao Min. Celso de Mello por não poder acompanhá-lo na proposta de modulação dos efeitos, de modo que ela só venha a produzir efeitos a partir da decisão do TSE. Faço isso em primeiro lugar por que nós estamos em sede de Mandado de Segurança em que se impugna um ato de autoridade pública. Ora a decisão do TSE é seguramente anterior ao ato da autoridade

MS 26.603 / DF

pública supostamente coator, que é o indeferimento pelo presidente da Câmara dos Deputados

Por outro lado, como bem definiu o min. Celso de Mello em seu voto, que eu acompanho em linhas gerais, apenas não o acompanhando na conclusão, o min. Celso de Mello defendeu que o que assegurou aos deputados a possibilidade de mudança de partido foi a jurisprudência do STF, jurisprudência essa que se encontra plenamente válida até esta data. Logo, não vejo como retroagir essa eventual decisão concessiva a março de 2007.

É assim como eu voto.



04/10/2007

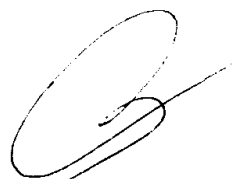
TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, começo elogiando, com toda sinceridade, os votos até agora proferidos pelos meus Pares, repassados de estudo, profundo conhecimento e sabedoria.

Lançarei alguns poucos pressupostos teóricos do voto que trouxe por escrito, mas que também não farei a leitura por inteiro; tentarei podar alguns trechos na perspectiva de uma oralização tanto quanto possível.

Nesse modelo de ciência jurídica ou ciência do Direito, que é o pós-positivismo, os princípios são normas. A palavra norma tornou-se um gênero que se bifurca ou biparte em princípios e regras. O pós-positivismo, mais do que afirmar o caráter normativo dos princípios, atesta que eles são supernormas, as normas mais importantes do direito positivo, notadamente da Constituição, de modo que os princípios, hoje, enquanto normas de proa, de primeira grandeza, ocupam uma posição de centralidade, a partir da Constituição, vale dizer, os princípios que, na nossa Constituição, se dotam dessas virtudes da onivalência, da auto-



MS 26.603 / DF

referência e da auto-aplicabilidade em muitas situações, são aptos a resolver casos concretos. É possível extrair deles as normas de que os operadores do Direito precisam para solucionar controvérsias. Aliás, o Ministro Cesar Asfor Rocha, no magnífico voto que proferiu, lá no TSE, a propósito das consultas aqui tantas vezes referidas, assim se pronunciou.

Além do mais, os princípios são os que mais conferem unidade material à Constituição, congruência à Constituição, que não faria do Direito um sistema, um ordenamento se ela própria, Constituição, não fosse um sistema, um ordenamento, além de os princípios dotarem a Constituição de uma espécie de jogo de cintura, de uma versatilidade para acompanhar as mutações do cotidiano, impedindo, muitas vezes, pela sua aplicabilidade, que se precise do recurso a uma reforma oficial, a uma emenda formal.

E os princípios, enquanto normas operantes, operativas impedem que o Direito conheça certas contradições. Geraldo Ataliba dizia que não faz sentido interpretar a Constituição como uma fortaleza de paredes indestrutíveis, protetora de certos bens jurídicos como a autenticidade do regime representativo, a lisura do processo eleitoral, a soberania do voto popular, e fechar essa fortaleza com portas de papelão. Seria o modo mais desinteligente de interpretar a Constituição brasileira.



MS 26.603 / DF

Senhora Presidente, com base nesses pressupostos, farei a leitura abreviada do meu voto. Mas não sem antes dizer que uma distinção essencial entre nação e povo nos possibilita concluir que, se o Direito pós-Constituição é originário dos representantes do povo - o qual confere legitimidade aos parlamentares a cada quatro anos e também às chefias do Poder Executivo -, se o povo confere essa legitimidade e se põe como instância produtora do Direito na democracia representativa, a Nação é a única produtora da Constituição originária, somente ela produz a Constituição. E a Nação é uma realidade atemporal, pois é mais que o povo. Este é uma realidade do aqui e do agora, presente, visível, próximo, ou um pouco mais distante, no entanto, é sempre passível de quantificação, de estatística. A Nação é uma linha imaginária que costura a unidade do povo de ontem, do povo de hoje e do de amanhã.

Apenas a Nação detém o poder constituinte, redundantemente dito originário - se é constituinte, só pode ser originário. Só há um poder constituinte: o titularizado pela Nação. Esta produz a Constituição por efeito de um processo eletivo. A primeira legitimidade democrática é a que a Assembléia Nacional Constituinte exprime, quando eleita, para produzir a Constituição. Tudo o mais já é uma legitimidade pós-Constituição.

A legitimidade dos representantes do povo - dos parlamentares e das chefias executivas - é quadrienal, temporária,



MS 26.603 / DF

advinda de cada processo eleitoral renovado. É uma legitimidade popular.

A legitimidade do Judiciário - e, mais de perto, a do Supremo Tribunal - deflui da Constituição. O guardião da Constituição é também legítimo, porque defende uma vontade normativa nacional, depositada no Texto Magno, que é permanente e transgeracional desde o nascedouro.

São duas democracias, duas legitimidades. A nossa não é eletiva. Não fomos eleitos, mas somos os supremos guardiões da Constituição. Dessa guarda maior retiramos a nossa legitimidade.

Desse modo, interpretar e aplicar a Constituição, inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços de legítima atuação dos Poderes, não é usurpação, é isso que nos cabe fazer. E nessa medida, conforme Lourival Vilanova, cumprimos uma função política, porém com necessária fundamentação técnica ou jurídica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A função política aqui não é função política partidária exatamente porque quem define limites de competência, inclusive os da sua própria, exerce um papel político.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Perfeito.



04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERALV O T O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO**

Começo por lembrar que **todo partido político é, antes de tudo, modalidade de associação**. Reunião formal de pessoas naturais para compor uma realidade nova, chamada de "pessoa jurídica". Pessoa jurídica ou pessoa plural. Coletiva. Não de acordo com a lista que se lê nos incisos de I a V do art. 44 do Código Civil brasileiro, mas enquanto expressão do direito individual que a nossa Constituição vocaliza por esta forma: "é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter militar" (inciso VII do art. 5º.)

2. Mais exatamente, esse direito constitucional é do tipo individual, porém exercitável por modo necessariamente coletivo; ou seja, "pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos", segundo - agora sim - definição que se lê na cabeça do art. 53 do nosso Código Civil (lei federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Isto porque "o substrato básico" (Celso Antônio Bandeira de Mello) sobre que repousa toda associação é, logicamente, uma

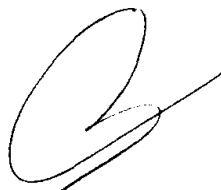


MS 26.603 / DF

pluralidade orgânica de pessoas (orgânica, seja no sentido de uma duradoura ou consistente identidade de propósitos, seja quanto à formalização jurídica da congregação personativa em si). Não um serviço ou atividade juridicamente personalizada (caso das autarquias), menos ainda a personificação normativa de um patrimônio (caso das fundações).

3. Assim constitucionalmente focado como pessoa jurídica do tipo associativo, cada partido político é constituído de pessoas naturais **que desfrutam do direito a uma livre filiação e desfiliação**. Confira-se: "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado" (C.F., inciso XX do art. 5º.). Sendo assim, o cancelamento como sócio ou membro de um partido, tanto quanto a transferência de um para outro quadro societário, tudo faz parte das regras constitucionais *do jogo associativo*. Opções que se alojam no âmbito da autonomia de vontade dos indivíduos. **Pelo que não podem configurar ato ilícito**, ainda que socialmente reputadas como inconsistência ou até mesmo traição ideológica.

4. Sucede que essa voluntária desfiliação, quando inteiramente discricionária ou sem nenhuma outra justificativa que não o puro querer subjetivo do até então associado, é uma opção que tem suas conseqüências jurídicas. **As conseqüências lógicas,**



MS 26.603 / DF

elementares, auto-evidentes da escusa de deveres e do exercício de direitos que tenham a sua única razão de ser na permanência mesma da filiação. Estou a dizer: a desfiliação é ato unilateral-voluntário que, uma vez formalizado, aparta o desfiliado do grêmio a que pertencia. *Corta o seu cordão umbilical* partidário. Deixando ele, ex-associado, de cumprir os deveres e exercer os direitos que eram próprios de sua formal e anterior vinculação. Ônus e bônus ficando para trás, então, por uma só e discricionária decisão.

5. E aqui vem a nevrálgica pergunta: dentre esses direitos que o ex-filiado *já não leva pra casa*, já não carrega a tiracolo como se fosse a própria roupa do corpo ou uma bolsa de moedas, está o mandato parlamentar que se obtém pelo sistema proporcional de votos?

6. Uma primeira resposta: se considerarmos que o mandato foi obtido em virtude de um obrigatória filiação partidária, a que se agrega um registro eleitoral e o alcance de um quociente de votos que só do partido mesmo é exigível (isolado, ou coligadamente), tudo isso imbricado com o direito do respectivo partido a um funcionamento parlamentar (inciso IV do art. 17 da CF), **a voluntária desfiliação não pode deixar de implicar uma perda do mandato.** Perda, não como castigo ou sanção, visto que nenhum ato ilícito foi



MS 26.603 / DF

praticado pelo agente que simplesmente cancela sua filiação, ou então se transfere para os quadros de uma outra unidade partidária. Porém como expressão de renúncia tácita. Renúncia lógica. *Um abrir mão* da continuidade do exercício do mandato, como sucederia com quem deixasse a condição de sócio de qualquer outra entidade da espécie associativa, ainda que, por eleição, estivesse a exercer cargo de direção.

7. Esse *bater em retirada*, emanação direta de uma constitucional autonomia de vontade, é direito potestativo que opera pelo automático desligamento partidário do parlamentar. O desligamento em si como o próprio objeto do direito subjetivo. Mas de sorte a reinvestir o partido, também por modo automático, na inteireza da sua composição numérico-parlamentar. Na integridade de sua bancada, tal como ressaída, com toda legitimidade, *da pia batismal* do voto popular. Recomposição que se dá pela convocação de quem já diplomado como primeiro suplente do partido ou coligação, conforme o caso. Pois somente assim é que se restaura a pureza de uma relação de direito que tanto faz o candidato depender do partido, no período de registro da candidatura e demais fases do processo eleitoral até à votação popular, quanto o partido depender do candidato já eleito, na subsequente fase de atuação parlamentar de um e de outro. Despontando claro o raciocínio de que,

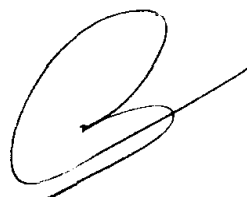


MS 26.603 / DF

progressivamente abandonado pelos seus eleitos, o partido se expõe ao risco mortal de **zerar seus representantes legislativos e aí já não ter como exercitar o seu direito subjetivo a um funcionamento parlamentar**. Nem perante o Parlamento mesmo, nem perante o Supremo Tribunal Federal, para o manejo das conhecidas ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADIN's, ADC's, ADPF's)¹. E se falo do parlamentar como representante do partido - e não somente do povo -, é porque a Magna Lei assim o diz, com todas as letras, nos §§ 2º e 3º do art. 55, tanto quanto no inciso LX do art. 103.

8. Com efeito, e já agora considerando que o partido político é associação de tão relevante especificidade que tem na Constituição mesma a fonte primaz do seu regime jurídico, impossível esconder que é em virtude de um mais qualificado *emparceiramento* com ele, grêmio partidário, que se é eleito e se exerce mandato político-eletivo. Não uma coisa ou outra, alternativamente, mas uma coisa e outra ao mesmo tempo. Geminadamente ou por modo siamês, porque assim é que dispõe a Constituição, renove-se o juízo. Cabendo remarcar: a) que a filiação partidária é uma das explícitas condições de elegibilidade para cargo de representação popular (inciso V do § 3º. do art. 14); b) o caráter nacional de todos eles,

¹ Constituição Federal de 1988, art. 103: "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: VIII - partido político com representação no Congresso Nacional". Lei nº. 9.882/99, art. 2º: "Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade";



MS 26.603 / DF

partidos políticos; c) o direito que lhes assiste a um funcionamento parlamentar, de acordo com a lei (inciso IV do art. 17). Direito que lhes possibilita uma atuação ortodoxamente imbricada com a dos respectivos parlamentares - seus imediatos representantes - para, exemplificadamente, um controle recíproco de atuação (espécie intrapartidária de *freios e contrapesos*), propor a abertura de processo para perda de mandato (§§ 2º. e 3º. do art. 55), requerer a sustação do andamento de ações penais da competência originária do Supremo Tribunal Federal (§ 3º. do art. 53), fazer-se partícipe, proporcionalmente às respectivas bancadas, tanto na constituição das Mesas legislativas quanto nas comissões parlamentares, inclusive durante o recesso de todo o Poder Legislativo (§§ 1º. e 3º. do art. 58).

9. Daqui avulta a compreensão de que todo parlamentar, debaixo do mencionado sistema proporcional, não se registra, não se elege e nem atua sozinho já depois de eleito. Por isso que, se tem o direito de abandonar seu quadro partidário, discricionária ou potestativamente, não pode fazer desse espontâneo apeiamento do poder um aríete derruidor do funcionamento parlamentar do seu até então partido político. Donde o precedente juízo da automática recomposição do quadro numérico partidário, até mesmo como respeito ao corpo de eleitores e à autenticidade do regime representativo,



MS 26.603 / DF

elemento conceitual da democracia indireta. Também saltando aos olhos que o primeiro modo de o parlamentar exercer o múnus representativo-popular é não desocupar a cadeira partidária em que foi eleitoralmente assentado.

10. É certo que as regras constitucionais citadas no penúltimo parágrafo deste nosso voto são indistintamente aplicáveis a senadores e deputados. Mas isto não significa desconhecer o vínculo jurídico de maior dependência dos deputados federais aos partidos sob cujas legendas se elegeram, porque, antes, a Constituição já dissera: a) que os deputados federais são "representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional" (art. 45, *caput*); b) que os senadores são "representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário" (cabeça do art. 46). E tal dualidade de regime normativo implica mesmo dois modos diferenciados de estar no partido.

11. Explico. Pelo princípio majoritário de eleição, próprio das candidaturas a cargo de senador da República, a *majoritariedade* mesma (a significar vitória eleitoral pela obtenção da maioria nominal ou unipessoal de votos) **tem que ser alcançada pelos candidatos**. Uns em confronto com os outros. Candidatos *versus* candidatos. Já pelo sistema proporcional de eleição, essa



MS 26.603 / DF

majoritariedade há de ser alcançada pelos partidos políticos e suas eventuais coligações. Uns em oposição aos outros. Partido *versus* partido, coligação *versus* coligação. Do que se percebe, instantaneamente, que pelo primeiro sistema (o majoritário) há um componente bem maior de individualidade. De prestígio pessoal de cada um dos contendores. Cada qual a se confrontar, pessoalmente, com seus adversários. Sem que se exija das respectivas agremiações partidárias (isolada ou aliançadamente) nenhum patamar de votos mínimos. Nenhuma cláusula *quantitativa de barreira*. Tudo se resolve pelo escore eleitoral do jogo entre individualizados contendores, que não podem se beneficiar do bom desempenho senão de si mesmos. Logo, sem que se possa falar *nem de puxadores de votos nem de caroneiros*. Ainda que se trate de eleição para preenchimento de duas vagas em cada Estado e no Distrito Federal.

12. Ora bem, tudo isso é o contrário do que se dá na órbita do sistema proporcional. Aqui, a *majoritariedade* deixa de ser imediatamente individual para ser coletiva. A *performance* eleitoral do conjunto dos agremiados é o que mais conta. Exige-se desse conjunto um patamar mínimo de votos, e não dos candidatos de per se. Logo, a exigência da obtenção de maioria de votos (majorietariadade) não se encarna senão em cada partido e em cada eventual coligação. Do que decorre um tipo bem mais cômodo de competição entre os



MS 26.603 / DF

candidatos, pelo efetivo desfrute de uma situação de socorro mútuo. Também assim, um vínculo jurídico ainda mais próximo entre os que se abrigam sob as mesmas legendas ou siglas partidárias, a cada eleição, na compreensão final de que todos se encontram *no mesmo barco* ou partilhando da mesma sorte eleitoral. Pois o mais votado nem por isso tem garantida a sua eleição, assim como o menos votado ainda assim não chega a se constituir *em carta fora do baralho* (conserva a chance de se eleger). Donde um mais visível componente ético de dívida de gratidão dos ocasionais eleitos para com toda essa comunhão de companheiros, energia e bandeira de luta partidária².

13. Um maior engate lógico já se percebe. A cada eleição para o provimento de cargos submetidos ao sistema proporcional de votação, o corpo eleitoral de uma dada circunscrição compõe um determinado quadro ideológico. Uma configuração política ou de filosofia política em concreto. Uma bancada monopartidária, ou coligacional. Prestigiando, assim, no uso da soberania que somente ao povo assiste, determinados agrupamentos enquanto verdadeiro centro subjetivado de uma particularizada forma de conceber e praticar o governo da pólis. *Saltando à inteligência* que aos eleitos por esse ou aquele partido político, essa ou aquela coligação

² Diz o art. 108 da lei federal n. 4.737/65: Art. 108 - Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente



MS 26.603 / DF

partidária, não é dado alterar o perfil ideológico então ressaído da vontade popular. Pena de desrespeito frontal a uma soberania que, por definição, é a qualidade de um poder que se coloca acima de tudo e acima de todos (soberania vem da expressão latina *super omnia*, a significar, exatamente, o que está acima de tudo e acima de todos). Donde a imperiosa dedução de que o desistente da filiação partidária, seja por desligamento puro e simples, seja por migração para uma outra legenda **que até combateu no período de campanha**, decai instantaneamente da condição de representante do povo. Renuncia ao mandato que lhe foi adjudicado por efeito de uma inextrincável ambiência de identidade ideológica e conjugação de toda sorte de esforços. E que somente pode ser exercido a *quatro mãos*. Individual e partidariamente, destarte. Sem que isto venha a significar tirania do partido sobre a liberdade de consciência do parlamentar, porquanto deste somente é exigido aquele tipo de fidelidade que traduza o próprio respeito ou apego ao respectivo programa partidário e de campanha eleitoral.

14. Verdade - não se nega - que o nosso Magno Texto Federal se fez silente quanto a essa modalidade de renúncia tácita. Não menos verdadeiro, porém, que ele também silenciou quanto a qualquer tipo de vacância que não a resultante da infringência a determinadas proibições, ou do cometimento de certos ilícitos, de

partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.



MS 26.603 / DF

pronto listados (art. 55). Somente falou de renúncia a cargo parlamentar em uma única oportunidade (§ 4º. do art. 55), mas justamente para impedir a consumação dos seus efeitos, quando já em curso processo tendente à perda do mandato do renunciante. A sinalizar que o problema não se resolve com a invocação do puro silêncio normativo na matéria, **porém com a falta de inclusão do tema nas hipóteses em que ela, Constituição, ressaltou situações de manutenção do mandato.** Refiro-me ao art. 56, percebe-se, **que não incluiu a desfiliação partidária do parlamentar eleito como causa de excepcional continuidade no exercício da representação político-eletiva.** Não-inclusão que tenho como o *dobro de sinos* do mandato do deputado desertor, ou, pior ainda, trânsfuga. Visto que os deputados federais (tanto quanto os deputados estaduais e os vereadores) são os agentes políticos que representam o povo e seus partidos, além de "presentarem" (Pontes de Miranda) a si mesmos. A traduzir uma tricotomia de interesses que já sinaliza um senhorio igualmente tricotômico do mandato. Não do mandato enquanto objeto ou coisa material (que ele não é), mas enquanto função pública³.

15. Acresce que o § 1º. do art. 17 da Lei Fundamental remete para os estatutos de cada grêmio político as "normas de disciplina e fidelidade partidária". Isto, naturalmente, em prol do

³ Essa proposição de que os parlamentares também representam os seus partidos, e não apenas o povo, exsurge dos seguintes dispositivos da Constituição Federal: §§ 2º. e 3º. do art. 55, mais o inciso VIII do art. 103.



MS 26.603 / DF

partido e em desfavor do filiado. Importando lembrar, porém, que a infidelidade máxima é alguém abandonar o partido após a investidura no mandato parlamentar. Embora se cuide, já foi realçado, de infidelidade não-constitutiva de ilícito que não seja o de ordem moral-ideológica. Daí a exegese da presunção de renúncia ao respectivo exercício, sem caráter sancionatório, é certo, mas por imperativo de elementar lógica jurídico-societária. Renúncia que somente não se impõe como imperativo hermenêutico-constitucional se o desistente alega e comprova (ele mesmo, e não o partido) que está a se desfiliar por motivo imperioso, transcendente do seu puro subjetivismo, como, *verbi gratia*, uma tão injustificada quanto raivosa perseguição pessoal. Ou uma deserção dos ideais de campanha e de programa partidário, não por ele próprio, desistente; mas pelo partido mesmo. Ou ainda uma situação em que ele, parlamentar, é que foi expulso dos quadros partidários.

16. Por todo o exposto, concedo a segurança, comprovadas que se acham a liquidez e certeza do direito dos impetrantes à declaração de vacância dos cargos aqui reivindicados (todos preenchidos sob o sistema proporcional de eleição).

É como voto.



04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, é uma das desvantagens do sistema que alguns Ministros tenhamos de declarar os nossos votos, a esta hora e a esta altura, quando já se vão desvanecendo a concentração e a retenção própria das primeiras horas do dia. Mas, como temos o dever funcional de fazê-lo, tentarei relevar, sobretudo, alguns pontos a cujo respeito já me manifestei na consulta que se tem cogitado nessas causas e que farão parte de um aprofundamento no voto escrito que farei juntar aos autos.



04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhora Presidente, a minha primeira observação é que a sociedade, à qual esta Corte se dirige, deve receber com naturalidade extrema a divergência de opiniões, sobretudo em questões político-constitucionais que envolvem o delicado mecanismo jurídico de equilíbrio entre os Poderes.

A nenhuma Corte do mundo exige-se unanimidade em certos temas, e não surpreende que todas as opiniões ora sustentadas, ainda que contraditórias, conte, aqui ou ali, com o apoio de alguns doutrinadores e, até, de importante precedente, cujo teor hoje já se qualificou como de alcance pacífico, quando, no julgamento em que foi tomado, quatro Ministros manifestaram opinião dissidente, demonstrando que o entendimento da douta maioria não era tão pacífico, e que nem é tampouco absurda, como de certo modo também já se insinuou, a postura do Tribunal Superior Eleitoral.

O Direito não é lógica; pelo menos, não é lógica formal, à moda euclidiana do *more geométrico*, em que de certas premissas postas se tiram, segundo certas regras, conclusões que um computador alimentado por *software* competente deduziria melhor do que qualquer ser humano. O terreno do Direito é o terreno do discutível, do razoável, da prudência, da Retórica enfim, e, por isso,



MS 26.603 / DF

não deve a sociedade surpreender-se com a divergência, mas considerar a consistência dos fundamentos de cada voto.

Retomo, daqui, com acréscimos necessários, o voto que proferi na Consulta.

I. O sistema representativo proporcional.

1. É bem conhecida, desde antes da clássica obra de **JOHN STUART MILL** sobre o tema, a conveniência política da adoção de um governo representativo: *“o único governo capaz de satisfazer a todas as exigências do estado social é aquele do qual participou o povo inteiro; que toda a participação, por menor que seja, é útil (...)”*. Como, porém, *“é impossível a participação pessoal de todos, a não ser numa proporção muito pequena dos negócios públicos, o tipo ideal de um governo perfeito só pode ser o representativo”*¹. Mais tarde, com **HANS KELSEN**² chegou-se a afirmá-lo como a melhor forma de democracia, opinião compartilhada por **DUVERGER, SARTORI, CANOTILHO e RAMIREZ**³.

¹ *Considerações sobre o governo representativo (Considerations on representative government, 1861)*. Trad. de Manoel Santos Jr. Brasília: UnB, 1981, p. 38. A divulgação do sistema proporcional também se deveu a **THOMAS HARE**, autor de *“The machinery of representation”* (1857) e *“The election of representatives”* (1859).

² *“(...) conserva toda su vigencia aquella afirmación de Kelsen, hecha hace ya 70 años, de que no hay más democracia posible que la democracia representativa”* (**ARAGÓN REYES, Manuel**. Derecho de sufragio: principio y función. In: **NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia & ZOVATTO, Daniel** (compiladores). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. Mexico: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 91).

MS 26.603 / DF

2. Dentre as especificidades reclamadas pela estrutura do sistema representativo, está a opção por um dos seus conhecidos métodos eleitorais, proporcional e majoritário, ou sua adoção conjugada segundo a natureza dos cargos por preencher. Em confronto com as manifestas deficiências do método majoritário⁴, especialmente a sub-representação dos grupos ou extratos minoritários, ganha primazia o sistema proporcional, enquanto tende, mais que a garantir-lhes a mera presença de representantes nas assembleias, a assegurar adequada proporção de todas as relevantes correntes ideológicas na dinâmica da representação popular⁵.

Como afirma **GILBERTO AMADO**,

“os sistemas de representação proporcional não visam, como se pode pensar à primeira vista, à representação das minorias; visam à representação de todas aquelas opiniões que, existindo em força numérica suficientemente importante para significar uma corrente de idéias, têm o direito de influir, na proporção da sua força, no governo do país”⁶.

Já no século XIX, **J. F. de ASSIS BRASIL**, cuidando de criticar o “*duello de morte*” resultante de sistema majoritário que conferisse a totalidade dos eleitos ao partido que tivesse “*simplesmente a maioria dos eleitores*”, apontava o risco de uma seleção adversa *avant la lettre* como razão para se adotar sistema representativo de diversas correntes de pensamento:

³ Cf. **MORAES, Alexandre de**. *Presidencialismo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 94.

⁴ Merecem menção, dentre outras: baixo grau de representatividade dos eleitos em relação à totalidade dos eleitores; a decepção, desânimo e “entorpecimento cívico” de grandes parcelas do eleitorado, cujos votos, vencidos, não se consideram.

⁵ **PINTO FERREIRA, Luiz**. O problema da representação proporcional. *Revista de Informação Legislativa*, nº 43, Senado Federal, p. 143.

⁶ *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999, pp. 61-62. Grifos nossos.

MS 26.603 / DF


“Espíritos delicados e mansos, serenos e justos, isto é, precisamente aquelles que possuem mais qualidades para servir o paiz com proveito, não podem deixar de fugir com horror de ser lenha d’esse inutil incendio. Assim se exerce fatal selecção em favor dos individuos de menos escrupulos, ou de character mais duro e asperos sentimentos, senão completamente despidos d’elles, cuja influencia nos negócios e costumes publicos não é a mais reclamada pelas exigencias do progresso social. Quem não poderá apontar aqui e alli, isolados no seu trabalho pessoal, ainda que indirectamente util ao bem publico, esses raros homens bons, conciliadores, inteligentes, verdadeiros caracteres humanos, a cujo nobre e doce temperamento inspiram instinctivo asco as tribulações da politica militante? As leis irrationaes acenam a tudo quanto é ruim e repellem os melhores elementos.

Não é necessario traçar o quadro contrario, para fazer logo pensar em que elle seria o fructo a que se encaminharia um systema de eleição animado pelo espirito de garantir a todas as opiniões, na possível medida de sua intensidade, meios seguros, naturaes e faceis de ganharem representação legal”⁷.

3. Não precisa grande esforço intellectual por advertir que o fundamento político-filosófico do sistema representativo radica na necessidade de atribuição de espaço de expressão política e de atuação indirecta às correntes ideológicas dos mais diversos matizes, cujas posturas teóricas são sistematizadas, agrupadas e sintetizadas nos programas dos partidos políticos.

É que, na chamada democracia partidária, a representação popular não se dá sem a mediação do partido⁸, enquanto elemento agregador e expressivo do espectro dos ideários políticos dos cidadãos. Dentre outras, em sua dinâmica, os partidos desempenham duas funções primordiais como instrumento de formação da vontade política do povo, quais sejam, estabelecer

⁷ *Democracia representativa – do voto e do modo de votar*, 3ª ed., refundida. Paris: Guillard, Aillaud, 1893, pp. 140-141. Grifos nossos.

⁸ Ou de grupos organizados de interesse. 

MS 26.603 / DF

um programa de governo que espelhe seus postulados ideológicos e escolher pessoas que se obriguem a executá-lo ou defender-lhe a adoção, uma vez eleitas. Não se concretiza, na democracia, a representação do povo pelo chamado representante, senão por intermédio de um partido político, já que, a toda a evidência, não se cuida, a rigor⁹, de mandato conferido por um cidadão a outrem, o representante ou mandatário, segundo o estrito modelo negocial do direito privado:

“Un tercer elemento subyacente se refiere al carácter indirecto de la relación entre los representantes y los representados, que es propio de la democracia contemporánea. Entre ambos, se ha desarrollado un sistema de intermediación configurado por los partidos y los grupos”¹⁰.

Não há quem não veja ou perceba a essencialidade desse papel unitário dos partidos políticos, como autênticos *corpos intermediários*¹¹ do regime democrático, segundo dicção do Supremo Tribunal Federal, sobretudo, mas não exclusivamente, na mecânica dos sistemas proporcionais:

“O núcleo central do seu mecanismo reside, essencialmente, em assegurar a cada uma das *agregações partidárias* uma representação, se

⁹ Trata-se de um mandato político-representativo, nos termos que o concebe, p. ex., **SILVA, José Afonso da** (*Curso de direito constitucional positivo*, 20^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138). Ou conforme outra opinião: “embora sem mandato, destituídos dos poderes da representação autêntica, os parlamentares são chamados de representantes para lembrar-lhes que se devem portar como se fossem, realmente, representantes e mandatários; como se a sua missão tivesse a natureza do mandato, cumprindo-lhes cuidar, em consequência, não de seus próprios interesses, mas dos interesses da coletividade” (**TELLES JR., Goffredo Silva**. *O povo e o poder – o conselho do planejamento nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77).

¹⁰ **ARCAYA, Oscar Godoy**, Problemas contemporáneos de la democracia representativa, In: **JACKISH, Carlota** (compiladora). *Representación política y democracia*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer Stiftung – CIEDLA, 1998, p. 59. Grifos nossos.

¹¹ **ADI-MC nº 1.063-DF**, Rel. Min. **CELSO DE MELLO**, DJ de 27.04.2001.

MS 26.603 / DF

não matematicamente, ao menos, sensivelmente proporcional a sua real importância no contexto político”¹².

E o funcionamento do sistema representativo proporcional baseia-se “no número fixo de cadeiras estabelecido **a priori** pela própria assembléia e segue o seguinte procedimento: o número de votos válidos (...) divide-se pelo número de cadeiras a serem preenchidas, obtendo-se, assim, o quociente eleitoral, que representa **a condição para preencher uma cadeira** (relacionado com a **legenda**, i.e., o número de votos obtidos **por cada partido**, indica quantas cadeiras serão preenchidas **pelo partido**). Procura-se determinar a representação da minoria em função de sua força eleitoral”¹³.

Vem daí a nítida e visceral dependência que guarda o sistema proporcional em relação aos partidos políticos¹⁴.

Ao comentar o mecanismo de atribuição de sobras ou restos, inerente ao sistema proporcional que adota quociente eleitoral, a doutrina deixa evidentes a natureza e a titularidade dos postos por preencher:

“Esse é um dos mais complexos problemas trazidos pela representação proporcional; ao procurar uma relação entre a **força dos diferentes partidos**, o sistema fixa, inicialmente, um quociente, retirado da divisão do número de eleitores pelo de postos a preencher. Definido esse quociente, **os partidos** terão tantos representantes quantas vezes

¹² CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais x representação política*. Brasília: Senado Federal, 1990, p. 150. Grifos nossos.

¹³ BARRETO, Vicente. *Voto e representação*. Brasília: UnB, 1980, p. 76. Grifos nossos.

¹⁴ Representação e partido são realidades inseparáveis, pois, como afirma OLAVO BRASIL DE LIMA JUNIOR, no prefácio à obra citada de GILBERTO AMADO (p. XXVII) “a verdadeira representação política só se materializa **através de partidos** com certas características e quando a representação se faz através da **representação proporcional**”. Grifos nossos.

MS 26.603 / DF

atingam tal número”¹⁵.

É que a idéia básica de sistemas de inspiração proporcional, como nota **JEAN MEYNAUD**, “é de uma grande clareza: a atribuição a **cada tendência**, de fato à cada lista apresentada, de um número de cadeiras proporcional aos votos por ela obtidos. Em outros termos, a fórmula implica na igualdade entre a porcentagem das cadeiras obtidas e aquela dos votos recebidos. Se um **partido** obteve, por exemplo, 30% dos votos, **ele** está habilitado a receber 30% das cadeiras. E deve acontecer o mesmo com relação a **todos os partidos** em luta na circunscrição. O objetivo ideal da fórmula proporcional é uma situação de perfeita igualdade na qual cada cadeira **custe aos diferentes partidos o mesmo número de votos**”¹⁶.

Ora, é inequívoco que as cadeiras se tornam aí disponíveis para cada partido à custa da totalidade dos votos que obteve. Nessa moldura sistêmica, não parece, destarte, concebível que um candidato, para cuja eleição e posse não apenas concorreram, senão que até podem ter sido decisivos, os recursos do partido, e recursos não apenas financeiros e materiais doutra ordem¹⁷, mas também todos aqueles compreendidos no conceito mesmo de *patrimônio partidário de votos*, abandone os quadros do partido após repartição das vagas conforme a ordem nominal de votação.

¹⁵ **PORTO, Walter Costa**. *História eleitoral no Brasil, vol. 01 - o voto no Brasil: da colônia à quinta república*. Brasília: Senado Federal, 1989, p. 207. Grifos nossos.

¹⁶ *Sistemas eleitorais*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987, p. 33. Grifos nossos.

¹⁷ Exemplificados nos gastos eleitorais, inclusive de verbas oriundas do fundo partidário; no tempo de propaganda eleitoral do partido; na mobilização de recursos humanos e materiais para a campanha etc.

MS 26.603 / DF

Embora o candidato possa, deveras, prestar grande contribuição ao partido com os votos individuais, não é essa a regra geral, como o demonstra a persistente rotina da eleição de candidatos de votação inexpressiva que obtêm vagas na esteira na votação de outros, bastante populares. E, aqui, não custa advertir, entre parênteses, contra o sofisma de objeção fundada nas votações extraordinárias de certos personagens, cuja notoriedade advém de múltiplos fatores, alguns dos quais, às vezes, pouco edificantes, que logo evocam a idéia dos chamados *votos de protesto*, assim porque se cuida de eventos singulares, como, e sobretudo, porque a questão não está em argumentar com a realidade de uma prática política deformada e consentida, mas em redescobrir, interpretar e tutelar os valores constitutivos do sistema de representação democrática.

Não há como admitir-se, perante tal ordem, que representante eleito sob suas condições possa mudar de partido levando consigo o cargo, até porque, se tivesse concorrido por outro partido, poderia nem sequer ter sido eleito, o que mostra desde logo que o patrimônio dos votos deve entender-se, na lógica do método proporcional, como atributo do partido, e não, de cada candidato.

A centralidade da representação por meio dos partidos políticos, não obstante sua propalada *crise de representatividade*, é, aliás, idéia universal nos horizontes dos regimes democráticos:

“a lo largo del proceso de democratización de la política, los **partidos políticos** se han convertido en **medios de expresión, articulación y ejecución** de las necesidades y exigencias de los miembros de una sociedad. Los partidos son, en este aspecto, instrumentos para el

MS 26.603 / DF

logro de beneficios colectivos y cumplen un papel vinculante entre el Estado y la sociedad (...). Los **partidos políticos** son **elementos indispensables de la democracia representativa**. No existe hasta la actualidad una institución que pueda reemplazar a los **partidos políticos** en su función de interpretar, agregar y articular en términos generales expectativas y demandas de la sociedad¹⁸”.

E a experiência internacional revela que “és cierto que en el presente no cabe desconocer la función mediadora articuladora, que cumplen los **partidos** en la representación política. Esa importante función incluso les está reconocida de manera expresa en casi todas las **constituciones latinoamericanas** (Argentina, art. 38; Bolivia, arts. 222-224; Brasil, art. 17...)”¹⁹.

Mais ainda, classifica-se o Brasil como um dos “ordenamientos que atribuyen a los **partidos** el monopolio de la presentación de candidatos: (...) **Brasil** (donde, además, se exige la ‘afiliación partidaria’ para ser titular del derecho de sufragio pasivo, art. 14 de la Constitución y art. 2 del Código Electoral)²⁰”, ao lado da Argentina, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá e Paraguai.

Como não poderia deixar de ser, a doutrina nacional também proclama, sobretudo à luz do ordenamento jurídico, o qual de há muito sepultou o modelo das candidaturas avulsas, a essencialidade dos partidos políticos na estruturação e funcionamento da democracia representativa:

¹⁸ **JACKISH, Carlota**. La representación política en cuestión. In: **JACKISH, Carlota** (compiladora). *Representación política y democracia*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer Stiftung – CIEDLA, 1998, pp. 19 e 39. Grifos nossos.

¹⁹ **ARAGÓN REYES, Manuel**. Op. cit., p. 93. Grifos nossos.

²⁰ **ARAGÓN REYES, Manuel**. Derecho electoral: sufragio activo y pasivo. In: **NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia & ZOVATTO, Daniel** (compiladores). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. Mexico: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 119-120.

MS 26.603 / DF

“No Brasil, os cargos políticos nos Poderes Legislativo e Executivo são preenchido mediante eleições, e só se admite candidato **mediante a inscrição partidária** (v. art. 14, § 3º, V, da CF). Portanto, sem o concurso dos partidos não há como organizar e desempenhar as funções estatais. Na democracia moderna **não há poder político, nem Estado, se não há partido político**²¹”.

“Como é padrão onde se adota a representação proporcional, a apresentação de candidaturas no Brasil é **exclusividade de partidos políticos**, não havendo nenhuma possibilidade de candidatura independente (CE, art. 87)²²”.

É lícito, pois, concluir que está na *ratio essendi* do sistema proporcional o princípio da atribuição lógica dos votos aos partidos políticos, enquanto são estes os canais de expressão e representação das ideologias relevantes do corpo social, como o enuncia e resume, de forma lapidar, **GILBERTO AMADO: “O voto proporcional é dado às idéias, ao partido, ao grupo”**²³.

4. A representação do povo por meio de representantes, é certo, opera ainda por via do mandato.

A respeito, notava **GERALDO ATALIBA** que, “*no instituto do mandato cristaliza-se toda a idéia de representatividade que se traduz nas instituições republicanas (...). O mandato se põe no centro de toda construção jurídica da República. É seu instrumento de viabilização. Não se pode cogitar de*

²¹ **CUNHA, Sérgio Sérulo da.** A lei dos partidos políticos. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 19, 1997, p. 40. Grifos nossos.

²² **SILVA, Luís Virgílio Afonso da.** *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*, p. 154. Grifos nossos.

²³ Op. cit., p. 53. Grifos nossos.

MS 26.603 / DF

representação sem meios idôneos de sua eficácia. Sem mandato não há República²⁴.

Mas convém não esquecer que a *natureza do mandato* não prescinde da indefectível conformação partidária, a qual é também, e não por outra causa, condição jurídica *sine qua non* de seu exercício:

“Permeando o mandato parlamentar existe um duplo vínculo: o de caráter popular e o de **índole partidária**. O mandato parlamentar constitui expressão do princípio fundamental de que todo poder emana do povo. E reveste-se de índole partidária, vez que a **representação popular no Brasil somente se efetiva pela intermediação de partido político**, condição haurida expressamente do plano constitucional²⁵”.

II. A representação proporcional no Brasil.

5. O aprimoramento contínuo do sistema representativo proporcional é necessidade imperiosa em países que, como o Brasil, apresentam, por força do aprendizado democrático e do relativo desenvolvimento socioeconômico, considerável grau de pluralismo político:

“Desde luego, lo que sí es cierto es que un sistema de **representación proporcional** permite un conjunto muy variado de matices con los que adecuarse a diferentes situaciones y objetivos con una cierta neutralidad, lo que a su vez posibilita la mayor fidelidad con que las fórmulas proporcionales reflejan a las fuerzas sociales, algo enormemente importante en sociedades desagregadas o, por lo menos, con un **alto grado de pluralismo socio-económico, cultural y, por lo mismo, político²⁶**”.

²⁴ *República e constituição*. São Paulo: RT, 1985, pp. 64-65.

²⁵ **CALIMAN, Auro Augusto**. *Mandato parlamentar – aquisição e perda antecipada*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 44. Grifos nossos.

²⁶ **SEGADO, Francisco Fernández**. *La representatividad de los sistemas electorales*. San José, C. R.: IIDH, CAPEL, 1994, p. 58. Grifos nossos.

MS 26.603 / DF

A extravagância da sua disciplina no ordenamento brasileiro, que permite o voto nominal, e não, apenas no partido, nas eleições proporcionais, decorre de ser nosso sistema, segundo **WALTER COSTA PORTO**,

“(…) ‘uma mistura de escrutínio uninominal e de representação proporcional, da qual há poucos exemplos através do mundo’. Quais esses exemplos hoje? Talvez somente o da Finlândia. Nesse país, vota-se só em um candidato (...). Essa fórmula, adotada pelo Brasil e pela Finlândia, foi classificada por Giusti Tavares, em livro recente, como *voto pessoal ínico em candidatura individual*. Para ele, ‘uma experiência singular e estranha, inconsistente com o espírito e com a técnica da representação proporcional’. O voto em candidato individual, esclarece, ‘que, contabilizado para a legenda, é transferível a outros candidatos da mesma legenda, equivale ao voto numa lista partidária virtual cuja ordenação se faz como resultado das escolhas de todos os eleitores da legenda.’”²⁷.

Essa particularidade do sistema eleitoral brasileiro, contudo, não desvanece o peso nem a função que devem reconhecidos à instituição do partido político, dentro da lógica inerente ao sistema proporcional. Observa **LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA**, que, “*admitindo-se que o normal nos sistemas proporcionais seja o voto em partidos, sendo casos como o brasileiro esparsas exceções, uma consequência direta desses sistemas é o fortalecimento do papel dos partidos políticos e a delineação ideológica do voto. Assim, com a despersonalização do voto, é muito pouco usual que um eleitor vote por simpatia pessoal, havendo uma tendência, pelo menos em tese, ao voto por razões programáticas ou ideológicas*”²⁸.

²⁷ *A mentirosa urna*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 143.

²⁸ Op. cit., p. 138. Grifos nossos.

MS 26.603 / DF

Arrisco a diagnosticar que, a despeito das peculiaridades do nosso sistema proporcional, uma das muitas causas da debilidade²⁹ dos partidos políticos reside, precisamente, nos estímulos oficiais e na indiferença popular quanto à desenfreada e censurável **transmigração partidária** que se observa nos parlamentos, não raro induzida por interesses menos nobres. E, aqui abro outro parêntese, para não deixar obscurecido, no tratamento da matéria, que tal prática, ganhando contornos de normalidade institucional, introduz a mentira como princípio da vivência democrática e desfaz da ética como fundamento da ação política.

A crise da representatividade pode, segundo o uso de licença retórica a que recorreu uma primorosa sustentação oral na data de ontem, ser comparada à febre, como um dos sintomas, talvez o mais eloqüente, da crise de identidade e de credibilidade ideológica e funcional dos partidos políticos e da própria cultura sobre a seriedade da vida parlamentar. Mas essa comparação está até aquém do seu propósito semântico. A crise da fidelidade não é um sintoma; é, antes, uma das graves doenças do quadro mórbido da crise partidária; é um ingrediente importante da patologia política. Tal é a razão por que não se pode deixar de reconhecer que a exigência constitucional da

²⁹ “É notória a idéia de que os partidos políticos brasileiros pouco ou nada significam. É notório que, para vários candidatos, não faz diferença o partido pelo qual se candidatam, já que o importante é a campanha pessoal. Em suma, é difícil, no Brasil, falar-se em política partidária (...). Os partidos passam, então, a ser somente um veículo para que alguns políticos possam se eleger, independente de posições ideológicas e programas partidários, o que os transforma em *partidos de aluguel*. Como decorrência, a unidade e a coesão partidárias ficam totalmente comprometidas, pois, como comenta Sartori, os políticos ‘freqüentemente trocam de partido, votam contra as diretrizes partidárias e recusam qualquer tipo de disciplina, sob o pretexto de



MS 26.603 / DF

fidelidade partidária e, sobretudo, sua completa observância no mundo dos fatos, constitui um dos remédios capazes de concorrer para a remissão da crise e de restaurar ou, quem sabe, concretizar a pureza do sistema eleitoral e parlamentar, nos limites de sua possibilidade histórica.

Não tem, pois, lugar aqui a indiferença, sobretudo a indiferença jurisdicional, para com uma prática contínua que só tende a agravar as moléstias da vida política.

Ora, suposto não solucionem de per si os problemas, até certo ponto naturais, das disputas intrapartidárias e dos embates por votos entre correligionários, o reconhecimento, a garantia e a vivência de que o *mandato* pertence ao *partido*, não à *pessoa* do mandatário, têm, pois, entre outros, o mérito de, impedindo a promiscuidade partidária, fortalecer a identificação e a vinculação ideológica entre candidatos, partidos e eleitorado, como substrato conceitual e realização histórica da democracia representativa.

6. À luz das premissas do primado dos partidos na organização da vida política e da natureza partidária dos mandatos nas eleições proporcionais, cumpre indagar agora do alcance dessa *vinculação* entre candidato e partido. Esgotar-se-ia no momento das eleições, no ato da proclamação dos eleitos, na sua posse, ou pressuporia liame mais sólido entre o candidato e a agremiação política pela qual se elegeu? A resposta implica a questão da compatibilização

que a liberdade de representação de suas bases não pode sofrer interferências". *Idem*, pp. 160-161.

MS 26.603 / DF

entre a liberdade de filiação e a necessidade de observância da fidelidade partidária.

Não é nova a discussão a respeito, e suas soluções teóricas foram tangenciadas na década de 50 e, de modo exemplar, numa célebre mesa de debates³⁰, composta por notáveis personalidades e da qual reproduzo este diálogo significativo:

“O SR. MINISTRO VICTOR NUNES LEAL – (...) O voto de legenda fortaleceria a unidade partidária e contrabalançaria, portanto, com a organização interna dos partidos. O partido não tenderia, assim, a fragmentar-se. **A sanção para o transfugismo também seria muito útil nesse sentido. Não vou ao ponto de entender que o deputado ou senador deva perder o mandato quando muda de partido.** Ele pode ter razões muito ponderáveis para isso, até de ordem moral.

O SR. NEREU RAMOS – Poder-se-ia adotar a medida desde que se assegurasse ao representante o direito de defesa. Como disse S. Exa., ele pode ter motivos ponderáveis.

O SR. MINISTRO VICTOR NUNES LEAL – Pelo projeto do Dr. João Mangabeira, a consequência da **perda de mandato** ocorreria também quando o parlamentar fôsse expulso do partido pela convenção. Acontece, entretanto, que ele pode ter sido vítima inclusive de perseguições, não ter saído do partido apenas por sua versatilidade política. Podia estar sofrendo uma sanção por sua rebeldia dentro do partido, por seu gesto contra a direção partidária. **A sanção que me parece adequada é a exclusão do deputado ou senador transfuga de qualquer grupo partidário dentro do Parlamento; ele ficaria isolado, independente, não participaria de comissões – porque a representação nesses órgãos técnicos é partidária.**

O SR. NESTOR DUARTE – Na Câmara, o partido que perde, digamos, um de seus membros **continua a manter a sua posição nas Comissões, como se não tivesse sido desfalcado.**

O SR. MINISTRO VICTOR NUNES LEAL – Mas desde que o transfuga possa entrar para outro partido...

O SR. NESTOR DUARTE – A Câmara já prevê esses casos.

O SR. MINISTRO VICTOR NUNES LEAL – Se já está previsto... Porque essa já me parece sanção bastante forte. O deputado ou senador isolado, não pertencendo a nenhum partido, não podendo figurar no

³⁰ LIMA SOBRINHO, Barbosa (Relator). *Sistemas eleitorais e partidos políticos*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1956, p. 45. Grifos nossos.

MS 26.603 / DF

Parlamento como membro de nenhuma bancada, perde muito do seu prestígio, **embora conserve o seu mandato**. Isso pode ser um bem ou um mal. Pode ser um bem se ele encontrar receptividade dentro do âmbito nacional para fazer dessa dissidência uma campanha, a bandeira de um novo programa.

O SR. NESTOR DUARTE – Posso dar meu exemplo pessoal. Não me filio a nenhuma legenda. (...) O deputado sem legenda é um apátrida dentro da Câmara.

O SR. MINISTRO VICTOR NUNES LEAL – E êsse tipo de sanção traria a vantagem de não desmentir o princípio hoje mais ou menos consagrado, de que o deputado **representa o povo; embora escolhido pelo critério partidário, representa o povo**.

O SR. NESTOR DUARTE – A expulsão é problema muito sério e precisa ser examinado com muito cuidado.”

As soluções contrapostas, apresentadas então e agora, apontam para caminhos alternativos: a) proibição da filiação do trãnsfuga de qualquer agremiação partidária, com preservação de seu mandato; ou b) retenção da vaga pelo partido desfalcado com a perda do mandato do representante, desde que garantida a possibilidade de ingresso do trãnsfuga noutra partido.

Não custa avaliá-las sob os ângulos constitucional e legal.

II.1. Matriz constitucional da representação proporcional

7. A última solução, que propõe perda do mandato e retenção da vaga pelo partido originário, objeto de sugestão inicialmente restrita ao âmbito das comissões parlamentares, deve, a meu juízo, aplicar-se a todo movimento de mudança partidária.

Diversamente do que preconizava o Min. **VICTOR NUNES LEAL**, não apenas a participação em comissões e órgãos técnicos é partidária,

MS 26.603 / DF

mas o próprio mandato por exercer guarda o caráter inequivocamente partidário com que foi conquistado. A proposição concessiva empregada pelo eminente Ministro e jurista, segundo a qual “o deputado representa o povo, embora escolhido pelo critério partidário”, dever converter-se e ser lida em termos causais: “o deputado representa o povo, **porque** escolhido pelo critério partidário”.

O reconhecimento da extrema importância dos partidos políticos é, de um lado, imperativo que, embora não se tenha ainda realizado através de nossa história política, por razões conhecidas, mas já agora irrelevantes, promana da própria Constituição da República como característica sistemática da adoção da democracia partidária, e, de outro, constitui fator de avigoramento da identidade e da função político-ideológicas dos partidos:

“Constatada a **essencialidade dos partidos políticos** – palavras sempre usadas no plural para indicar a necessidade de pluralismo partidário – e o desenvolvimento destas entidades singulares, um tema de reflexão se lança irrecusável. Podem os partidos conviver com a infidelidade de seus membros a **princípios programáticos e diretrizes estabelecidas**? Claro que não. A **fidelidade – ou lealdade – ao programa e às normas fixadas** caracterizam-se como **elementos essenciais à preservação dos próprios partidos e do conseqüente Estado de Partidos**. A ausência de lealdade aos princípios e demais integrantes da agremiação leva os partidos políticos à descrença eleitoral. E, mais grave: conduz até mesmo o regime democrático a riscos inoportunos que, a curto prazo, podem transmudá-lo em autoritário ou até mesmo em totalitário (...).

A Constituição de 1988 procura impedir a perda de prestígio por parte dos partidos políticos exigindo a presença de regras atinentes à fidelidade e à disciplina partidárias nos estatutos de cada agremiação. Os documentos partidários tratam da matéria, conferindo-lhe, todavia, um



MS 26.603 / DF

tratamento de 'lei do céu azul': boas e perfeitas na leitura, mas de nenhuma aplicação real"³¹.

Ao propósito, o eminente Ministro **JOAQUIM BARBOSA** fez agora remissão crítica à figura do povo.

Não quero, nem vou, Senhora Presidente, invocar o dito de que o povo é essa informe instituição em cujo nome, no curso da história, se cometeram tantas atrocidades e injustiças. Vou ficar em coisas mais simples. O deputado que se desliga do partido e se associa, mais de uma vez - que é coisa não rara -, a outros partidos, representa o povo? Em que sentido o representa? Representa vontades lábeis, caracterizadas dessa como mobilidade ideológica e programática? Acaso o povo outorga aos representantes mandato amplo e irrestrito, para que, em seu nome, se faça qualquer coisa? Não há contrastes entre a vontade do povo e o comportamento parlamentar dos seus escolhidos ou dos escolhidos em seu nome?

Vou tirar, afinal, outras conseqüências que me parecem mais graves. Para mim, o vício do raciocínio, neste ponto, está em imaginar que os votos convergentes que compuseram a resposta do Tribunal Superior Eleitoral se tivessem esquecido ou abstraído do povo, quando, na verdade, o que neles está pressuposto - sobretudo no meu, pelo qual respondo - é que não se pode considerar a questão cindindo a relação entre representante e partido perante o povo. É essa relação que não pode ser cindida. Não há por onde imaginar,

³¹ **LEMBO, Cláudio.** *Participação política no direito eleitoral.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 68. Grifos nossos.

MS 26.603 / DF

sobretudo no sistema proporcional, possível separação mental entre o papel do representante e o papel do partido. Trata-se, portanto, de respeitar e pesar a intransponível unidade desses dois elementos na representação, tal qual a concebe o ordenamento jurídico.

8. Estaria a temática da relação umbilical entre candidato e partido confinada ao campo estreito do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, que impõe aos partidos políticos o dever de estabelecerem, nos estatutos, “*normas de fidelidade e disciplina partidárias*”?

A resposta é, incontestavelmente, negativa. A primazia conferida aos partidos políticos deita raízes e faz sentir sua influência estruturante por todo o sistema político-eleitoral de inspiração proporcional.

Há, decerto, avisados doutrinadores que, compartilhando as preocupações do saudoso Min. **VICTOR NUNES LEAL**, afirmam competir exclusivamente aos partidos, como regra absoluta, a questão da disciplina das sanções aplicáveis à infidelidade partidária:

“Ao partido, e a mais ninguém, compete aplicar sanção por quebra de fidelidade partidária. Se essa sanção, ou a troca de legenda, acarreta a **perda de mandato** (*de lege ferenda*, possível apenas com **alteração constitucional**), é matéria a ser sopesada criteriosamente; impossível admiti-la sem respeito ao legítimo direito de divergência³²”.

“Ao contrário, então, da Constituição anterior, **a nova não prevê a possibilidade da perda do mandato** em função de infidelidade partidária. Segundo José Afonso da Silva, além de não admitir a perda do

³² **CUNHA, Sérgio Sérvulo da.** Reforma eleitoral-partidária. *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, nº 125, jan-mar 1995, p. 11. Grifos nossos.

MS 26.603 / DF

mandato em face de infidelidade partidária, a Constituição vai mais longe, estabelecendo **vedação** nesse sentido. Deveras, no art. 15, a Lei Fundamental, 'declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo'. Já a Constituição anterior (Emenda Constitucional 1/69) não só exigia que os partidos reclamassem disciplina de seus membros como previa a perda do mandato do parlamentar que deixasse o partido pelo qual fora eleito ou descumprisse as diretrizes legitimamente estabelecidas pela direção partidária. A matéria era regulada pela Lei 5.682/71. A Emenda Constitucional 5, de 15/05/85, suprimiu o instituto, agora revigorado, em outra bases, pela Constituição de 1988"³³.

A resposta à consulta não se adstringe, porém, e, a rigor, nem de longe concerne à questão da fidelidade partidária, entendida em termos estritos como princípio destinado a governar as relações internas entre o partido e seus afiliados, as quais constituem o objeto específico da previsão do art. 17, § 1º, da Constituição da República. O de que se trata, aqui, é do *fato externo da mudança de partido*, coisa que só no plano teórico pode relacionar-se com esse tema constitucional da fidelidade e disciplina partidária.

Criticando o disposto no art. 4º, § 1º, da Resolução TSE nº 20.993, de 26.02.2002, que regula a "*verticalização das coligações*", à luz da autonomia partidária, **ROBERTO AMARAL** e **SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA** observam que "*o ato normativo do TSE (...) golpeia os princípios do federalismo, cláusula pétrea, e da livre organização e autonomia partidária, consoante o § 1º do art. 17 da CF, uma conquista da redemocratização: 'É assegurado aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura (...), devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária'*. A garantia da

³³ CLÈVE, Clemerson Marlin. *Fidelidade partidária*. Curitiba: Juruá, 1999, pp. 23-25. Grifos

MS 26.603 / DF

autonomia dos partidos teria repercussão na lei nº 9.504/1997, quando, em seu art. 6º, define como questão **interna corporis** (dos partidos) as decisões sobre coligação”³⁴.

É fora de dúvida que a questão da fidelidade partidária tem, diversamente do que se decidiu acerca das coligações³⁵, e de maneira muito mais clara, perante aquela norma constitucional, caráter de assunto *interna corporis*. E a racionalidade da mesma norma nasce do conceito restrito da fidelidade partidária, enquanto objeto das relações entre o partido e o representante, as quais devem pautar-se pela fidelidade deste às orientações programáticas daquele. Ninguém pretende que o parlamentar se transforme, nas palavras de **CLEMERSON MARLIN CLÈVE**³⁶, “em mero autômato, em boca sem vontade, destinado apenas a expressar, sem independência e violentando a consciência e a liberdade de convicção, as deliberações tomadas pelos órgãos partidários”. Mas o âmbito de incidência do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, esse alcança apenas as relações internas entre os partidos e os representantes.

nossos.

³⁴ *Manual das eleições*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21. Grifos nossos.

³⁵ Prova da clareza com que se consagra aos estatutos dos partidos a questão da fidelidade partidária, coisa que não se dá com o tema das coligações, é a Emenda Constitucional nº 52, de 08.03.2006, que inova ao assegurar aos partidos autonomia para “adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”. O objetivo da emenda é tornar a verticalização uma questão interna dos partidos, tanto quanto o é, atualmente, a temática da fidelidade partidária.

³⁶ Op. cit., p. 26. Defende o Professor Titular da UFPR que “o partido não pode dispor livremente sobre o mandato (o fato de, no sistema constitucional brasileiro contemporâneo, o parlamentar não perder o mandato em virtude de filiação a outro partido ou em decorrência do cancelamento da filiação por ato de infidelidade é eloqüente (...). É indúvidoso que, à luz do sistema constitucional em vigor, o mandato não está à disposição do partido)” (idem, p. 29). Parte ele, contudo, da consideração de que “o único condicionamento previsto na Constituição quanto ao exercício do mandato decorre do instituto da fidelidade partidária” (idem, *ibidem*), o que não



Ora, a questão que a consulta suscita sobre a *legitimidade do mandato representativo proporcional* tem outro fundamento, voltado ao fato externo do cancelamento de filiação ou da transferência de partido, à luz da relação entre o *representante* e o *eleitor*, intermediada pelo *partido*. Afere-se, aqui, não a fidelidade partidária, mas a *fidelidade ao eleitor*!

E, neste passo, estou convencido de que, por força de *imposição sistêmica* do mecanismo constitucional da representação proporcional, *as vagas obtidas por intermédio do quociente partidário pertencem ao partido*. Daí, aliás, a irrelevância absoluta da circunstância de já não constar, do ordenamento vigente, nenhum texto expresso a respeito. Ninguém ignora que a revelação ou, *rectius*, a reconstrução da norma jurídica nem sempre, ou quase nunca, é o resultado do processo interpretativo de texto isolado, nem sequer de enunciados textuais com sentido claro ou único, que reservaria ao intérprete a tarefa pobre de a descobrir como dado objetivo e imutável oculto sob as palavras³⁷.

É, aliás, o que se demonstra, em concreto, pelo fato de que esta Casa já teve – e agora tem outros mais – quatro Ministros que, no tema, sustentaram coisa absolutamente oposta à jurisprudência de então.

Fiquei, ontem, não diria perplexo, mas, de certo modo, surpreendido, quando, à fala dos ocupantes da tribuna, em brilhantes sustentações, aferi que ninguém é contra a fidelidade partidária! Não vi – e, se

procede, já que a própria natureza do sistema representativo proporcional – sem que se cogite de “*mandato imperativo*” (idem, p. 30) – impõe a pertinência do mandato ao partido.



MS 26.603 / DF

ouvi, não compreendi – que alguém tivesse sustentado cuidar-se de um mal, de uma patologia, de um defeito do sistema...

E é coisa rudimentar que a reconstituição das normas sistemáticas, sejam regras ou princípios, constitui o cerne da interpretação jurídica, constitucional ou não, enquanto atividade consistente em atribuir significado, não apenas a um texto, mas, quase sempre ou não poucas vezes, a vários textos que, combinados, exprimem normas³⁸. Donde, “*a interpretação sistemática o processo hermenêutico, por essência, do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Neste sentido, é de se afirmar, com o devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação*”³⁹.

Ora, o art. 14, § 3º, inc. V, da atual Constituição da República, regulamentando o disposto no § único do art. 1º, no aspecto da democracia representativa, sublima a filiação *partidária* à condição necessária de elegibilidade. De modo que, como tal filiação constitui *requisito e pressuposto constitucional do mandato*, o cancelamento dela ou a transferência do partido por

³⁷ Sobre a desacreditada teoria do sentido claro, vejam-se as críticas certas de **JOSEF ESSER**, *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. trad. de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 337-339.

³⁸ Leia-se **GIOVANNI TARELLO**: “L’interpretazione riguarda anzitutto ciascun singolo documento, e successivamente lê combinazioni di documenti e lê combinazioni di significati, nonché, tendenzialmente, la combinazione di tutti i documenti normativi che fanno parte di un sistema giuridico e di tutti loo significati” (*L’interpretazione della legge*. Milano: A. Giuffrè, 1980, p. 102).

³⁹ **FREITAS, Juarez**. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 12995, p. 49.

MS 26.603 / DF

que se elegeu o candidato, quando não seja justificado, tem por efeito, já do ângulo dessa norma, a preservação da vaga na esfera do partido de origem.

Aqui, tem-se de notar peculiaridade hermenêutica relevantíssima: não se cuida da filiação a *qualquer* partido político, mas *àquele* pelo qual o candidato, aderindo ao respectivo programa, disputará, na condição prometida de defensor e representante, as eleições. Entendimento diverso implicaria o completo esvaziamento da função sistêmico-representativa dos partidos e daquela própria exigência constitucional, que se degradaria e reduziria a estéril formalismo, ao qual pouco se daria a identidade do partido a que se filiasse o candidato, desde que, apenas para constar, se atendesse ao requisito de uma filiação qualquer!

Indago: a tese contrária não justifica possam, sobreviver com legitimidade partidos políticos que consagrem, expressamente, nos programas ou estatutos, uma mudança violenta e revolucionária da ordem constituída? E não implica que baste para, filiando candidatos, elegê-los, se os programas partidários não valem coisa alguma? Se o partido não tem nenhuma função no sistema representativo? Por conseqüência, teremos de admitir qualquer partido, com qualquer programa, até partidos que professem e persigam a destruição da ordem dentro da qual seus candidatos sejam eleitos!

A conclusão de **PALHARES MOREIRA REIS**⁴⁰ é peremptória:

⁴⁰ O partido político e a lei de 1995. In: **ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, e VELLOSO, Carlos Mário da Silva** (coords.), *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 188.

MS 26.603 / DF

“Como o parlamentar **somente tem o seu mandato** em qualquer Casa Legislativa, em decorrência de uma eleição na qual teve possibilidade de concorrer **por uma legenda partidária**, quando este **deixar o partido** sob cuja legenda foi eleito, **perde automaticamente a função ou cargo** que exerça em função da proporção partidária”.

Insisto no ponto de crucial importância para o caso: *a vinculação candidato-partido é imanente ao próprio sistema representativo proporcional adotado pelo ordenamento jurídico.*

9. Sobre em nada entender-se com os limites da fidelidade partidária objetivada na previsão do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, a causa repropõe a questão mesma da relação indelével entre o candidato eleito e o partido por que o foi, segundo a qual a consequência jurídica da atribuição da vaga ao partido *tem fundamento constitucional autônomo*, que não está apenas no art. 14, § 3º, inc. V, mas também, reafirmado, no alcance do art. 45, que estatui:

“Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, **pelo sistema proporcional**, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”.

Ora, escusaria retomar o discurso acerca dos fundamentos, da natureza e da função democrática do regime representativo proporcional para concluir, sem esforço, que, no próprio seio do *conteúdo significativo* da expressão “**sistema proporcional**”, está o primado dos partidos políticos e sua consequente titularidade sobre as cadeiras conquistadas nas eleições. E a



MS 26.603 / DF

conclusão vale assim para as Assembléias Legislativas, como para as Câmaras de Vereadores, *ex vi* do art. 84 do Código Eleitoral.

10. Observe-se, por fim, que não se está a propor, de forma alguma, restrição ou embaraço à liberdade de filiação partidária, nem à liberdade de consciência, e, tampouco, cassação, perda ou suspensão de direitos políticos, cujos valores são também tutelados pela Constituição da República⁴¹ e não se indispõem, em ponto algum, com o reconhecimento de que toda mudança injustificada de partido aniquila o fundamento estrutural que dá legitimidade ao exercício do mandato pelo representante.

O nexu indissolúvel dos elementos *eleitor-partido-representante* torna mais complexa, posto não insolúvel, a equação cujo deslinde corresponde à solução da causa. E, para desatá-la, é indispensável recorrer a experimento metodológico, consistente em perquirir as razões da transferência ou desfiliação partidária⁴², em busca da identificação de **quem lhe deu causa e das respectivas conseqüências**, mediante as seguintes distinções:

1) o candidato eleito que se desfiliar ou mudar de agremiação terá, *em regra*, o mandato subtraído em favor do partido por que se elegeu. No

⁴¹ "O princípio constitucional da fidelidade partidária deve ser compatibilizado com os demais princípios constitucionais, designadamente, o princípio do mandato representativo e o princípio da liberdade de consciência, de pensamento e de convicção" (CLÉVE, Clemerson Marlin. Op. cit., p. 78).

⁴² Note-se que, como o mandato representativo é irrevogável (diferentemente do imperativo), as alterações na relação só podem ter duas origens: ou são causadas pelo partido, ou pelo candidato. O eleitor assume sua posição nessa relação tripartite no momento do voto, e, por isso, não pode sofrer com posterior traição ou falseamento de sua vontade, seja pelo **partido**, seja pelo **candidato**.

MS 26.603 / DF

caso de a transferência ser fruto de *mudança de orientação pessoal*, por exemplo, o partido de origem terá o direito de conservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, em razão de a ruptura daquela relação complexa *eleitor-partido-representante* ter sido *causada pelo parlamentar*, que já não pode apresentar-se como representante do ideário político em cujo nome foi eleito.

Caso a transferência ou a desfiliação tenha por causa fundamento não justificável à luz da suprema necessidade de preservação da vontade política expressa pelo eleitor no momento do voto, como cerne da idéia de representação, deve o mandato permanecer, pois, com o partido, porque o membro que fraturou a relação é o representante, desde aí destituído da capacidade de representar os eleitores adeptos da corrente de pensamento encarnada pelo partido.

Não se trata, sublinhe-se mais uma vez, de *sanção ou pena* pela mudança de partido, a qual não configura *ato ilícito*, mas do simples reconhecimento de uma conseqüência normativo-constitucional imputada ao fato objetivo (*fattispecie*) de comportamento voluntário que, por sua intrínseca e absoluta incompatibilidade, rompe o vínculo jurídico da representação política, da mesmíssima forma que, *mutatis mutandis*, a renúncia, expressa ou tácita, aos poderes recebidos, põe fim à relação jurídica irradiada do negócio jurídico do mandato. Daí, não pode enxergar à situação a existência de nenhum direito subjetivo autônomo, nem sequer de nenhuma expectativa de direito autônomo, à manutenção pessoal do cargo, a qual pressuporia a subsistência das condições originais da representatividade política. Trata-se, portanto, de efeito sistêmico-

MS 26.603 / DF

normativo da realização histórica (*fattispecie* concreta) da hipótese de desfiliação ou transferência voluntária injustificada, entendida como ato incompatível com o exercício da função representativa do ideário político em cujo nome o candidato foi eleito. E, nisso, desempenha a relevantíssima função de garantia constitucional da integridade da representação democrática, a cujo respeito, havia mais de meio século, **KELSEN** ponderava:

“Per stabilire un vero rapporto di rappresentanza, non basta che il rappresentante sia nominato o eletto dal rappresentato. È necessario che il rappresentante sia giuridicamente obbligato ad eseguire la volontà del rappresentato, e che l’adempimento di questo obbligo sia giuridicamente garantito.

(...)

La formula che il membro del parlamento non è il rappresentante dei suoi elettori ma di tutto il popolo, o, come taluno scrive, di tutto lo Stato, e che perciò non è vincolato da nessuna istruzione dei suoi elettori e non può venire revocato, è una finzione politica. L’indipendenza giuridica dell’eletto dagli elettori è incompatibile con la rappresentanza giuridica. L’affermazione che il popolo è rappresentato dal parlamento significa che, mentre il popolo non può esercitare direttamente ed immediatamente il potere legislativo, lo esercita però per delega. Ma se non vi è nessuna garanzia giuridica che la volontà degli elettori sia eseguita dall’eletto, se questo è giuridicamente indipendente dagli elettori, non esiste nessun rapporto giuridico di delega o di rappresentanza”⁴³.

Sem tal consequência jurídica automática, que atua como contrapartida da condição de fidelidade partidária inerente à representação político-democrática, esta não pode sobreviver, senão como simulacro e mentira. Tal é a óbvia razão por que não incide, na hipótese, a norma do art. 55 da Constituição da República, em cujo âmbito a perda do mandato é reação do


⁴³ *Teoria generale del diritto e dello stato*. 5ª ed., 3ª rist. Milano: Fabbri-Bompiani, 1980, p.295 e 296. trad. Sergio Cotta e Giuseppino Treves.

MS 26.603 / DF

ordenamento a atos ilícitos e, como tal, é sanção típica. Mudar ou desfiliar-se de partido é ato lícito, mas sujeito a uma conseqüência inevitável que tende a garantir a inteireza ética e jurídica da representação parlamentar, tal como a concebem o ordenamento constitucional e todos os altos ideais que lhe inspiram a racionalidade.

E é, ainda, a razão não menos óbvia por que a coisa julgada material que resulte de eventual concessão da ordem ou decisões de outras cortes - porque o tema não se esgota nesta Casa - não podem, em nenhuma hipótese e sob justificação ou pretexto algum, ser aniquiladas, desvigoradas ou desacreditadas por qualquer norma de anistia, cujo instituto, como o sabe toda a gente, mas não custa repetir, se destina apenas a apagar os efeitos penais da prática de crimes, normalmente de crimes políticos, por elevado motivo de utilidade social, e não, por conveniências ou interesses pessoais ou corporativos.

É também a razão, Senhora Presidente, por que o mínimo de seriedade e de responsabilidade que se pressupõe nas autoridades e nos políticos não me permite tomar notícias que a respeito vi, nos jornais de hoje, senão como exercício de especulação gratuita de repórteres, ou, quem sabe, manifestação de desejo excêntrico de algum nostálgico da ditadura, o qual gostaria que, à margem do Direito, da Constituição e das leis, à moda de um golpe de Estado feito sob medida, sua vontade prevalecesse sobre tudo e sobre todos.

Retomo o raciocínio. 

MS 26.603 / DF

2) Algumas **exceções** devem, contudo, ser asseguradas em homenagem à própria necessidade de resguardo da relação eleitor-representante e dos princípios constitucionais da liberdade de associação e de pensamento. São elas, v.g., a existência de **mudança significativa de orientação programática do partido**⁴⁴, hipótese em que, por razão intuitiva, estará o candidato eleito autorizado a desfiliar-se ou transferir-se de partido, conservando o mandato. O mesmo pode dizer-se, *mutatis mutandis*, em caso de comprovada **perseguição** política dentro do partido que abandonou.

Essas são situações em que a desfiliação e a mudança se justificam em reverência à mesma necessidade de **preservação** do mandato conferido pelo povo ao representante afiliado a determinada agremiação política, com o intuito de proteger o voto do eleitor, dado, em nosso sistema, não apenas à pessoa, mas sobretudo ao partido que a acolhe. Resguarda-se aí, em substância, a confiança depositada pelo eleitor nas propostas e idéias cuja expressão está à raiz do sistema representativo proporcional.

E, porque é o **partido** que, em tais hipóteses, terá dado causa ao rompimento daquela relação complexa, por alteração superveniente de sua linha político-ideológica ou pela prática odiosa de perseguição, será ele, não o candidato eleito, que deverá suportar o juízo de inexistência de direito subjetivo à conservação do mandato em sua esfera jurídica.

⁴⁴ Afinal, "quando se fala em fidelidade partidária está em jogo não só a fidelidade do filiado perante o programa e o estatuto, mas também a **fidelidade do partido ao seu próprio**

MS 26.603 / DF

II.2. Aspectos infraconstitucionais da representação proporcional.

11. Volto, na introdução deste tópico, a relembrar, com a doutrina, que “o sistema eleitoral está umbilicalmente ligado ao sistema partidário, dado o regime estabelecido em nossa legislação (...). Lembra **DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS**: “(...) o sistema eleitoral adotado leva a crer, de acordo com a doutrina, que conduz a uma **democracia partidária**. (...) É semidireta, representativa partidária devido à eleição proporcional dos representantes; admitir o voto de legenda e mesmo na atuação direta do povo há participação dos parlamentares que só podem ser eleitos se **inscritos em partidos**”⁴⁵.

Colhem-se, deveras, no plano infraconstitucional, não poucas normas do Código Eleitoral e da legislação conexas que pressupõem e confirmam a preponderância axiológica do partido político na conformação e funcionamento do sistema representativo proporcional e o alto grau de sua vinculação com os candidatos.

A previsão constitucional do liame entre candidato e partido encontra reflexo, por exemplo, na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), cujo art. 11, inc. III, exige “*prova de filiação partidária*” como condição essencial para deferimento do pedido de registro de candidatos pelos “*partidos e coligações*”.

O art. 2º do Código Eleitoral reafirma que o todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, mas que o é “*por mandatários escolhidos,*

programa” (AMARAL, Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Op. cit., p. 697). Grifos nossos.



MS 26.603 / DF

*direta e secretamente, dentre candidatos indicados por partidos políticos nacionais*⁴⁶.

O capítulo dedicado ao Registro dos Candidatos é abundante (arts. 87, 88, 90, 91, 94 e 96, e.g.) na referência à obrigatoriedade da filiação partidária. O art. 87, esse é textual no prover que “*somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos*”.

Dispõe o art. 108 que o número de vagas por preencher com candidatos registrados por um partido se apura mediante cálculo de quociente partidário⁴⁷:

“Art. 108. Estarão eleitos tantos candidatos **registrados por um partido ou coligação** quanto o respectivo **quociente partidário** indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido”.

A previsão é de mecanismo que se desdobra em duas etapas:

1) A primeira, de natureza quantitativa, fundada no quociente partidário⁴⁸, é a que define o **número de cadeiras conquistadas pelo partido**. É por isso que o quociente resultante é dito *partidário*.

2) A segunda cuida tão-só de revelar quais serão os candidatos que preencherão as vagas obtidas pelo partido e, nisso, serve apenas para

⁴⁵ STOCO, Rui & STOCO, Leandro. *Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 288-289. Grifos nossos.

⁴⁶ Grifos nossos.

⁴⁷ Definido pelo Código Eleitoral da seguinte forma: “**Art. 107** - Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração” (Redação dada pela Lei nº 7.454, de 30.12.1985).

⁴⁸ Cumpre distinguir dois conceitos: “o **quociente eleitoral** será simplesmente o resultado da divisão dos votos válidos pelo número de cadeiras a serem distribuídas. Para a definição do **quociente partidário**, que é o número de cadeiras a que cada partido tem direito, o

MS 26.603 / DF

definir quem ocupará a vaga conquistada pelo partido, por meio da adoção de critério de votação nominal, de todo em todo instrumental e secundário em relação ao primeiro.

A diferença entre as duas etapas é bem realçada por **JAIRO**

NICOLAU:

“Na realidade, o sistema eleitoral utilizado nas eleições para a Câmara prevê dois movimentos.

No primeiro, é feita a distribuição das cadeiras **entre os partidos (ou coligações)** de acordo com o quociente eleitoral (total de votos válidos dividido pelo número de cadeiras de cada Estado). **O partido terá tantas cadeiras** quantas vezes ele atingir o quociente eleitoral (ele pode ainda receber outras cadeiras de sobras). (...)

O segundo movimento é a distribuição destas cadeiras entre os partidos. Nesta fase, sim, um sistema majoritário é utilizado: **os mais votados do partido** são eleitos, independentemente dos votos que cada um tenha obtido.

Para o nosso sistema, **primeiro** importa saber **quantos votos obteve o partido**, e só depois saber dos votos recebidos pelos candidatos”

⁴⁹

Refere-se o Código Eleitoral à “*ordem*” de votação nominal como critério subordinado, derivado e acessório, destinado apenas a desempenhar função ordinatória de preenchimento dos cargos à disposição do partido. Essa regra traduz, assim, a presença de elemento majoritário como simples meio de estruturação de um sistema que abraça, declarada, nítida e substancialmente, o princípio representativo proporcional. Eis a precisa lição de **LUÍS VIRGÍLIO**

AFONSO DA SILVA:

procedimento dependerá da existência ou não de coligações partidárias” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 156. Grifos nossos).

⁴⁹ *Apud PORTO, Walter Costa. A Mentirosa Urna. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 176. Grifos nossos.*



MS 26.603 / DF

“não obstante poder haver uma enorme variação, e mesmo *mistura*, nos critérios de transformação de votos em mandatos (*regra decisória*) ..., no campo do *princípio representativo* há somente duas opções, a serem escolhidas de maneira exclusiva: ou se busca a formação de maiorias parlamentares (princípio majoritário) ou se objetiva um poder legislativo que reflita, de maneira fiel, as diversas correntes de pensamento existentes na sociedade (princípio proporcional)

É esse o motivo pelo qual não se pode falar em sistemas mistos, porque, mesmo que haja, concomitantemente, elementos majoritários e proporcionais no método de transformação de votos em cadeiras, *um sistema eleitoral só pode atender a apenas um princípio representativo* – ou o majoritário (formação de maiorias), ou o proporcional (distribuição conforme a força de cada partido) –, sendo logicamente impossível misturar os dois princípios, já que *seria teratológico pensar em formação de maiorias e, ao mesmo tempo, refletir todas as correntes de pensamento em uma determinada sociedade*”⁵⁰.

É o partido considerado em si mesmo, portanto, que, titular de certo número de vagas por preencher, o faz segundo um critério majoritário, que é meramente classificatório e, como tal, não interfere na essência proporcional do princípio adotado pelo sistema representativo, nem no caráter partidário da atribuição dos mandatos⁵¹.

Reconforta-o o disposto no art. 175, § 4º, do mesmo Código Eleitoral, ao determinar pertencerem ao partido os votos do candidato que não possa assumir o mandato.

Prescreve, ainda, o § único do art. 215 do Código Eleitoral:

⁵⁰ Op. cit., p. 78.

⁵¹ PINTO FERREIRA destaca o caráter partidário da representação proporcional, descrevendo-a como “*um sistema através do qual se assegura aos diferentes **partidos políticos** no Parlamento uma representação correspondente à força numérica de **cada um**. Ela objetiva fazer assim do Parlamento um espelho tão fiel quanto possível do **colorido partidário nacional**” (Código Eleitoral Comentado, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 144-145. Grifos nossos).*

Supremo Tribunal Federal

MS 26.603 / DF

“Art. 215. Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.

Parágrafo único. Do diploma deverá constar o nome do candidato, a indicação da legenda sob a qual concorreu, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do juiz ou do Tribunal.”

Ora, se a indicação do partido sob o qual o candidato concorreu deve constar, necessariamente, do diploma, decerto o objetivo da norma só pode ser o de atrelar a legenda ao diploma e ao cargo em que o diplomado é investido. Como a lei não contém palavras inúteis, nem estatuições desnecessárias⁵², a menção obrigatória da legenda do candidato eleito no diploma tem óbvia vocação de reger situação futura, e não, passada, a título de mero registro histórico, até porque a mesma informação já consta de proclamações e listagens anteriores. E tal vocação não pode ser outra senão a de vincular o candidato à legenda da qual se valeu para conquistar o cargo.

12. Todos esses preceitos infraconstitucionais, mais que revelar a dimensão de primazia do partido político no sistema eleitoral pátrio, descortinam e reafirmam a natureza indissolúvel do vínculo entre o representante e a agremiação específica sob cuja égide se elegeu. **MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO** descreve com acuidade o fenômeno do qual provém esse enlace:

“Não há como ignorar a significativa e cada vez mais acentuada inferência operada pelo fenômeno partidário sobre o sistema eleitoral e

⁵² *Ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit.*

MS 26.603 / DF

político dos diferentes países (...). Em verdade, constatada a sobrepujança do partido (...), detona-se uma nova realidade: a democracia patrocinada pelos partidos, muitas vezes solenemente consagrada pelos ordenamentos jurídicos.

Na nossa sistemática, todas as etapas que envolvem a postulação de cargos eletivos encontram-se **na dependência da atuação do organismo partidário** por cuja legenda está sendo lançada a candidatura”⁵³.

Essa firme relação lógico-jurídica entre candidato e partido, que se não exaure à proclamação dos eleitos, deve manter-se enquanto, *rebus sic stantibus*, perdure o mandato partidário assumido pelo representante em função e sob os auspícios do partido a que se filia como depositário de corpo relevante e identificável de idéias, opiniões e pensamentos políticos.

III. Conclusões.

13. O caráter intrinsecamente partidário do sistema político brasileiro, de si já evidente quanto aos cargos ocupados na proporção dos quocientes eleitorais, é indisputável. A relação típica entre o candidato eleito e o grupo político a que pertenceu durante a eleição é essencial à identificação dos fundamentos que outorgam legitimidade ao mandato eletivo proporcional.

A inconsistência do raciocínio que prega uma como “*portabilidade*” ou labilidade da vaga, que acompanharia o eleito como predicado personalíssimo, qualquer que seja o partido a que se filie e a qualquer que seja o tempo de filiação, decorre do erro na identificação da natureza e titularidade dos

⁵³ Op. cit., pp. 65-97. Grifos nossos.



MS 26.603 / DF

cargos eletivos na sintaxe normativa do sistema representativo proporcional. Essa errônea percepção é, certamente, herança do empedernido patrimonialismo⁵⁴ e do desavergonhado personalismo⁵⁵ brasileiros, que pertencem em submeter o interesse público ao particular, permitindo a apropriação privada da *res publica*, por meio do privilégio da pessoa⁵⁶ em detrimento do cargo. A respeito, reveja-se a sempre atual crítica de **ASSIS BRASIL**:

“É, por isso, muito serio o perigo de que venhamos a ter **partidos sem ideal, bandos acaudilhados por chefes pessoas. Não haveria mal maior que esse.** Raramente taes chefes são homens competentes. Em primeiro lugar, aos espiritos bem ponderados repugna ter sequito por mero fanatismo pessoal; **querem que lhes acompanhem as ideias, mas não a pessoa.** Depois, na generalidade dos casos, o chefe pessoal não é tal porque tenha eminentes qualidades, que lhe creassem real superioridade moral sobre os que o seguem; pelo contrario, quasi sempre é chefe quem foi bastante fraco para lisongear as paixões dominantes, consentindo em pôr-se à frente d’ellas, não para dirigi-l-as, mas para ser seu instrumento”⁵⁷.

E, por solapar tão arraigada e nefasta prática, deve-se insistir, sem cansaço, em que os partidos, verdadeiros “*entes intermediários entre o*

⁵⁴ Na expressão de **FAORO, Raymundo**. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

⁵⁵ De acordo com **FABIO KONDER COMPARATO**, “os vícios do sistema eleitoral são números e bem conhecidos. De todos eles, os mais importantes, pelos nefastos efeitos que provocam em toda a nossa vida política, são o **personalismo** dos candidatos a postos parlamentares e (...). O primeiro dos defeitos apontados, largamente analisado e comentado pelos grandes intérpretes de nossa realidade humana, como *Gilberto Freyre*, *Sérgio Buarque de Holanda* e *Caio Prado Jr.*, é, na verdade, a expressão de um dos traços mais marcantes da cultura nacional”. (A necessária reformulação do sistema eleitoral brasileiro. In: **ROCHA, Cármen Lúcia Antunes** e **VELLOSO, Carlos Mário da Silva** (coords.). *Op. cit.*, 63. Grifos nossos).

⁵⁶ **JOSÉ DE ALENCAR**, o romancista, em obra consagrada ao estudo do sistema representativo, retrata com maestria esta distorção: “*O cidadão não se preocupa de suas convicções, na ocasião do voto: não interroga sua consciencia, não medita nas necessidades do paiz; não se qualifica em relação as idéas. Só tem em mente o nome dos candidatos; questão de pessoa,*



MS 26.603 / DF

*povo e o Estado, integrados no processo governamental*⁵⁸, são o *locus* do público, e o cidadão eleito para cumprir o mandato é mero particular. Mero, porque sua relevância sucumbe – e é providencial que assim o seja – diante da grandeza da função pública por exercer em proveito dos interesses do cargo, e não, da pessoa, homem ou mulher, que o ocupe.

Resumindo as considerações, tem-se que:

(i) a dinâmica da arquitetura político-eleitoral desenhada na Constituição da República e consolidada na legislação subalterna caracteriza-se pela adoção, para certos cargos, de eleições “*pelo sistema proporcional*”, cujo mecanismo funda-se na preeminência radical dos partidos políticos sobre a pessoa dos candidatos;

(ii) dessa caracterização de proporcionalidade brota, como princípio, a pertinência das vagas obtidas segundo a lógica do sistema, mediante uso de quocientes eleitoral e partidário, ao *partido ou coligação*, e não, à pessoa que sob sua bandeira tenha concorrido e sido eleita;

(iii) sua previsão constitucional encontra eco na legislação subalterna;

(iv) a doutrina, assim nacional, como estrangeira, não hesita em reconhecer, dentre os modelos teóricos, a superioridade do sistema proporcional, que, apesar das imperfeições, é o que mais bem respeita as

que *sopita a questão do princípio*. (*O systema representativo*, ed. fac-similar (1868). Brasília: Senado Federal: 1996, p. 152. Grifos nossos).

⁵⁷ Op. cit., pp. 161-162.

⁵⁸ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Op. cit., p. 65. 

MS 26.603 / DF

exigências de justiça, eqüidade⁵⁹ e representatividade, sem comprometer a estabilidade do governo⁶⁰.

14. Senhora Presidente, eu teria mais coisa a dizer, não fosse o adiantado da hora, mas vou a uma pergunta à qual ainda não me deram e não encontrei resposta. Se os partidos políticos não têm, na ordem constitucional, a importância que alguns votos neles encontramos, pergunto: a que servem os partidos políticos? Qual a sua serventia? Valem para o quê? Qual o peso e o valor dos seus programas, das suas promessas? Que papel se lhes reserva, com alguma dignidade política, na ordem constitucional?

Na verdade, se os partidos não têm a importância que lhe reconhecemos, são então reduzidos à condição degradada de meros seletores de candidatos soberanos, destituídos de quaisquer compromissos, e de simples provedores de recursos materiais e financeiros.

Se outro entendimento não significaria proclamá-lo só com palavras diferentes e sob pretextos variados, pergunto se não estaria proclamando, em nível constitucional, muito mais revolucionariamente do que se imagina, a volta escandalosa ao velho e pouco saudoso regime das candidaturas avulsas? Se o partido não tem nenhum direito sobre os mandatos, se os candidatos eleitos podem desfiliar-se a qualquer tempo e hora, sem causa justa e jurídica, se todos os membros do Parlamento podem permanecer sem

⁵⁹ Idem, p. 150.



MS 26.603 / DF

partidos, a que regime passamos a assistir e que regime se reconhece perante a ordem constitucional?

Deixemos de subterfúgios e declaremos logo que restauramos o sistema das candidaturas avulsas e que, portanto, não há necessidade de encontrar ligações constitucionais com programas de partido, finalidades de partido, estruturação de partido, regulamentação sobre partidos, porque o que conta são apenas os representantes eleitos, com mandato ilimitado e absoluto, para fazerem o que quer que seja!

Não posso aderir a uma concepção dessas, Senhora Presidente, sobretudo nesta sessão, em que o Tribunal, ao que me parece, vai deixando esboçada decisão que representa posição relevantíssima perante a ordem jurídica, e na qual, em primeiro lugar, declara, no mandado de segurança, se existe, ou não, o direito subjetivo invocado.

Já se objetou nesta assentada, e com não pouco brilho, que o mandado de segurança não é sede de declarações. Mas todo julgamento judicial é declaratório, até aquele que nega a existência do direito subjetivo. É bem, pois, que a Corte declare se existe, ou não, o direito subjetivo dos partidos.

Em segundo lugar, a Corte declara a existência teórica do direito, negada, no caso, pela autoridade tida por coatora, e tem o dever de fixar-lhe a existência. Declara, ainda, em terceiro lugar, as condições do exercício desse direito, declarando o termo de eficácia da interpretação, sem precisar recorrer à

⁶⁰ Para uma discussão percutiente da questão, v. **SILVA, Luís Virgílio Afonso da.** Op. cit., pp. 146-149.

MS 26.603 / DF

idéia de mudança de orientação do Supremo, porque a teoria que permite a chamada modulação ou limitação temporal da eficácia das decisões, embora objeto de norma infraconstitucional, tampouco faz parte de algum texto expresso da Constituição, e a Corte a adotou sem que ninguém lhe tivesse oposto o fato de que não está textualmente na Constituição. E não se pode negar, até pela generosidade da interpretação da Corte, à resposta da consulta pelo Superior Tribunal Eleitoral, dentro da sua competência legal e constitucional, o papel de orientador de condutas políticas. É por isso que os Ministros daquela Corte não perdem tempo quando respondem a consultas.

Em quarto lugar, estabelece a necessidade de ampla defesa nas situações excepcionais a que já me referi, reverenciando requisito elementar do devido processo legal, sem ferir, portanto, eventuais direitos, que tenham os candidatos, de justificar a desfiliação ou o desligamento do partido.

Em quinto lugar, fixa o mecanismo de concretização do direito subjetivo declarado, reconhecendo a competência da Justiça Eleitoral e, em particular, do Tribunal Superior Eleitoral, para, regulando, à falta de norma, o exercício do contraditório e da ampla defesa, à moda do que a Constituição faz textual e especificamente nos casos análogos de perda de mandato, remeter à Justiça própria a apreciação do caso, sem negar aos partido políticos o direito de sustentarem a pertinência dos mandatos.

Abro, aqui, Senhora Presidente, um parêntese, até para amenizar um pouco, a esta hora, a dureza dos debates, a respeito da questão, agitada da tribuna, da chamada *pertinência* dos mandatos. Nenhum Ministro,



Supremo Tribunal Federal

MS 26.603 / DF

nesta Corte, toma o mandato como se fosse bem jurídico equivalente a coisa e que, como tal, fosse susceptível de apropriação e de domínio, como uma casa ou uma bicicleta. Quando os Ministros usamos a expressão "*pertencem ao partido político*", evidentemente se valem de u" a metáfora, como tantas outras de que se valem os operadores jurídicos para traduzir suas idéias.

Finalmente, Senhora Presidente, com tudo isso, com todas essas declarações, que poderiam ter sentido contrário e continuariam sendo declarações, a Corte dá segurança jurídica à vida parlamentar e à sociedade. Saberão todos, a partir de hoje, se a tese, com todas as suas conseqüências, for aprovada pela Corte, como se devam comportar perante a ordem jurídico-constitucional.

15. Senhora Presidente, em suma, meu voto adere especificadamente às soluções propostas pelo eminente Ministro Celso de Mello e pela eminente Ministra Cármen Lúcia, em relação a todos os pedidos de segurança, denegando-os nos casos relatados pelo Ministro Celso de Mello e pelo Ministro Eros Grau, e concedendo-o em parte, nos exatos termos em que o fez a eminente Relatora, no processo de mandado de segurança por ela relatado.

É como voto.



MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:****I. A questão constitucional**

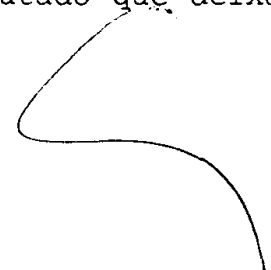
Discute-se nos Mandados de Segurança n^{os} 26.602/DF (PPS), 26.603/DF (PSDB) e 26.604/DF (DEMOCRATAS), da relatoria dos Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Cármen Lúcia, respectivamente, se os partidos políticos possuem um "direito líquido e certo" a manter as vagas por eles conquistadas em eleições regidas pelas regras do sistema proporcional, em caso de desfiliação dos parlamentares que as preenchem.

II. A evolução jurisprudencial sobre o tema

Após a Constituição de 1988, o tema da fidelidade partidária e a questão específica quanto à extinção do mandato do parlamentar que deixar a legenda sob a qual tenha sido eleito encontraram resposta na jurisprudência desta Corte, desde o julgamento do MS n^o 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.10.1989, DJ 15.4.1994.

Na ocasião, o voto condutor, proferido pelo Relator, Ministro Moreira Alves, deixou consignado o seguinte entendimento:

"Em face da Emenda n^o 1, que, em seu artigo 152, parágrafo único (que, com alteração de redação, passou a parágrafo 5^o desse mesmo dispositivo, por força da Emenda Constitucional n^o 11/78), estabelecia o princípio da fidelidade partidária, Deputado que deixasse o Partido sob



cuja legenda fora eleito perdia o seu mandato. Essa perda era decretada pela Justiça Eleitoral, em processo contencioso em que se assegurava ampla defesa, e, em seguida, declarada pela Mesa da Câmara (arts. 152, § 5º; 137, IX; e 35, § 42).

Com a emenda Constitucional nº 25/85, deixou de existir esse princípio de fidelidade partidária, e, em razão disso, a mudança de Partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado o inciso V do artigo 35 que enumerava os casos de perda de mandato.

Na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que se tem permitido a mudança de Partido por parte de Deputados sem qualquer sanção jurídica, e, portanto, sem perda de mandato.

Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, "a"; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55."

Assim, com base no entendimento de que "a vinculação ao partido é apenas condição de elegibilidade (art. 14, § 3º)", o Ministro Moreira Alves pôde concluir que "em nosso sistema constitucional atual, apesar da valorização dada à representação parlamentar federal dos partidos, não se exige qualquer modalidade de fidelidade partidária para os eleitos, após a diplomação, ainda quando não se tenha empossado como deputados".

Moreira Alves foi acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Célio Borja, Octavio Gallotti, Francisco Rezek, Aldir

Passarinho e Néri da Silveira. Registro, no mesmo sentido, o pronunciamento do Ministro Pertence:

"(...) na minha convicção - disse Pertence - restou inabalada, com todas as vênias, a premissa de que parti: a falta, em nosso direito constitucional vigente, de base para decretar a perda de mandato de titular, convicção que agora acaba de receber valiosos subsídios do eminente Ministro Moreira Alves.

A partir do sistema inferir-se essa perda não me parece definitivamente autorizado pelo texto constitucional, que é - e nem poderia ser de modo diverso, tal a gravidade da sanção - exaustivo, no art. 55, a ponto de tornar explícito, por exemplo, o que seria muito mais fácil de extrair por inferências lógicas: que o Deputado que perde os direitos políticos perderá o seu mandato eletivo".

Como se pode constatar, a convicção formada pela maioria naquele julgamento parece ter sido firmada, basicamente, sobre o fato da inexistência, no ordenamento jurídico, de texto normativo expresso que prescreva a sanção de perda do mandato ao parlamentar que deixa a legenda sob a qual foi eleito. A não-repetição, pela atual Constituição, do texto do art. 152, parágrafo único, da Constituição de 1967/69¹, assim como a taxatividade do art. 55², seriam os motivos determinantes dessa decisão majoritária da Corte.

¹ Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: (...) Parágrafo único: Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o Partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do Partido, assegurado o direito de ampla defesa.

² Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Trechos do voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira esclarecem os fundamentos adotados pelo Tribunal:

"Penso que todos estamos de acordo com a importância, para a vida partidária, dos princípios de disciplina e de fidelidade. Qualquer entidade precisa ter fidelidade a determinados princípios, fidelidade aos programas partidários. Isso nada tem a ver com imposição de sanção, de pena por descumprimento desses princípios.

Nessa linha, o que a maioria afirmou é que a regra posta na Emenda Constitucional nº 1, art. 152, parágrafo único, que previa sanção de perda do mandato para o deputado que deixasse o partido pelo qual se elegeu, não mais subsiste no regime atual. Foi em virtude disso que a maioria do Tribunal decidiu o mandato de segurança no sentido de indeferi-lo.

Se a sanção não existe mais no nosso sistema, relativamente aos titulares de mandato, também não há assento na Constituição para se impor a restrição do direito ao exercício do mandato, à convocação, por parte do suplente que haja, eventualmente deixado o partido pelo qual se elegeu, quer tenha retornado, ou não, a essa agremiação partidária".

Por tal fundamento, essa decisão sempre suscitou reflexões mais aprofundadas em torno de aspectos de hermenêutica constitucional. Pergunto: a inexistência de dispositivo normativo expresso - ou, explicando melhor, a ausência de texto - pode ser razão única para a conclusão, muitas vezes apodítica, sobre a inexistência de determinada norma no ordenamento jurídico?

Antes de responder a essa indagação elementar, quero ressaltar que, já naquela ocasião do julgamento do MS nº 20.927, essa suposta conexão lógica entre a ausência, no atual ordenamento, de texto como o do antigo art. 152 da Constituição de 1967/69 e a impossibilidade de aplicação da sanção de perda do mandato, além da taxatividade do art. 55, não ficou bastante clara aos olhos de alguns Ministros, que foram além da expressão textual de nossa

Constituição e, por meio de uma interpretação sistemática baseada nos valores da fidelidade partidária e da democracia representativa, chamaram a atenção para a presença, em nosso sistema constitucional, de uma regra que impõe a perda do mandato ao parlamentar que abandona o partido por meio do qual foi eleito.

Assim foram os votos de Celso de Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches. Ressalto trechos do voto do Ministro Paulo Brossard:

"(...) os partidos continuam a ser instrumentos necessários e imprescindíveis na formação dos poderes políticos, do legislativo e do executivo, no plano federal, no estadual e no municipal. Mantendo a representação proporcional, manteve igualmente, agora de maneira implícita, a fidelidade partidária. Um partido que elege vinte deputados, não pode ficar com sua representação reduzida a quinze, dez, cinco ou nenhum deputado, e um partido que tenha eleito um não pode locupletar-se com os eleitos por outro partido e apresentar-se com uma representação que não é a sua, de cinco, dez, quinze ou vinte deputados. Ou a escolha do candidato por um partido, o seu registro, a sua eleição, a sua diplomação, enfim, todo o processo eleitoral não vale nada e não passe de mero e grotesco simulacro.

A questão partidária é séria demais para que se não lhe dê um tratamento igualmente sério. Ninguém é obrigado a ingressar em um partido, nem a nele permanecer; mas tendo sido investido por intermédio do partido de sua escolha de um mandato, seja ele qual for, não pode dele dispor como se fosse exclusivamente seu, como se se tratasse de um bem do seu patrimônio pessoal, disponível como qualquer bem material."

Na ocasião, o espírito altivo e perspicaz de Rezek pôde vislumbrar o dia de hoje, como se pode perceber do seguinte trecho de seu voto:

"Tenho a certeza de que as coisas não permanecerão como hoje se encontram. Em breve ou a médio prazo, os partidos políticos no Brasil - de cujo exato número receio eu próprio haver perdido a conta - serão em número

consentâneo com aquela divisão natural das facções políticas de que se compõe nossa sociedade. Nesse momento serão mais coesos, haverá maior homogeneidade entre seus filiados, e poder-se-á falar com mais firmeza a respeito da fidelidade a eles devida.

A Constituição de 1988 tem naturalmente um subsolo. Este consiste, basicamente, nas suas circunstâncias, no seu momento histórico. Não foi por acaso que o constituinte de 88 se omitiu de prescrever, com a riqueza vernacular quantitativa que usou em tantos temas menores, sobre a fidelidade partidária. Não quis fazê-lo por acreditar, provavelmente, que não saímos ainda daquela zona cinzenta em que nos encontramos desde os acontecimentos de 64, ou, mais precisamente, desde quando dissolvidos os antigos partidos - resultando no abandono da vida pública por homens de estatura do nosso antigo colega Oscar Corrêa. Isso é uma realidade de que o constituinte deve ter querido prestigiar, e ao direito positivo me atenho.

Sei que o futuro renderá homenagem à generosa inspiração cívica da tese que norteou os votos dos eminentes Ministros Celso de Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches".

Talvez o quadro partidário imaginado por Rezek ainda não se tenha concretizado no Brasil, mas hoje já podemos perceber, claramente, a necessidade de mudança da orientação firmada naquele julgamento.

A própria realidade partidária observada no Brasil, no último decênio, faz transparecer a inadequação da interpretação sobre o princípio da fidelidade partidária que se vem fazendo ao longo de todos esses anos.

Essa constatação ficou patente no recente julgamento das ADI n°s 1.351 e 1.354, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que discutimos sobre a constitucionalidade da denominada "cláusula de barreira".

Em voto proferido na ocasião, fiz questão de expor posicionamento pessoal sobre o tema, afirmando a necessidade da imediata revisão do entendimento jurisprudencial adotado pelo Tribunal desde o julgamento do MS nº 20.927:

"VI. A crise do sistema eleitoral proporcional no Brasil: novas reflexões sobre a fidelidade partidária na jurisprudência do STF

É preciso deixar enfatizado, não obstante, que as preocupações do legislador são, de fato, legítimas. A criação de uma "cláusula de barreira" para o pleno funcionamento parlamentar dos partidos políticos tem o claro intuito de antecipar alguns pontos de uma reforma política mais ampla.

Hoje, parece inegável que o sistema eleitoral de feição proporcional, que corresponde à nossa prática política brasileira desde 1932, vem apresentando significativos déficits e emitindo sinais de exaustão.

Recentemente, o país mergulhou numa das maiores crises éticas e políticas de sua história republicana, crise esta que revelou algumas das graves mazelas do sistema político-partidário brasileiro, e que torna imperiosa a sua imediata revisão.

De tudo que foi revelado, tem-se como extremamente grave o aparelhamento das estruturas estatais para fins político-partidários e a apropriação de recursos públicos para o financiamento de partidos políticos.

A crise tornou, porém, evidente, para todos, a necessidade de que sejam revistas as atuais regras quanto à fidelidade partidária.

Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Devemos refletir, inclusive, sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional, o que constitui, sem sombra de dúvidas, uma clara violação à vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos!

Com efeito, é assegurada aos partidos políticos autonomia para fixar, em seus programas, seus objetivos políticos e para definir sua estrutura interna e funcionamento,

devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias³ (CF, art. 17 e § 1º).

Nesse aspecto, tem sido até aqui pacífica a orientação no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior Eleitoral de que a infidelidade partidária não terá repercussão sobre o mandato exercido⁴. A maior sanção que a agremiação partidária poderia impor ao filiado infiel é a exclusão de seus quadros.

Se consideramos a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, essa orientação afigura-se amplamente questionável.

Assim, ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação ou outra situação de igual significado, **o abandono da legenda, a meu ver, deve dar ensejo à perda do mandato**. Na verdade, embora haja participação especial do candidato na obtenção de votos com o objetivo de posicionar-se na lista dos eleitos, tem-se que a eleição proporcional se realiza em razão de votação atribuída à legenda. Como se sabe, com raras exceções, a maioria dos eleitos sequer logram obter o quociente eleitoral, dependendo a sua eleição dos votos obtidos pela agremiação.

Nessa perspectiva, não parece fazer qualquer sentido, do prisma jurídico e político, que o eventual eleito possa, simplesmente, desvincilhar-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos, carregando o mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto atribuído à agremiação partidária a que estava filiado para outra legenda.

Daí a necessidade imperiosa de revisão da jurisprudência do STF acima referida."

Abra-se parêntese para deixar claro que, **no Mandado de Segurança nº 23.405/DF, que tramitou sob minha relatoria, a decisão**

³ O art. 3º da Lei nº 9.096/95 diz que "é assegurada, ao partido político, autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento". O art. 14 da mesma lei diz que "o partido é livre para fixar, em seu programa, seus objetivos políticos e para estabelecer, em seu estatuto, a sua estrutura interna, organização e funcionamento."

⁴ MS 20.297, Relator Moreira Alves, julgado em 18.12.1981. Acórdão-TSE nº 11.075, Relator Célio de Oliveira Borja, DJ 15.5.1990.

do Tribunal apenas declarou prejudicado o writ, tendo em vista a perda de seu objeto. A menção à questão da perda de mandato por infidelidade partidária, tal como tratada na jurisprudência do Tribunal desde o MS nº 20.927, serviu apenas de obter dictum e não pode servir de parâmetro para indicar o posicionamento atual desta Corte.

A questão então chegou ao Tribunal Superior Eleitoral, que proferiu uma interpretação evolutiva de nosso ordenamento constitucional, transpondo os limites fixados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS nº 20.927. A decisão do TSE (Consulta nº 1.398, Rel. Min. César Asfor Rocha) fundamentou-se, principalmente, nas características do sistema proporcional adotado no Brasil. Em síntese, disse o TSE que, no sistema proporcional (com regras de quociente eleitoral e quociente partidário), o mandato é do partido e a mudança de agremiação, após a diplomação, gera a perda do mandato pelo parlamentar.

Posteriormente, o TSE voltou a decidir sobre a questão, reafirmando o posicionamento anterior, no sentido de que "o mandato é do partido e, em tese, o parlamentar o perde ao ingressar em novo partido" (Consulta nº 1.423, Rel. Min. José Delgado).

A decisão da Justiça Eleitoral renova a leitura que se vinha fazendo a respeito da fidelidade partidária após a Constituição de 1988 e, nesse sentido, torna imperiosa a revisão também da jurisprudência desta Corte, a partir de uma nova leitura do texto constitucional, baseada nos princípios da democracia partidária, da representação proporcional, do pluralismo político e da fidelidade partidária.

III. Natureza e função dos partidos políticos na democracia

A Constituição de 1988 atribuiu relevo ímpar à participação dos partidos no processo eleitoral, estabelecendo como condição de elegibilidade a filiação partidária (CF, art. 17).

Os partidos políticos são, assim, importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada pela atuação dos partidos políticos. Eles exercem uma função de mediação entre o povo e o Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral⁵. Mas não somente durante essa fase ou período. O processo de formação de vontade política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período. Enquanto instituições permanentes de participação política, os partidos desempenham função singular na complexa relação entre o Estado e a sociedade. Como nota Grimm, se os partidos políticos estabelecem a mediação entre o povo e o Estado, na medida em que apresentam lideranças pessoais e programas para a eleição e procuram organizar as decisões do Estado consoante as exigências e as opiniões da sociedade, não há dúvida de que eles atuam nos dois âmbitos.

Assim, a questão não mais é de saber se eles integram a sociedade ou o Estado, mas em que medida eles estão integrados em um e outro âmbito⁶.

IV. O sistema eleitoral proporcional no Brasil

O art. 45 da Constituição brasileira estabelece o sistema proporcional para as eleições dos representantes parlamentares do

⁵ GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, Berlin/Nova York, 1995, p 599 (p. 606).

⁶ Cf. GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). *Handbuch des Verfassungsrechts*. Band 1, cit. p 599 (613).

povo. A legislação brasileira preservou o sistema proporcional de listas abertas e votação nominal, que corresponde à nossa prática desde 1932⁷.

Trata-se de um modelo proporcional peculiar e diferenciado do modelo proporcional tradicional, que se assenta em listas apresentadas pelos partidos políticos. A lista aberta de candidatos existente no Brasil faz com que o mandato parlamentar, que resulta desse sistema, afigure-se também fruto do desempenho e do esforço do candidato. Trata-se, como destacado por Scott Mainwaring, de sistema que, com essa característica, somente se desenvolveu no Brasil e na Finlândia⁸. Em verdade, tal como anota Giusti Tavares, semelhante modelo é adotado também no Chile⁹.

No sentido da originalidade do sistema, anota Walter Costa Porto que o tema acabou não merecendo estudo adequado por parte dos estudiosos brasileiros, tendo despertado o interesse de pesquisadores estrangeiros, como Jean Blondel. Registrem-se as observações de Walter Costa Porto¹⁰:

"Tal peculiaridade foi pouco examinada pelos nossos analistas. E foi um estrangeiro que lhe deu atenção: Jean Blondel, nascido em Toulon, França, professor das universidades inglesas de Manchester e Essex, e autor,

⁷ A rigor, tal como anota Walter Costa Porto em palestra recente perante o IX Congresso Brasiliense de Direito Constitucional (10.11.2006), o sistema adotado em 1932 era ainda um sistema misto, pois ele acabava por contemplar a eleição, em segundo turno, dos mais votados que não alcançaram o quociente eleitoral. Somente em 1935 foi adotado um modelo puramente proporcional.

⁸ MAINWARING, Scott. *Políticos, Partidos e Sistemas Eleitorais*. In: *Estudos Eleitorais*, TSE n. 2, maio/ago. 1997, p. 335 (343).

⁹ Cf. TAVARES, Giusti José Antonio. *Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 126-127.

¹⁰ Cf. PORTO, Walter Costa. *Sistema Eleitoral Brasileiro*. Palestra proferida no IX Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, Brasília 10.11.2006, p. 8-9; Cf. também PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. São Paulo: Martins Fontes; 2004, p. 163 s.

entre outros livros, de *Introduction to Comparative Government, Thinking Politically and Voters, Parties and Leaders*. Em introdução a uma pesquisa que realizou, em 1957, no Estado da Paraíba, escreveu Blondel:

'A lei eleitoral brasileira é original e merece seja descrita minuciosamente. É, com efeito, uma mistura de escrutínio uninominal e de representação proporcional, da qual há poucos exemplos através do mundo (...) Quanto aos postos do Executivo ... é sempre utilizado o sistema majoritário simples (...) Mas, para a Câmara Federal, para as Câmaras dos Estados e para as Câmaras Municipais, o sistema é muito mais complexo. O princípio de base é que cada eleitor vote somente num candidato, mesmo que a circunscrição comporte vários postos a prover; não se vota nunca por lista. Nisto o sistema é uninominal. No entanto, ao mesmo tempo cada partido apresenta vários candidatos, tantos quantos são os lugares de deputados, em geral, menos se estes são pequenos partidos. De algum modo, os candidatos de um mesmo partido estão relacionados, pois a divisão de cadeiras se faz por representação proporcional, pelo número de votos obtidos por todos os candidatos de um mesmo partido (...) Votando num candidato, de fato o eleitor indica, de uma vez, uma preferência e um partido. Seu voto parece dizer: 'Desejo ser representado por um tal partido e mais especificamente pelo Sr. Fulano. Se este não for eleito, ou for de sobra, que disso aproveite todo o partido. O sistema é, pois, uma forma de voto preferencial, mas condições técnicas são tais que este modo de escrutínio é uma grande melhora sobre o sistema preferencial tal qual existe na França'".

No sistema eleitoral adotado no Brasil, impõe-se precisar (1) o número de votos válidos, (2) o quociente eleitoral, (3) o quociente partidário, (4) a técnica de distribuição de restos ou sobras e (5) o critério a ser adotado na falta de obtenção do quociente eleitoral.

Os votos válidos são os votos conferidos à legenda partidária e ao candidato. Não são computados os votos nulos e os votos em branco.

O quociente eleitoral, que traduz o índice de votos a ser obtido para a distribuição das vagas, obtém-se mediante a divisão do número de votos válidos pelos lugares a preencher na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras de Vereadores.

O quociente partidário indica o número de vagas alcançado pelos partidos e é calculado pela divisão do número de votos conferidos ao partido, diretamente, ou a seus candidatos pelo quociente eleitoral, desprezando-se a fração.

A distribuição de restos ou sobras decorre do fato de, após a distribuição inicial, haver vagas a serem preenchidas sem que os partidos tenham votos suficientes para atingir o quociente eleitoral. Podem-se adotar diferentes critérios, como a distribuição pela maior sobra ou pela maior média¹¹. O Código Eleitoral adotou o critério da maior média, estabelecendo que para obtê-la "adiciona-se mais um lugar aos que já foram obtidos por cada um dos partidos; depois, toma-se o número de votos válidos atribuídos a cada partido e divide-se por aquela soma; o primeiro lugar a preencher caberá ao partido que obtiver a maior média; repita-se a mesma operação tantas vezes quantos forem os lugares restantes que devam ser preenchidos, até sua total distribuição entre os diversos partidos" (Código Eleitoral, art. 109).

Se nenhum partido atingir o quociente eleitoral, o Código Eleitoral determina que não de ser considerados eleitos os candidatos mais votados, independentemente de qualquer critério de proporcionalidade (Código Eleitoral, art. 111). A solução parece questionável, como anota José Afonso da Silva, pois a Constituição prescreve, no caso, a adoção do sistema eleitoral proporcional¹².

Vê-se, assim, que, também no sistema proporcional, tendo em vista razões de ordem prática, os votos dos partidos que não atingiram o quociente eleitoral e os votos constantes das sobras

¹¹ Cf. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 525.

¹² Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 376.

podem não ter qualquer aproveitamento, não havendo como conferir-lhes significado quanto ao resultado.

Interessante notar que esse sistema permite que um candidato sem nenhum voto nominal seja eleito. Tal como registra Walter Costa Porto, nas eleições de 2 dezembro de 1945, o Partido Social Democrático apresentou dois candidatos a deputado federal no Território do Acre: Hugo Ribeiro Carneiro e Hermelindo de Gusmão Castelo Branco Filho. O primeiro candidato obteve 3.775 votos; o segundo, nenhum voto nominal, pois ficara no Rio de Janeiro. Não obstante, o partido alcançou uma vez o quociente eleitoral e mais uma sobra de 1.077 votos. O critério do "maior número de votos" do partido, em caso de sobra, acabou por conferir mandato a candidato que não obtivera sequer um voto¹³.

Mencione-se que pode ocorrer até mesmo que o candidato mais votado no pleito eleitoral não logre obter o assento em razão de a agremiação partidária não ter obtido o quociente eleitoral. Foi o que se verificou em vários casos expressivos, dentre os quais se destaca o de Dante de Oliveira, que, candidato pelo PDT a uma vaga para Câmara dos Deputados, pelo Estado de Mato Grosso, nas eleições de 1990, obteve a maior votação (49.886 votos) e não foi eleito em razão de seu partido não ter obtido quociente. À época, postulou a revisão do resultado com a alegação de que a inclusão dos votos brancos para obtenção do quociente eleitoral revelava-se inconstitucional (Código Eleitoral, art. 106, parágrafo único). O Tribunal Superior Eleitoral rejeitou essa alegação com o argumento de que os votos brancos eram manifestações válidas e somente não seriam computáveis para as eleições majoritárias por força de normas

¹³ PORTO, Walter Costa. *A mentirosa urna*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 157.

constitucionais expressas (CF, artigos 28, 29, II, e 77, § 2º)¹⁴. Também o recurso extraordinário interposto contra essa decisão não foi acolhido tendo em vista as mesmas razões¹⁵. O art. 106, parágrafo único, do Código Eleitoral foi revogado pela Lei n. 9.504/1997¹⁶. Desde então, não se tem mais dúvida de que o voto em branco não deve ser contemplado para os fins de cálculo do quociente eleitoral.

Outra questão relevante coloca-se tendo em vista a cláusula contida no art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, segundo a qual "*só poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos ou coligações que tiverem obtido quociente eleitoral*". Explicita-se aqui outra relativização da efetividade do voto, uma vez que somente serão contemplados os votos dos partidos que lograram obter o quociente eleitoral. Nas eleições de 2002, José Carlos Fonseca obteve 92.727 votos para deputado federal no Estado do Espírito Santo. O quociente eleitoral foi de 165.284. A sua coligação obteve 145.271 votos ou 8,78% dos votos conferidos. Preenchidas sete vagas, cuidou-se da distribuição dos restos ou sobras. O Tribunal Regional Eleitoral recusou-se a contemplar a coligação, à qual estava vinculado José Carlos Fonseca, no cálculo das sobras em razão do disposto no art. 109, § 2º, do Código Eleitoral. Contra essa decisão foi impetrado mandado de segurança, forte no argumento da desproporcionalidade do critério ou da adoção de um critério legal que transmudava o sistema proporcional em sistema majoritário. Enquanto a coligação que obtivera 8,78% dos votos não seria contemplada com um mandato parlamentar, as demais estariam assim representadas:

¹⁴ Cf. Recurso Especial- TSE nº 9.277, Relator Vilas Boas, DJ 23. 4.1991.; Cf sobre o assunto também PORTO, Walter Costa. A mentirosa urna. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 171-173.

¹⁵. RE 140.386, Relator Carlos Velloso, DJ 20.4.2001.

Coligações	Votos	Cadeiras
Coligação Espírito Santo Forte	39.36 %	50 %
Frente Competência para Mudar	12.74 %	10 %
Frente Mudança para Valer	17,37 %	20 %
Frente Trabalhista	21,07	25 %

O TSE rejeitou a ação, assentando-se que a expressão sistema proporcional contida no art. 45 da Constituição encontraria no Código Eleitoral critérios precisos e definidos. A discussão sobre a adequação dos critérios utilizados pelo legislador resvalava para controvérsia de *lege ferenda* sem reflexo no plano da legitimidade da fórmula¹⁷.

Convém assinalar que o modelo proporcional de listas abertas adotado entre nós contribui acentuadamente para a personalização da eleição, o que faz com que as legendas dependam, em grande medida, do desempenho de candidatos específicos. Daí o destaque que se confere às candidaturas de personalidades dos diversos setores da sociedade ou de representantes de corporação. Essa personalização do voto acaba por acentuar a dependência do partido e determinar a sua fragilidade programática.

Assim, esse modelo de listas abertas tem conseqüência sobre a disciplina interna das legendas, que se tornam, quase inevitavelmente, reféns dos personalismos dos candidatos que as integram. Mainwaring chega a afirmar que vários aspectos da legislação eleitoral brasileira não têm - ou têm pouco - paralelo no

¹⁶ Cf. Estudos de Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Paulo Bonavides e Tito Costa. In: *Estudos Eleitorais*, TSE n. 2, maio/ago. 1997, p. 79-137.

¹⁷ Mandado de Segurança TSE 3.109 - ES, Relator: Sálvio de Figueiredo; Cf também Costa Porto, *Essa mentirosa urna*, cit., p. 178-181.

mundo, e nenhuma outra democracia dá aos políticos tanta autonomia vis-à-vis seus partidos¹⁸.

V. O valor da fidelidade partidária: a necessidade de uma nova leitura constitucional

No contexto de uma democracia partidária e do sistema eleitoral proporcional, o valor constitucional da fidelidade partidária tem uma densidade ainda maior.

O modelo de democracia representativa adotado pela Constituição qualifica o mandato como eminentemente representativo da vontade popular (deputados) e dos entes federativos (senadores). Assim, o art. 45 da Constituição dispõe que "a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo", e o art. 46 estabelece que "o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal".

Como analisado, o art. 45 estabelece que a representação popular é obtida por meio do sistema eleitoral de caráter proporcional, concebendo uma verdadeira democracia partidária.

Isso porque, como visto, no sistema eleitoral proporcional adotado no Brasil os partidos políticos detêm um *monopólio absoluto* das candidaturas¹⁹. A filiação partidária, no sistema político delineado na Constituição, constitui uma condição de elegibilidade, como prescreve o art. 14, § 3º, inciso V. Nesse sentido, o art. 87 do Código Eleitoral é enfático ao determinar que "somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos". E a Lei nº 9.096/1995, em seu art. 18, dispõe que "para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo

¹⁸ MAINWARING, Scott. *Políticos, Partidos e Sistemas Eleitorais*, in: Estudos Eleitorais, TSE 2, maio/ago 1997, p. 335 (337).

menos 1 (um) ano antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcionais".

Se considerarmos a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para a manutenção do próprio mandato.

Assim, ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação, perseguição política ou outra situação de igual significado, **o abandono da legenda, a meu ver, deve dar ensejo à extinção do mandato.**

Essa interpretação decorre de própria realidade partidária observada no Brasil após a Constituição de 1988. É preceito básico da hermenêutica constitucional de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz "auslegen" bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen - um seiner Wirksamkeit willen*). (Häberle, Peter. "Zeit und Verfassung". in: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, org: Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden, 1976, p.312-313).

É preciso estar atento para o quadro político-partidário no contexto pós-88. O entendimento jurisprudencial adotado pelo

¹⁹ Cfr.: DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar Ed.; 1970, p. 388.

Supremo Tribunal Federal no MS nº 20.927 justificou-se sob um contexto histórico específico. O Ministro Rezek, como já sublinhado, ressaltou a adequação da decisão a um momento político especial, e proferiu a seguinte frase, logo no início de seu voto: "*Tenho a certeza de que as coisas não permanecerão como hoje se encontram*".

As normas de fidelidade partidária adotadas pela Constituição de 1967/69 também somente poderiam ser interpretadas naquele contexto histórico, bem descrito em estudo de Paulo Bonavides:

"A Emenda Constitucional n.1, editada, a seguir, a 17 de outubro de 1969, pela Junta Militar, incorporou esses dispositivos ao art. 152 da Constituição, explicitando no parágrafo único o princípio da fidelidade partidária, vazada nos seguintes termos:

'Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.'

Era a consagração do princípio da fidelidade partidária em toda a sua latitude, indispensável naquela conjuntura aos desígnios governistas de conservação da artificial organização partidária vigente no País, debaixo de um modelo que se apartava consideravelmente da realidade e fazia, como já dissemos, o culto das aparências democráticas. Nele o espírito de obediência passiva e resignada à usurpação do poder invadira todas as instituições da república e matinha abertas as duas Casas do Congresso, onde se elegia tranquilamente, pelas vias indiretas, a dinastia presidencial dos generais que se sucediam no exercício da suprema magistratura da Nação"²⁰.

A redemocratização e o desenvolvimento da democracia de partidos, após a Constituição de 1988, revelam-nos uma conjuntura política extremamente distinta.

O quadro do denominado "troca-troca" partidário na atual legislatura é lamentável, como se pode constatar da relação abaixo:

<u>DATA</u>	<u>DEPUTADO</u>	<u>DE</u>	<u>PARA</u>
27/9/07	CARLOS SOUZA (AM)	PP	PRB
25/9/07	CLODOVIL HERNANDES (SP)	PTC	PR
24/9/07	SÉRGIO BRITTO (BA)	PDT	PMDB
21/9/07	DAVI ALVES SILVA (MA)	PDT	PSC
12/9/07	DR. PAULO CESAR (RJ)	PTB	PR
21/8/07	GERVÁSIO SILVA (SC)	DEM	PSDB
7/8/07	GERALDO REZENDE (MS)	PPS	PMDB
12/7/07	JURANDY LOUREIRO (ES)	PTB	PSC
11/7/07	TAKAYANA (PR)	PTB	PSC
5/7/07	CLEBER VERDE (MA)	PTB	PRB
4/7/07	MARCOS ANTONIO (PE)	S. PART.	PRB
3/7/07	SILAS CÂMERA (AM)	PTB	PSC
28/6/07	DAMIÃO FELICIANO (PB)	S. PART.	PDT
4/6/07	MARCOS ANTONIO (PE)	PAN	S. PART.
2/5/07	JACKSON BARRETO (SE)	PTB	PMDB
25/4/07	LINDOMAR GARÇON (RO)	PR	PV
2/4/07	JUSMARI OLIVEIRA (BA)	PFL	PR
23/3/07	AIRTON ROVEDA (PR)	PPS	PR
23/3/07	CRISTIANO MATHEUS (AL)	PFL	PMDB
19/3/07	LINDOMAR GARÇON (RO)	PV	PR
15/3/07	DJALMA BERGER (SC)	S. PART.	PSB
15/3/07	JUVENIL ALVES (MG)	PT	S. PART.
14/3/07	ANGELA PORTELA (RR)	PTC	PT
12/3/07	LEO ALCÂNTARA (CE)	PSDB	PR
12/3/07	MARCELO TEIXEIRA (CE)	PSDB	PR
12/3/07	VICENTE ARRUDA (CE)	PSDB	PR
9/3/07	PAULO PIAUI (MG)	PPS	PMDB
8/3/07	DJALMA BERGER (SC)	PSDB	S. PART.
5/3/07	JOSÉ ROCHA (BA)	PFL	PR
5/3/07	TONHA MAGALHÃES (BA)	PFL	PR
28/2/07	ÁTILA LIRA (PI)	PSDB	PSB
13/2/07	RATINHO JUNIOR (PR)	PPS	PSC
8/2/07	MARCELO GUIMARÃES (BA)	PFL	PMDB
2/2/07	DAMIÃO FELICIANO (PB)	PR	S. PART.
2/2/07	WALDIR MARANHÃO (MA)	PSB	PP
1/2/07	HOMERO PEREIRA (MT)	PPS	PR

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: política e direito*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 443.

1/2/07	JURANDY LOUREIRO (ES)	PSC	PAN
1/2/07	LÚCIOVALE (PA)	PMDB	PR
1/2/07	MARCOS ANTONIO (PE)	PSC	PAN
1/2/07	NEILTON MULIM (RJ)	PPS	PR
1/2/07	SILAS CÂMARA (AM)	PTB	PAN
1/2/07	TAKAYAMA (PR)	PMDB	PAN

Fonte: Secretaria-Geral da Mesa da Câmara.

Publicado no Jornal Correio Braziliense. Caderno Brasil. Política. Brasília, 29 de setembro de 2007, p. 6.

Não se aleguem, por outro lado, as hipóteses em que é o partido que depende dos votos dados nominalmente a determinado candidato, que atinge, sozinho, o quociente eleitoral uma ou mais vezes, trazendo para a legenda mais de uma vaga, o que só faz transparecer as incongruências de nosso sistema proporcional.

Na verdade, embora haja participação especial do candidato na obtenção de votos com o objetivo de posicionar-se na lista dos eleitos, tem-se que a eleição proporcional se realiza em razão de votação atribuída à legenda. Ademais, como se sabe, com raras exceções, a maioria dos eleitos sequer logram obter o quociente eleitoral, dependendo a sua eleição dos votos obtidos pela agremiação.

Nessa perspectiva, torno a repetir que não parece fazer qualquer sentido, do atual prisma jurídico e político, que o eventual eleito possa, simplesmente, desvincular-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos, carregando o mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto atribuído à agremiação partidária a que estava filiado para outra legenda.

Essas razões são suficientes para demonstrar a necessidade de imediata revisão da jurisprudência desta Corte.

VI. Direitos fundamentais dos partidos políticos

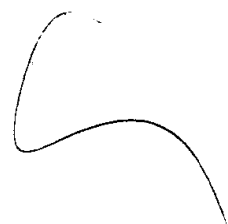
É preciso indagar, ainda, se há um direito do partido político às vagas obtidas segundo as regras do sistema eleitoral proporcional.

Estou certo de que o constituinte de 1988, ao estabelecer que os direitos e garantias individuais constituem limites materiais à reforma constitucional, não se restringiu ao elenco do art. 5º. Todos os preceitos constitucionais que asseguram direitos e garantias e que, de alguma forma, conferem densidade à dignidade da pessoa humana - entendida esta como conteúdo essencial de todos e cada um dos direitos fundamentais, na concepção de Dürig - estão abarcados pelo inciso IV do art. 60 da Constituição e consistem, portanto, em barreiras contra o poder de reforma constitucional.

Nesse sentido, não é preciso muito esforço hermenêutico para atestar que, nesse âmbito, estão incluídos os direitos políticos e suas garantias, expressos no Capítulo IV do Título II da Constituição. O Título II da Constituição condensa o que se poderia chamar de *núcleo constitucional da cidadania*, ao dispor os direitos fundamentais em sua tríplice configuração como direitos civis, sociais e políticos.

O conceito de cidadania de T. H Marshall bem representa essa divisão. Assim descreve o sociólogo inglês a tríplice divisão do conceito de cidadania:

"(...)pretendo dividir o conceito de cidadania em três partes. Mas a análise é, neste caso, ditada mais pela história do que pela lógica. Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. (...) Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. (...)



O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade." (MARSHAL, T. S. Cidadania e Classe Social. Brasília: Senado Federal; 2002, p. 9; no mesmo sentido, cf.: FARIÑAS DULCE, María José. Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos. Madrid: Dykinson, 2004, p. 37)

É interessante notar que a Constituição de 1988, em seu Título II, ao dispor dos direitos e garantias fundamentais, incorporou a regulamentação constitucional dos partidos políticos, o que revela a intenção constituinte de concebê-los como garantias do pleno exercício dos direitos políticos.

Dessa forma, é possível conceber a vontade constituinte de que o exercício da cidadania política se desse não apenas por aqueles que votam (eleitores) ou podem ser votados (candidatos), mas também pelos partidos políticos.

Os direitos políticos, portanto, possuem como titulares os cidadãos que votam (eleitores), os cidadãos que podem ser votados (candidatos), assim como os partidos políticos.

Nesse sentido, as lições de Canotilho e Vital Moreira são enfáticas, demonstrando que os partidos políticos são diretos titulares de direitos fundamentais na ordem constitucional²¹.

Diante do preceito constitucional do art. 5º, § 2º, é possível dizer que alguns desses direitos não estão expressos no texto da Constituição. Muitos decorrem do próprio sistema político-partidário desenhado na Constituição.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa* Anotada. Vol. 1. 4ª Ed. Coimbra Ed.; 2007, p. 682-683.

VI.1. Direito às vagas conquistadas pelo sistema eleitoral proporcional

Existe um direito dos partidos políticos às vagas por eles conquistadas segundo as regras do sistema proporcional?

Diante de tudo o que já foi dito, a resposta deve ser afirmativa. Trata-se de um direito não expressamente consignado no texto constitucional, mas decorrente do regime de democracia representativa e partidária adotado pela Constituição (art. 5º, § 2º).

Ressalte-se, nesse contexto, que a presença dos partidos políticos num regime democrático modifica a própria concepção que se tem de democracia. Essas são as clássicas lições de Maurice Duverger²²:

"É a seguinte definição mais simples e mais realista de democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados, por intermédio de eleições honestas e livres. Sobre esse mecanismo de escolha, os juristas, após os filósofos do século XVIII, desenvolveram uma teoria de representação, o eleitor, dando ao eleito mandato para falar e agir em seu nome, dessa maneira, o Parlamento, mandatário da nação, exprime a soberania nacional. O fato da eleição, assim como a doutrina da representação, foram profundamente transformados pelo desenvolvimento dos partidos. Não se trata doravante de um diálogo entre eleitor e eleito, Nação e Parlamento: um terceiro se introduziu entre eles, que modifica, radicalmente, a natureza de suas relações. Antes de ser escolhido pelos eleitores, o deputado é escolhido pelo partido: os eleitores só fazem ratificar essa escolha. A coisa é visível nos regimes de partido único em que um só candidato se propõe à aceitação popular. Por ser mais dissimulada, não é menos real nos regimes pluralistas: eleitor pode escolher entre muitos candidatos, mas cada um

²² DUVERGER, Maurice. Os partidos políticos. Rio de Janeiro: Zahar Ed.; 1970, p. 387-388.

destes é designado por um partido. Se se quer manter a teoria da representação jurídica, é necessário admitir que o eleito recebe um duplo mandato: do partido e dos eleitores. A importância de cada um varia segundo o país; no conjunto, o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral." (p. 387)

No regime de *democracia partidária*, portanto, os candidatos recebem os mandatos tanto dos eleitores como dos partidos políticos. A representação é ao mesmo tempo popular e partidária. E, como ensinou Duverger, "o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral". Nesse contexto, o certo é que os candidatos, eles mesmos, não seriam os únicos detentores dos mandatos.

Os mandatos pertenceriam, assim, aos partidos políticos. As vagas conquistadas no sistema eleitoral proporcional pertenceriam às legendas. Esta é uma regra que parece decorrer da própria lógica do regime de democracia representativa e partidária vigente em nosso país.

Isso não implica a adoção de uma concepção de *mandato imperativo* ou de *mandato vinculado*. A democracia representativa no Brasil pressupõe a figura do *mandato representativo*, segundo o qual o representante não fica vinculado aos seus representados. O mandato representativo não pode ser revogado pelos eleitores, nem pelos partidos. O mandato representativo é mandato livre.

Mas a democracia partidária e o papel centralizador das candidaturas que detêm os partidos nesse regime são perfeitamente compatíveis com a idéia de mandato livre. Nos diversos modelos político-eleitorais, nunca se cogitou de que nos sistemas proporcionais o monopólio das candidaturas pertencente aos partidos políticos fosse inconciliável com a concepção genuína do mandato representativo.

Em Portugal, por exemplo, onde se adota, como de todos é sabido, um modelo de mandato representativo ou de mandato livre, a regra é que os parlamentares que abandonem suas legendas podem continuar a exercer o mandato como independentes, se não se filiarem a qualquer outro partido; mas se isso ocorrer, ou seja, se a desfiliação for seguida de filiação a outra agremiação política, tem-se então hipótese de parlamentar trânsfuga, fato que gera a imediata perda do mandato (CRP, art. 160, "c")²³.

Na Espanha, onde também se adota a concepção de mandato livre, "el transfuguismo" é uma prática há muito condenada pela sociedade²⁴.

Em verdade, nas modernas democracias representativas, tem-se uma nova concepção de mandato partidário, a partir de elementos dos modelos de mandato representativo e mandato imperativo.

A manutenção das vagas conquistadas no sistema proporcional, portanto, constitui um direito dos partidos políticos, que não é incompatível, ressalte-se, com os direitos assegurados no estatuto constitucional dos congressistas. A taxatividade do rol especificado no art. 55 da Constituição, como garantia fundamental assegurada aos parlamentares, não é contrária à regra da extinção do mandato como decorrência lógica do próprio sistema eleitoral de feição proporcional adotado em nosso regime democrático partidário.

²³ MENDES, Maria de Fátima Abrantes; MIGUÉIS, Jorge. *Lei Eleitoral da Assembléia da República*. Atualizada, anotada e comentada e com os resultados eleitorais de 1976 a 2002.

²⁴ GARCÍA ROCA, Javier. Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia. In: *La democracia constitucional*. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2002, p. 863.

Não está a se tratar de perda de mandato como sanção aplicada ao parlamentar por ato de infidelidade partidária. Isso ficou bem claro já no julgamento da Consulta nº 1.398 no Tribunal Superior Eleitoral.

VI.2. Direito de oposição, pluripartidarismo e proteção das minorias

Segundo Canotilho, os partidos políticos são associações privadas com funções constitucionais. Adverte, entretanto, que o reconhecimento da relevância jurídico-constitucional dos partidos de modo algum corresponde à sua estatização. As Constituições, ao reconhecerem a liberdade de formação dos partidos políticos como um direito fundamental, bem como ao concederem-lhes um estatuto distinto e privilegiado em relação às demais associações, na verdade, estão a conceder aos partidos um estatuto constitucional, com dimensões de direito subjetivo, direito político e liberdade fundamental. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 315-316).

Afirma Canotilho: "*Como elementos funcionais de uma ordem constitucional, os partidos situam-se no ponto nevrálgico de imbricação do poder do Estado juridicamente sancionado com o poder da sociedade politicamente legitimado*" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 316-317)

É possível reconhecer aos partidos políticos liberdade externa e liberdade interna. No que tange à primeira, os partidos políticos gozam do direito à sua fundação e atuação sem as ingerências do Estado, dentro dos próprios limites estabelecidos pela Constituição. No que diz respeito à liberdade interna, ela significa que sobre os partidos não pode haver qualquer tipo de

controle ideológico-programático, nem controle sobre a organização interna do partido (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 317-318).

Adverte o mestre português que não se pode dissociar a liberdade partidária da garantia de igualdade, o que significa reconhecer a todos os partidos políticos iguais possibilidades de desenvolvimento e participação na formação da vontade popular. Ensina: "A liberdade partidária e a igualdade de oportunidades no desenvolvimento da actividade política são duas dimensões da liberdade partidária: proibição de ingerência positiva e de ingerência negativa dos poderes públicos na fundação, existência ou desenvolvimento dos partidos." (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed. Coimbra : Almedina, 2003, p.319).

Nesse contexto, **o direito fundamental de oposição democrática decorre diretamente da liberdade de opinião e da liberdade de associação partidária.** A oposição parlamentar é o direito à informação regular sobre os principais assuntos de interesse público, bem como o direito à fiscalização e de opinião crítica sobre os assuntos discutidos no Parlamento. Pode também ser identificado como direito de participação na organização e procedimento do próprio parlamento e direito de antena. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 327).

Por outro lado, conforme lembra Canotilho, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, "(...) a oposição exerce-se não apenas face à maioria parlamentar, mas também face à maioria parlamentar e Governo." E completa: "A idéia de oposição extraparlamentar conexas-se, de resto, com outros direitos

fundamentais como, por ex., os direitos de reunião e manifestação (art. 45º), e com o próprio princípio democrático (cfr. Lei n. 24/98, art. 3º/4)." (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 327).

A oposição legítima, institucionalizada ou reconhecida como parte da estrutura política de uma sociedade que se organiza em bases democráticas, constitui a força produzida por um ou mais partidos para atuar no âmbito do parlamento, contestando a força parlamentar de outros partidos que mantêm no poder um determinado Governo. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, 3ª ed., 2ª tiragem, revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 183).

Conforme ensina Duverger "O desenvolvimento contemporâneo dos partidos políticos, ao mesmo tempo que modifica a separação dos poderes clássicos, transformou essa função de oposição, encarnando-a, de novo, fora do Governo, em órgão distinto: os partidos minoritários são os herdeiros dos tribunos da plebe." (DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*, Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1970, p. 446-447).

E, nesse contexto, é preciso reconhecer que o multipartidarismo tem como consequência um sistema de oposição bastante complexo: além da oposição externa, exercida pelos partidos minoritários, há também uma oposição interna, entre os próprios partidos da maioria. Conforme anota Duverger:

"As decisões governamentais resultam de um compromisso entre os partidos associados no poder; mas cada um deles reserva para si o direito de defender o seu ponto de vista próprio perante os militantes e de criticar, portanto, o compromisso governamental, atirando em cima dos aliados a responsabilidade das suas deficiências; cada um dos associados governamentais faz oposição ao seu próprio Governo. Toda a técnica dessa oposição interna, consiste em

distinguir as necessidades práticas imediatas das reformas de estrutura a longo termo incluídas na doutrina do partido: o parlamentar justifica-se de participar no Governo invocando as primeiras; critica-o em nome das segundas. Por conseguinte, a oposição interna será tanto mais fácil e tanto mais eficaz quanto mais coerente e mais autenticamente revolucionária for a doutrina do partido, de modo que não se afigure aos olhos da opinião pública como um pretexto destinado a fazer perdoar a colaboração ministerial." (DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*, Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1970, p. 449).

O reconhecimento da oposição como uma das garantias institucionais da representação política e da própria democracia brasileira exige que sejam solenemente evitadas práticas como o "transfugismo", tendo em vista que elas afrontam diretamente o direito fundamental de oposição.

Isso porque, no sistema proporcional, num regime que consagra o pluralismo partidário (art. 17, caput, da CF/88) e o pluralismo político (art. 1º, V, da CF/88), a diversidade de ideologias não se revela mera consequência do sistema, mas pilar que o sustenta, tendo em vista que um de seus fundamentos (pluralismo político) dela depende.

Assim, não há como deixar de registrar que a preferência do constituinte originário brasileiro pela democracia partidária, no contexto de uma sociedade plural, exige uma posição firme a favor da fidelidade partidária como regra a ser respeitada pelos representantes eleitos no sistema proporcional.

Não se pode descartar, nesse contexto, a necessidade de proteção das minorias. E a **proteção das minorias** parlamentares exige reflexão acerca do papel da jurisdição constitucional nessa tarefa.

A proposta de Hans Kelsen, que associava a jurisdição constitucional à democracia, assentava exatamente na situação em que

a atividade jurisdicional atua na defesa ou na proteção das minorias representativas.

Como se sabe, devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição constitucional a esse aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias. A opção de Kelsen pelo modelo democrático está vinculada à concepção teórica do relativismo. O sistema democrático não se legitima pela verdade, mas, sim, pelo consenso (KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2ª ed. 1929, p. 101).

Na famosa conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, Kelsen deixou claro que a jurisdição constitucional haveria de ter papel central em um sistema democrático moderno:

"Ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de

impor sua vontade à minoria. Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da minoria, a esfera de seus interesses constitucionais garantidos. Toda minoria - de classe, nacional ou religiosa - cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria. (Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo : Martins Fontes, 2003, p. 181-182).

Nesse contexto, os entes de representação devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. Essas constituições pretendem, portanto, que os atos praticados pelos órgãos representativos possam ser objeto de crítica e controle (GRIMM, Dieter. *Verfassungserichtsbarkeit - Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat*. In: *Jus-Didaktik*, Heft 4, Munique, 1977, p. 83 (95). Trata-se, em verdade, de um modelo de fiscalização democrática dos atos do Poder Público.

Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle

cumprir uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia.

VII. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência: a necessidade de modulação dos efeitos da decisão

Muito se lembrou aqui que o STF tem jurisprudência sedimentada no sentido de que a infidelidade partidária não é causa de perda de mandato (MS nº 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.10.1989, DJ 15.4.1994).

Apenas em decisão bastante recente, proferida nas ADI nºs 1.351 e 1.354 (cláusula de barreira), julgamento ocorrido em 7 de dezembro de 2006, é que o Tribunal teria dado sinais de que sua jurisprudência poderia ser revisada em futuro próximo. Ressalte-se, não obstante, que o **acórdão nessas ações foi publicado apenas no dia 30 de março deste ano.**

A decisão do TSE na Consulta nº 1.398 foi proferida no dia **27 de março**, e a **Resolução foi publicada no dia 8 de maio.**

Em casos como este, típico de mutação constitucional, em que se altera jurisprudência longamente adotada pela Corte, a praxe tem sido no sentido de se modular os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica.

Cito, a título de exemplo, a decisão proferida na Questão de Ordem no INQ 687 (DJ 9.11.2001), em que o Tribunal cancelou o enunciado da Súmula nº 394, ressaltando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam.

No Conflito de Competência nº 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Britto (julg. em 29.6.2005), fixou-se o entendimento de que "*o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia*

prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto".

Também no julgamento do HC nº 82.959, em que declaramos, com efeitos prospectivos, a inconstitucionalidade da vedação legal da progressão de regime para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com radical modificação da antiga jurisprudência do Tribunal.

Lembre-se, neste ponto, que não se trata aqui de aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99, mas de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que permite ao Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica, dar efeitos prospectivos às suas decisões. Esse entendimento ficou bem esclarecido no recente julgamento do RE nº 353.657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio e do RE nº 370.682/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão (caso IPI alíquota zero).

Com efeito, talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional.

Nesse sentido, vale registrar a douta observação de Larenz:

"De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, freqüentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa.

Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se 'ajustar' às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução - por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito - quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser 'evidente'." (Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª. Edição, Lisboa, 1997, p. 495).

Daí afirmar Larenz:

"A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação - restrição ou extensão - do significado da norma até aqui prevalecente. De par com a alteração da situação normativa, existem factos tais como, sobretudo, modificações na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo entendimento da *ratio legis* ou dos critérios teleológico-objectivos, bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que podem provocar uma alteração de interpretação. Disto falámos nós já. Os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorrecta, que assentava em falsas suposições ou em

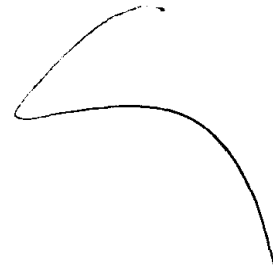
conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o factor temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja." (Larenz, Metodologia, cit., p. 498-500) .

Por isso, ensina, Larenz, de forma lapidar:

"O preciso momento em que deixou de ser 'correcta' é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um 'tempo intermédio' podem ser 'plausíveis' ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na seqüência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis, segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme à Constituição".

No plano constitucional, esse tema mereceu uma análise superior no trabalho de Inocêncio Mártires Coelho sobre interpretação constitucional (Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997).

No Capítulo 4 da obra em referência, que trata das conseqüências da diferença entre lei e Constituição, propicia-se uma **releitura** do fenómeno da chamada **mutação constitucional**, asseverando-se que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Com base em Perez Luño e Reale, enfatiza-se que, em verdade, a norma jurídica não é o *pressuposto*,



mas o resultado do processo interpretativo ou que a norma é a sua interpretação.

Essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz "auslegen" bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen - um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende "supervenientemente" uma dada norma. A *pós-compreensão* nada mais seria, para Häberle, do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da idéia de *pré-compreensão* (Häberle, Peter. "Zeit und Verfassung". in: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, org: Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden, 1976, p.312-313).

Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada - não apenas as chamadas leis temporárias - é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle - interpretierten - Gesetze "Zeitgesetze" - nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro.

Essa reflexão e a idéia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação

constitucional aberta prescinde do conceito de *mutação constitucional* (Verfassungswandel) enquanto categoria autônoma.

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma *mutação normativa* ou a *evolução na interpretação*, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre atos *legítimos* ou *ilegítimos* (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um *processo de inconstitucionalização* (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.

Daí afirmar Häberle:

"O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se *passado e futuro* estiverem nela associados." (Häberle, *Zeit und Verfassung*, cit., p. 295-296)

Häberle indaga:

"O que significa tempo? Objetivamente, tempo é a possibilidade de se introduzir mudança, ainda que não haja a necessidade de produzi-la." (Häberle, *Zeit und Verfassung*, cit., p. 300).

Tal como anota Häberle, "o tempo sinaliza ou indica uma reunião (*ensemble*) de forças sociais e idéias. (...) A ênfase ao 'fator tempo' não deve levar ao entendimento de que o tempo há de ser utilizado como 'sujeito' de transformação ou de movimento (...). A história (da comunidade) tem muitos sujeitos. O tempo nada mais é do que a dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias (...)." (Häberle, *Zeit und Verfassung*, cit., p. 300)

Não é raro que essas alterações de concepções se verifiquem, dentre outros campos, exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais. Aqui talvez se mesquem as mais diversas concepções existentes na própria sociedade e o processo dialético que as envolve. E os diversos entendimentos de mundo convivem, sem que, muitas vezes, o "novo" tenha condições de superar o "velho".

É natural também que esse tipo de situação se coloque de forma bastante evidente no quadro de uma nova ordem constitucional. Aqui, entendimentos na jurisprudência, doutrina e legislação tornam, às vezes, inevitável, que a interpretação da Constituição se realize, em um primeiro momento, com base na situação jurídica pré-existente. Assim, até mesmo institutos novos poderão ser interpretados segundo entendimento consolidado na jurisprudência e na legislação pré-constitucionais. Nesse caso, é, igualmente, compreensível, que uma nova orientação hermenêutica reclame cuidados especiais.

Nesse sentido, refiro-me mais uma vez às lições de Larenz:

"O que é para os tribunais civis, quando muito, uma exceção, adequa-se em muito maior medida a um Tribunal Constitucional. Decerto que se poderá, por exemplo, resolver muitas vezes sobre recursos constitucionais de modo rotineiro, com os meios normais da argumentação jurídica. Aqui tão-pouco faltam casos comparáveis. Mas nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das conseqüências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente que as conseqüências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistadas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das conseqüências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à idéia de 'bem comum', especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível - e este é, seguramente, em larga escala o caso - da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, 'racional'." (Metodologia, cit., p. 517).

Talvez o caso historicamente mais relevante da assim chamada mutação constitucional seja expresso na concepção da igualdade racial nos Estados Unidos. Em 1896, no caso *Plessy versus Ferguson*, a Corte Suprema americana reconheceu que a separação entre brancos e negros em espaços distintos, no caso específico - em vagões de trens - era legítima. Foi a consagração da fórmula "equal

but separated". Essa orientação veio a ser superada no já clássico *Brown versus Board of Education* (1954), no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com os princípios básicos da igualdade.

Nos próprios Estados Unidos, a decisão tomada em *Mapp versus Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), posteriormente confirmada em *Linkletter versus Walker*, 381 U.S. 618 (1965), a propósito da busca e apreensão realizada na residência da Sra. Dollree Mapp, acusada de portar material pornográfico, em evidente violação às leis de Ohio, traduz uma significativa mudança da orientação até então esposada pela Corte Suprema.

A condenação de Dolree Mapp foi determinada com base em evidências obtidas pela polícia quando adentraram sua residência, em 1957, apesar de não disporem de mandado judicial de busca e apreensão. A Suprema Corte, contrariando o julgamento da 1a. Instância, declarou que a 'regra de exclusão' (baseada na Quarta Emenda da Constituição), que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes federais, deveria ser estendida também às Cortes estaduais. A decisão provocou muita controvérsia, mas os proponentes da 'regra de exclusão' afirmavam constituir esta a única forma de assegurar que provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas.

A decisão de *Mapp v. Ohio* superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos Estados, e àqueles acusados, cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de *habeas corpus*.

Em 1965 a Suprema Corte americana julgou o caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, no qual um condenado por arrombamento na

Corte de Louisiana requereu o direito de *habeas corpus*, com fundamento na decisão do caso *Mapp v. Ohio*.

A Suprema Corte decidiu contrariamente à aplicação retroativa da norma, naqueles casos que tiveram o julgamento final antes da decisão proferida em *Mapp*. Essa mudança foi descrita por Christina Aires Lima em sua dissertação de Mestrado:

"Apesar do entendimento da Corte Federal do Distrito de Louisiana e da Corte de Apelação do Estado, de que no caso *Linkletter* as investigações sobre a pessoa e bens do acusado foram feitas de modo ilegal, tais Cortes decidiram que a regra estabelecida no caso *Mapp* não poderia ser aplicada retroativamente às condenações das cortes estaduais, que se tornaram finais antes do anúncio da decisão do referido precedente.

As decisões dessas Cortes foram fundadas no entendimento de que, conferir-se efeito retroativo aos casos que tiveram julgamento final antes da decisão do caso *Mapp*, causaria um enorme e preocupante problema para a administração da Justiça.

A Suprema Corte americana admitiu o *certiorari* requerido por *Linkletter*, restrito à questão de saber se deveria, ou não, aplicar efeito retroativo à decisão proferida no caso *Mapp*." (Lima, Christina Aires Corrêa. *O Princípio da Nulidade das Leis Inconstitucionais*, UnB, 2000, p. 84)

Ao justificar o indeferimento da aplicação da norma retroativamente, a opinião majoritária da Corte Suprema americana, no julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, foi no seguinte sentido:

"Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem

é particularmente correta com referência às proibições da 4ª. Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de 'depreciar' a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que 'na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência'." (*United States Reports*, Vol. 381, p. 629).

E mais adiante ressaltou:

"A conduta imprópria da polícia, anterior à decisão em *Mapp*, já ocorreu e não será corrigida pela soltura dos prisioneiros envolvidos. Nem sequer dará harmonia ao delicado relacionamento estadual-federal que discutimos como parte do objetivo de *Mapp*. Finalmente, a invasão de privacidade nos lares das vítimas e seus efeitos não podem ser revertidos. A reparação chegou muito tarde." (*United States Reports*, Vol. 381, p. 637).

No direito alemão, mencione-se o famoso caso sobre o regime da execução penal (*Strafgefängene*), de 14 de março de 1972. Segundo a concepção tradicional, o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, mediante atos normativos secundários, era considerada, inicialmente, compatível com a Lei Fundamental. Na espécie, cuidava-se de *Verfassungsbeschwerde* proposta por preso que tivera carta dirigida a uma organização de ajuda aos presidiários interceptada, porque continha críticas à direção do presídio. A decisão respaldava-se em uma portaria do Ministério da Justiça do Estado.

A Corte Constitucional alemã colocou em dúvida esse entendimento na decisão proferida sobre problemática da execução penal, como se logra depreender da seguinte passagem do acórdão:

"O constituinte contemplou, por ocasião da promulgação da Lei Fundamental, a situação tradicional da execução da pena, tal como resulta dos artigos 2º, parágrafo 2º, 2º período, e 104, parágrafos 1º e 2º da Lei Fundamental, não existindo qualquer sinal de que ele partira da premissa de que o legislador haveria de editar uma lei imediatamente após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na apreciação da questão sobre o decurso de prazo razoável para o legislador disciplinar a matéria e, por conseguinte, sobre a configuração de ofensa à Constituição, deve-se considerar também que, até recentemente, admitia-se, com fundamento das **relações peculiares de poder (besondere Gewaltverhältnisse)**, que os direitos fundamentais do preso estavam submetidos a uma restrição geral decorrente das condições de execução da pena. Cuidar-se-ia de limitação implícita, que não precisava estar prevista expressamente em lei. Assinale-se, todavia, que, segundo a orientação que se contrapõe à corrente tradicional, a Lei Fundamental, enquanto ordenação objetiva de valores com ampla proteção dos direitos fundamentais, não pode admitir uma restrição **ipso jure** da proteção dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas. Essa corrente somente impôs-se após lento e gradual processo." (BVerfGE 33, 1 (12))

A especificidade da situação impunha, todavia, que se tolerassem, provisoriamente, as restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, ainda que sem fundamento legal expresso. O legislador deveria emprestar nova disciplina à matéria, em consonância com a orientação agora dominante sobre os direitos fundamentais.

A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial - uma autêntica *mutação constitucional* - passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal.

Com essas considerações, diante da mudança que se opera, neste momento, em antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e com base em razões de segurança jurídica, entendo que os efeitos desta decisão devam ser modulados no tempo. Creio que o **marco temporal desde o qual tais efeitos possam ser efetivamente produzidos** deve coincidir com a **decisão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1.398/2007**, Rel. Min. César Asfor Rocha, que ocorreu na Sessão do dia **27 de março de 2007**.

VIII. Situações especiais e fixação do procedimento e da competência da Justiça Eleitoral para apreciá-las

Existem situações especiais em que a quebra dos vínculos políticos entre partido e parlamentar não configura hipótese de infidelidade partidária.

No direito constitucional espanhol, bem observa Javier García Roca, utilizando expressão de Rubio Llorente, que "*no todos tráfugas son tan malos*". E prossegue em sua observação: "la expresión (*transfuguismo*) alberga una pluralidad de situaciones no igualmente censurables, no todos los representantes que transitan de una formación política a otra sin abandonar el cargo, se mueven por motivos socialmente justificables, algunos pueden cambiar de ideas, o mantener fielmente su compromiso con el electorado ante un cambio de rumbo inesperado del partido"²⁵.

O TSE, em resposta à Consulta nº 1.398, Rel. Min. César Asfor Rocha, Resolução nº 22.526, consignou que a desfiliação em virtude de **(1) mudança de orientação programática do partido** ou de

²⁵ GARCÍA ROCA, Javier. Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia. In: *La democracia constitucional*. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2002, p. 863.

(2) **comprovada perseguição política** pela agremiação ao trãnsfuga seriam duas dessas situações.

Nessas hipóteses, qual o órgão que terá a competência para averiguar, em cada caso, se há uma causa justificadora da mudança de partido?

No modelo da Constituição de 1967/69, a competência era da Justiça Eleitoral, assegurada a ampla defesa ao parlamentar.

Essa mesma regra de competência deve também ser adotada no modelo atual, ficando com a Justiça Eleitoral o poder de jurisdição sobre os fatos supostamente configuradores da infidelidade partidária, resguardando-se a garantia de ampla defesa aos parlamentares e aos partidos envolvidos.

Quanto ao rito procedimental, pode-se aplicar, analogicamente, tanto o procedimento do art. 3º e seguintes da Lei Complementar nº 64/90, utilizado para a ação de impugnação de registro de candidatura e, também por analogia, à ação de impugnação de mandato eletivo; ou, alternativamente, o rito previsto no art. 22 da LC nº 64/90, aplicado à ação de investigação judicial eleitoral e, por analogia, à representação por captação de sufrágio prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Cabe ao Tribunal Superior Eleitoral editar Resolução que regulamente todos os aspectos decorrentes da adoção dessas novas regras de fidelidade partidária. Solução como essa foi adotada por esta Corte no julgamento do RE nº 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, de 6.6.2002, ante a necessidade de se dar orientação normativa uniforme para todo o país.

IX. Conclusão

De tudo o que foi dito, o certo é que, em uma democracia de partido como a que vivemos, o valor da fidelidade partidária possui um sentido mais amplo e uma densidade política ainda maior.

A fidelidade partidária condiciona o próprio funcionamento da democracia, ao impor normas de preservação dos vínculos políticos e ideológicos entre eleitores, eleitos e partidos, como definidos no momento do exercício do direito fundamental do sufrágio. Trata-se, portanto, de uma garantia fundamental da vontade do eleitor.

O "transfuguismo" ou, na linguagem vulgar, o "troca-troca" partidário, contamina todo o processo democrático, e corrompe o funcionamento parlamentar dos partidos, com repercussões negativas sobre o exercício do direito de oposição, um direito fundamental dos partidos políticos.

O Supremo Tribunal Federal está a reinterpretar a Constituição, em toda sua inteireza e não fundado em textos isolados, exercendo, dessa forma, sua função precípua de guardião da ordem constitucional. Como tenho afirmado em outros julgados nesta Corte, a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição à realidade que a circunda.

Ante o exposto, voto nos seguintes termos:

a) denego a segurança em relação aos parlamentares, litisconsortes passivos nos presentes mandados de segurança, que mudaram de partido antes do marco temporal fixado pelo Tribunal, em

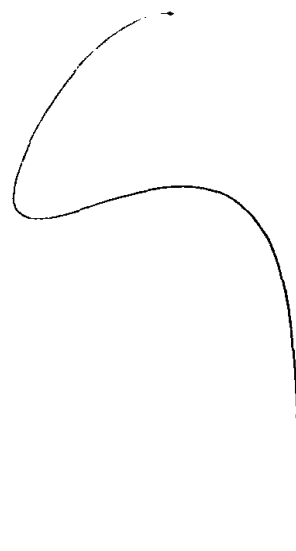
27 de março de 2007, data do julgamento da Consulta nº 1.398/2007 pelo Tribunal Superior Eleitoral;

b) concedo a segurança em relação à Deputada Jusmari Oliveira, litisconsorte passivo no Mandado de Segurança nº 26.604, que, de acordo com os dados constantes dos autos, segundo relato da Ministra Cármen Lúcia, trocou de legenda (PFL - PR) em data posterior ao marco temporal fixado por esta Corte;

c) caberá ao Tribunal Superior Eleitoral editar Resolução para regulamentar, por meio de normas materiais e processuais, o tema da extinção dos mandatos decorrente da mudança de partido;

d) enquanto a Resolução do TSE não for editada, poderá ser dada aplicação analógica ao art. 3º e seguintes da Lei Complementar nº 64/90 - também aplicáveis à ação de impugnação de registro de candidatura e à ação de impugnação de mandato eletivo - para regular o procedimento a ser adotado na representação para declaração de extinção de mandato por infidelidade partidária decorrente da mudança de partido.

É como voto.



04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, os votos proferidos revelam a importância da matéria, principalmente ante a quadra notada e, também, o horizonte de certa forma sinalizado.

Ouvi com muita atenção os Colegas, no que trouxeram doutrina quanto à importância, à valia, numa sociedade que se diga democrática, dos partidos políticos.

Na Carta de 1988 - e ela está a vigor desde então -, como também nos demais diplomas legais, existem inúmeros preceitos ressaltando o papel dos partidos políticos.

Notamos, de início, que é condição de elegibilidade a filiação partidária. Verificamos mais: a Carta da República, ao versar a disciplina dos partidos políticos, prevê que nos estatutos devem constar regras sobre a disciplina e a fidelidade partidária. E constatamos que o disposto no artigo 17, § 1º, ressoa simplesmente no campo educativo, pedagógico.

Segue a Constituição Federal, dita por Ulysses Guimarães "Constituição cidadã", com a revelação da composição - como ressaltado com mestria, da tribuna, pelo Doutor Paulo Brossard - da Câmara dos Deputados. Consoante o preceito respectivo, essa composição se perfaz, pelos eleitos, no sistema proporcional.



MS 26.603 / DF

Há mais: segundo as regras da Carta atinentes à direção das Casas Legislativas, no tocante à composição da Mesa de cada qual das Casas Legislativas, tanto quanto possível, Mesa e Comissões devem ser formadas com a participação de integrantes dos diversos partidos.

A ênfase ao papel dos partidos políticos é inegável. E teremos ainda, no Brasil - espero viver esses dias -, partidos políticos realmente individualizados, identificáveis e não os poucos que assim operam atualmente; partidos políticos, em geral, que se façam presentes considerado um programa, uma ideologia, um objetivo a ser buscado em prol do bem coletivo.

Sob o ângulo estritamente legal, constatamos que aquela filiação para a elegibilidade, exigida na Constituição Federal, deve estar no cenário jurídico no mínimo um ano antes das eleições. Mas há mais, na Lei dos Partidos Políticos, a mostrar que esse interregno é realmente mínimo, no que se remete ao estatuto do partido, o qual poderá prever um período maior do que um ano para chegar-se à disputa, ao certame eleitoral.

Ressaltou o eterno ministro Paulo Brossard - e o aposentado guarda o título - que não se tem, no sistema, a candidatura avulsa. Exige-se a filiação para alcançar-se o estado de elegível, havendo previsão de que os candidatos são escolhidos em convenção do partido. Segue-se que os partidos financiam, em parte,

as campanhas eleitorais. Há o uso do fundo partidário, surgindo a mesclagem do financiamento, considerado o público e o privado.

O horário da propaganda eleitoral - está na lei - é distribuído aos partidos que, então, deslocam os espaços para utilização pelos candidatos. Revela-se que a proporcionalidade é algo concreto, as cadeiras, na Casa Legislativa, são destinadas não segundo a votação dos candidatos - e aqui estou cuidando apenas das eleições proporcionais -, mas à obtida pela legenda.

E os exemplos - o ministro Gilmar Mendes citou o do Acre - são muitos quanto a candidatos bem votados que não lograram êxito, não chegaram à cadeira disputada em que pese ao número de votos conseguidos. Houve o caso mencionado e o do Prona, em que, ante os votos atribuídos à legenda, ocorreu a diplomação de candidatos com pouquíssimos votos.

Em artigo veiculado na imprensa, sob o sugestivo título "A traição não consentida" - não consentida pela ordem jurídica -, citei os exemplos de dois políticos. Um já falecido, o político das "Diretas Já", Dante de Oliveira, que, se não me falha a memória, disputando pelo Partido Democrático Trabalhista, foi, no Estado, o candidato mais votado porém, como a legenda deixou de alcançar o quociente eleitoral, não chegou a ser declarado eleito.

O outro caso aludido diz respeito ao homem público Delfim Neto. Se ele houvesse permanecido - e ocorreu, creio, um interregno - no partido anterior, teria sido eleito com cerca de

MS 26.603 / DF

11.000 votos. Migrou para outro partido e, mesmo com mais de 38.000 votos, não foi eleito.

Esses dados revelam a vinculação inafastável do candidato ao partido; mostram que a eleição é norteada pelos votos obtidos pelo partido. E existem diversas regras versando o aproveitamento do voto para a legenda quando não se pode, por exemplo, identificar, por meio do número digitado pelo eleitor, o candidato. Conforme a Lei nº 9.504/97, consideram-se válidos os votos atribuídos ao candidato e à legenda.

Poderia continuar mencionando dispositivos legais. Não tive a curiosidade de contar o número de preceitos que ressaltam, a mais não poder, a importância da legenda, não fossem os aspectos doutrinários que revelam avanço cultural quando se tem apego ao que estabelecido, apego a princípios. O que ocorre quando o candidato, após o sucesso à mercê do partido político, vira-lhe as costas - e não precisamos salientar que, quase sempre, o faz a partir de cooptação nefasta? Tem-se uma cassação - aqui admito a cassação com "ss"? A resposta é negativa. Não há cassação. Há um ato de vontade, um ato espontâneo do próprio político, e presume-se que esse ato não tenha sido viciado.

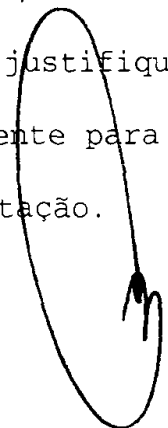
O parlamentar eleito e integrante de Casa Legislativa que, na legislatura, deixa o partido que representa desqualifica-se para o exercício do mandato. Foi dito da tribuna e se ressaltou muito que não está no rol das causas que levam à perda do mandato a

MS 26.603 / DF

desvinculação do partido no qual o candidato concorreu na eleição. Mas há uma confusão não permitida pelo Direito, porquanto o Direito tem institutos, expressões e vocábulos com sentidos próprios, entre a sanção prevista no artigo 55 da Carta e o que apontei como desqualificação para o exercício do mandato.

O ministro Carlos Ayres Britto procedeu à interpretação sistemática dos artigos 55 e 56 da Constituição Federal. Para aqueles que potencializam o artigo 55, dá-se a resposta segundo a qual o artigo 56, ao enumerar - e também seria, nessa óptica, um preceito exaustivo - os fatos que não conduzem à perda do mandato, não menciona - e não precisaria fazer, conforme consignou, com picardia, o ministro Paulo Brossard - a desvinculação em análise.

A Constituição de 1967 - e o preceito não se mostrou "originário", porque resultou de uma emenda constitucional de 1978, a Emenda nº 11 - realmente veio a explicitar a matéria e a prever que o abandono da sigla implicava a perda do mandato. Algo que não precisaria constar, como não precisaria constar do artigo 37 da Carta Federal que a Administração Pública é regida pelo princípio da moralidade. Àquela altura - por isso ou por aquilo, estávamos vivenciando um regime de exceção e talvez esse dado justifique o preceito - entendeu-se que se deveria coagir explicitamente para não ocorrer a mudança de partido. Houve, portanto, a explicitação.



MS 26.603 / DF

Entendo que, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, muito menos para estabelecer enfoque distanciado da Constituição Federal. Quando evoquei o artigo 26 da Lei nº 9.096/95, emprestei ao preceito - e toda interpretação é um ato de vontade - alcance consentâneo com a Carta da República. Não poderia caminhar para definir o alcance da Constituição Federal à luz de uma leitura restritiva do que se contém nesse artigo 26. A referência à função ou ao cargo não se dá com especificidade e, se estabelecido como premissa que há vinculação na legislatura, a vinculação inafastável do candidato ao partido, o fenômeno contemplado na parte final do artigo 26 apanha também o denominado troca-troca de partido. O preceito é linear e o interpreto, repito, a partir da Constituição Federal:

"Art. 26 - Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária," - proporção que é mola mestra na composição da Câmara dos Deputados - "o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito."

Faço essa leitura do artigo 26.

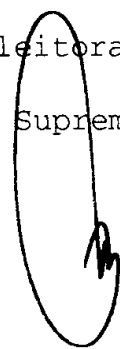
Tem-se o funcionamento parlamentar, a existência de bancada, o voto de liderança, e tem-se, acima de tudo, que, após a proclamação dos resultados em uma certa eleição, surge um equilíbrio, que admito relativo, decorrente da vontade do eleitor. Cabe indagar: esse equilíbrio pode ser afastado? Esse equilíbrio pode ser alvo de maltrato, considerado o fisiologismo? Não! Não!

MS 26.603 / DF

pode. E receio muito quando se parte para a busca de maioria massacrante, porque fica aberta a porta à hegemonia, à aprovação de matérias sem que se tenha realmente a participação daqueles que foram escolhidos com a vinculação a certo partido político.

Uma jornalista, merecedora de minha admiração, veiculou no programa do Jô Soares um dado que não tive a curiosidade de conferir, porque acredito nessa jornalista, Lúcia Hipólito. Apontou que, dos 513 deputados, apenas 39 seriam eleitos com os próprios votos, o que revela o peso da legenda, o que revela que a eleição - e isto é a regra - decorre dos votos atribuídos à legenda.

Estamos a julgar mandados de segurança. Concordo plenamente com o ministro Cezar Peluso: toda e qualquer sentença - sentença gênero, decisão - possui carga declaratória. Mas a ação é mandamental; a ação pressupõe, para chegar-se à concessão da ordem, ato ilegal praticado pela autoridade. Como fica a questão referente à eficácia do que estaremos a decidir neste julgamento? Senti-me, como devem ter acontecido com os demais integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, lisonjeado, no que se potencializou simples resposta a consulta formalizada, a ponto de, praticamente, proclamar-se que a Constituição, tal como elaborada em 1988, não vigorou; que essa mesma Constituição somente passou a vigor - então devo admitir que, levando em conta o precedente do Supremo de 1989, houve rebeldia, por parte do Tribunal Superior Eleitoral, na resposta à consulta - a partir da resposta elaborada. O Supremo pode



MS 26.603 / DF

atuar como legislador negativo, mas não pode atuar como legislador positivo, e o estará fazendo, inspirado, é certo, na resposta do Tribunal Superior Eleitoral, ao fixar como termo inicial da eficácia, da concretude, da Constituição Federal e das demais normas regedoras da espécie a data dessa resposta.

Não vejo como chegar-se a essa fixação temporal. E digo mais: segurança jurídica existe quando esta Corte faz prevalecer a Constituição Federal, sem qualquer temperamento, diploma que deve sempre estar no ápice da pirâmide das normas jurídicas, mesmo porque resposta a consulta não consubstancia norma jurídica. Na resposta, o Tribunal Superior Eleitoral não criou, não extinguiu, não modificou qualquer direito; atuou examinando o arcabouço normativo, principalmente o constitucional, e, então, assentou o alcance quanto à vinculação, quanto ao que apontei como casamento indissolúvel de candidato e partido durante a legislatura.

É certo que o fato consumado, no Brasil, às vezes ganha a apoteose. Somente deve ganhar ênfase se harmônico, afinado, com a ordem jurídica. É este o preço que se paga por viver em um Estado Democrático; o preço que se paga por viver em um Estado de Direito, estando ao alcance de todos: o respeito irrestrito às regras estabelecidas. A Lei nº 9.868/99 prevê - e até aqui, para mim, utilizando uma expressão do ministro Francisco Rezek, o preceito ainda não é palatável - a denominada modulação, e não se pode, principalmente em processo a revelar conflito de interesses

MS 26.603 / DF

subjetivos, a partir dela, implementar o que seria o direito alternativo. De qualquer modo, a norma exige o atendimento de requisitos para ter-se essa modulação, muito embora esteja convencido de que a lei que surja no cenário jurídico em conflito com a Constituição Federal é írrita, não produzindo efeitos. O primeiro requisito é a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, e não ouvi qualquer voto mencionando a inconstitucionalidade de certo preceito de lei - ao contrário, os votos foram no sentido de entender válidas as normas que estabelecem a vinculação e que versam a existência dos partidos políticos. O segundo é o *quorum* de dois terços, o pronunciamento de oito Ministros fixando vigência para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade.

Na semana passada, em situação concreta relativa a alimentos, relativa à fonte de sustento de cidadãos, declarada a inconstitucionalidade de um diploma do Estado de Minas, não se chegou à modulação, mas se chegará a essa mesma modulação neste processo subjetivo!

Não podemos transformar o mandado de segurança em ação simplesmente declaratória. Daí sempre haver imaginado que ou bem se concede, ou se indefere a ordem.

Há mais. Creio que se ganha em avanço com este julgamento, tendo presente que é estabelecida a vinculação partido/eleitor - beneficiando toda a sociedade. Ocorre que os

MS 26.603 / DF

partidos que impetraram os mandados de segurança terão uma vitória de Pirro e, repito, considerada a mesma legislatura. Constatamos, tive o cuidado de contar, vinte e três parlamentares litisconsortes passivos e, ante o termo inicial fixado pela maioria para a vigência do que indiretamente é a vigência da Constituição Federal, ou seja, a data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta, apenas um parlamentar ficará, não chegando a ser bode expiatório, na corda bamba - porque ainda haverá procedimento administrativo -, alcançado pela decisão.

Isso, para mim, resulta no surgimento de verdadeira casta. Ter-se-á na mesma legislatura, e em que pese à existência das mesmas normas constitucionais, das mesmas normas legais, deputados sujeitos a enfoques diversificados quanto à filiação. Aqueles que mudaram de partido, em demonstração de infidelidade, antes de 27 de março de 2007 contarão com verdadeiro *bill* de indenidade, ficando salvos da guilhotina. Esse único deputado - não sei quem é, penso que é jurisdicionado sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia - estará sujeito à desqualificação - não falo em perda de mandato, porque não há essa perda, já que o mandato continuará a existir presente o partido político.

Também não imagino, para ter-se o esclarecimento do móvel, do abandono do partido, a necessidade de um procedimento administrativo. Da mesma forma que houve, na espécie, a recusa à posse do suplente, e o suplente - se disse aqui algo diverso, mas

MS 26.603 / DF

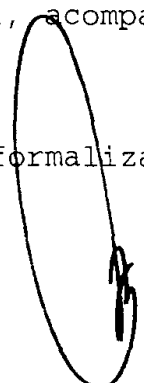
está na lei, no Código Eleitoral - é do mesmo partido do que abre a vaga, sob pena de abandonar-se a proporcionalidade, não vejo por que se criar uma nova fase.

O princípio do contraditório pressupõe acusado, e o caso não envolve acusação. Há simplesmente a constatação de um fato, a constatação de uma desvinculação. E mesmo que, acionado o Presidente da Casa Legislativa, venha a ser empossado o suplente, possível prejudicado tem acesso ao Judiciário, invertendo-se a relação subjetiva, vindo com impetração contra ato do Presidente da Câmara aquele que tenha como demonstrar que deixou o partido, numa excepcionalidade ímpar - porque o normal não é isso, e devemos presumir o que normalmente ocorre -, em virtude de perseguição.

Subscrevo os votos dos Colegas quanto à doutrina exteriorizada no sentido da vinculação partido/candidato. Mas, sob o ângulo da consequência, observando que a Carta Federal é única, observando que o Tribunal Superior Eleitoral, na consulta, não legislou, muito menos com essa envergadura constitucional, acompanho o ministro Carlos Britto.

Concedo, nos termos pleiteados, as ordens formalizadas nas iniciais destes mandados de segurança.

É como voto.



04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANCA 26.693-1 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Senhores Ministros, não há mais muitas considerações a fazer após tantos e brilhantes votos que aqui foram proferidos. No entanto, a matéria é constitucional e me cabe votar também.

A vinculação entre candidato e partido político, mormente em sistema proporcional, conforme já foi superiormente demonstrado pelos votos que me antecederam, prolonga-se após a eleição, sendo de todo inadequada a desenfreada transmigração partidária que coincide, via de regra, com necessidades circunstanciais de formação de maioria, para apreciação de matérias que não contam com o apoio da generalidade do eleitorado.

- Nessa linha, absolutamente adequada a resposta que deu o Tribunal Superior Eleitoral à consulta que originou o reclamo dos partidos impetrantes perante a autoridade indigitada coatora, o Senhor Presidente da Câmara dos Deputados.

Colho do brilhante voto proferido pelo Ministro Cezar Asfor Rocha, do Tribunal Superior Eleitoral, a afirmação de que o vínculo de um candidato ao partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, senão, o único elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do partido político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária. Daí não se poder afirmar que o mandato, assim entendido como expressão de uma representação partidária, seja livremente disponível pelo eleito.

É sobremaneira ilustrativo o fato – e foi mencionado no voto do eminente Ministro Celso de Mello – de que, na presente legislatura, dos quinhentos e treze deputados federais eleitos, tão-somente trinta e um, ou seja, 6,04% do total, alcançaram, por si mesmos, o quociente eleitoral.

MS 26.603 / DF

Daí ser inegável, como já concluiu, a esta altura, a maioria, que os partidos políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver transferência dos candidatos eleitos sob sua bandeira para outra agremiação. O exercício da democracia não prescinde da pluralidade partidária. A cooptação de eleitos por agremiações minoritárias por outras que se encontrem no poder, ou que integrem sua base parlamentar de apoio, revela-se altamente nociva às garantias democráticas. Muda o resultado das urnas, fora das urnas, como bem referiu o Ministro Celso de Mello, fazendo citação extraída do Mandado de Segurança nº 359, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a participação de três eminentes desembargadores, posteriormente Ministros desta Casa: Ministro Eloy da Rocha, Ministro Thompson Flores e Ministro Soares Muñoz.

A conseqüência da manutenção e reafirmação deste entendimento é a necessária restauração do equilíbrio de forças entre as agremiações partidárias, tal como fora estabelecido nas urnas, e, não, mediante posteriores migrações ditadas as mais das vezes, como já se disse aqui, por motivações que passam ao largo do interesse público ou da coerência ideológica.

Nem por isso se fará do eleito um prisioneiro do partido pelo qual se elegeu. Muito prudentemente, na esteira do voto do eminente Ministro Cezar Peluso, que inicialmente cogitou dessas hipóteses no Tribunal Superior Eleitoral, assegura-se ao eleito o direito de se afastar de agremiação na qual lhe repugne a permanência, por afastamento do partido do conteúdo programático que lhe caracterizava a identidade, bem como daquele partido no qual esteja ele, candidato eleito, submetido pela direção partidária a uma injustificada e odiosa perseguição.

Também as preocupações aqui manifestadas com o resguardo da garantia do devido processo legal tiveram solução adequada nos votos do eminente Ministro Celso de Mello e da eminente Ministra Cármen Lúcia.

Quem fará a análise da ocorrência ou não de uma dessas hipóteses - perseguição política ou afastamento do ideário programático -, seja por provocação do parlamentar ou do partido, haverá de ser a jurisdição especializada, cuja manifestação se haverá de fazer,

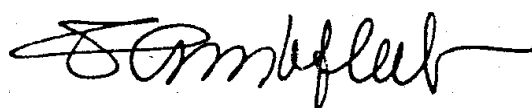
MS 26.603 / DF

necessariamente, com respeito aos direitos constitucionalmente assegurados da defesa e do devido processo legal.

Por isso as considerações de respeito à segurança jurídica consubstanciadas nos precedentes desta Corte colocam com exatidão – segundo penso, pedindo vênias aos Colegas que entendem de forma diversa – o ponto de inflexão, a partir do qual se poderá exigir conduta diversa daquela anteriormente chancelada, na data em que formulada a resposta à consulta pelo Tribunal Superior Eleitoral, vale dizer, na data de 27 de março de 2007.

Senhora Ministra, Senhores Ministros, tentando resumir, para efeitos práticos, naqueles casos que se tenham verificado após a data de 27 de março de 2007 e inseridos no âmbito dos mandados de segurança ora em julgamento, entendo que a correta posição é a do deferimento parcial, para o efeito de determinar ao Senhor Presidente da Câmara dos Deputados que faça remessa ao Tribunal Superior Eleitoral do pedido aviado pelo partido requerente, para que, perante aquela Corte, seja oportunizada a defesa dos litisconsortes passivos e a verificação da ocorrência, ou não, de uma das causas de exclusão da consequência de perda de mandato, decorrente da migração verificada.

É este o teor do meu voto que se alinha, basicamente ao do Ministro Celso de Mello e da Ministra Cármen Lúcia.



04/10/2007


TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Senhores Ministros CELSO DE MELLO, MENEZES DIREITO, MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO, EROS GRAU, GILMAR MENDES e ELLEN GRACIE (Presidente).

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A definição de um marco temporal, que situo em 27 de março de 2007, data em que o Tribunal Superior Eleitoral respondeu à primeira consulta, atende, na verdade, **na linha** da jurisprudência desta Corte, a uma solução de prudência, **fundada** no princípio da segurança jurídica **e decorrente**, no caso, de uma revisão substancial de diretriz jurisprudencial.

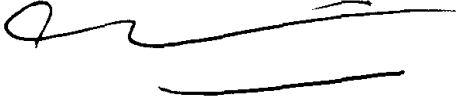
Na realidade, não se cuida de situação assimilável àquela prevista no art. 27 da Lei da Ação Direta, razão pela qual não se impõe a votação (e aprovação) da medida que preconizo pelo voto de oito Ministros da Corte, bastando, para tanto, que haja, pelo menos, seis votos.



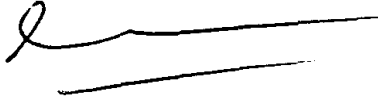
O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Essa solução foi adotada **mutatis mutandis** naquele caso da alteração da competência pelo art. 114.

MS 26.603 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Sim, e em outros precedentes, inclusive em processos de índole meramente subjetiva, como este. 

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Só que temos algo singular. É que geralmente, quando se cogita de modificação de entendimento, cogita-se de modificação implementada no campo jurisdicional. E a resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral o foi em processo administrativo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Sim, mas o Supremo Tribunal Federal, provocado em sede jurisdicional, **define**, com o objetivo **de preservar** esse valor fundamental, que é a segurança jurídica, **a data** a partir da qual **deverá ter eficácia** o **novo** entendimento por mim preconizado **neste** voto. 

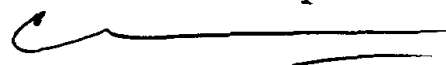
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Seria o caso, então, de fixar como termo inicial - e o argumento não é *ad terrorem*, não chegaria a isso evidentemente, senão estaria sendo incongruente - a data deste julgamento, porque hoje aquele que tem a palavra final sobre a Constituição Federal está modificando o entendimento.

MS 26.603 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, Vossa Excelência me permite?

Acho que esta preocupação de Vossa Excelência quanto à aplicação, ou não, do art. 27, perde substância, se verificarmos que, na realidade, há oito votos a favor desse termo. Por quê? Porque ainda aqueles que projetam a eficácia para trás estão concordes em que, a partir de 27, já estava em vigor. O período de 27 de março para cá conta com oito votos, de modo que essa objeção também estaria superada.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Apenas fiz essa observação, consideradas as razões invocadas pelo Ministro MARCO AURÉLIO, para que, após publicado o acórdão, não sobrevenham embargos de declaração questionando esse particular aspecto.



O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não cogitei da ausência de perfazimento do *quorum*; apenas versei os requisitos da lei. Confirma-se hoje que a Constituição Federal é o que o Supremo diz que ela é.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, se Vossa Excelência me permite, o problema não se coloca. Porque há sete votos negando a segurança, no caso do mandado de segurança cujo

MS 26.603 / DF

Relator é o Ministro Celso de Mello e no meu: Ministros Celso de Mello, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Ministra Ellen Gracie.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Eu também.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Entendi que Vossa Excelência concedeu a segurança.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Não, deneguei a ordem com diferença de fundamentação, apenas com relação ao feito de que Vossa Excelência é Relator, porque acompanhei o voto do Ministro **Celso de Mello**.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - São oito votos.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Na verdade, são até nove, porque, pelo que compreendi, a Ministra Cármen Lúcia também entendia. Em suma, há votos suficientes.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, sem dúvida.

MS 26.603 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - De qualquer sorte, e nós discutimos essa questão quando o Ministro Ricardo Lewandowski trouxe aquela proposta do caso do IPI, quando se trata de fixação de um novo entendimento, não é necessário aplicar a cláusula do art. 27.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Bastaria aqui a norma do voto médio, mas, mesmo assim, temos oito votos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É, não são necessários oito votos. Agora, o que o Ministro Marco Aurélio está a questionar, de qualquer sorte, é o termo inicial a adotar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E sem transportar para o processo subjetivo o artigo 27. Aludi a esse dispositivo para mostrar a excepcionalidade da modulação, só. Referi-me aos requisitos do artigo 27, mas não querendo lançar que a maioria teria de observar, quanto ao termo inicial de vigência da nova regra constitucional, revelada pelo Tribunal Superior Eleitoral, o *quorum* previsto para a modulação. Não foi isso.

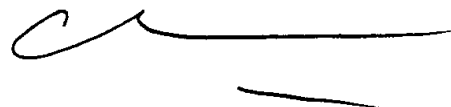
MS 26.603 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas é fundamental que isso fique esclarecido, porque, do contrário, dar-se-á ensejo inclusive a embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Apenas sabia que o Tribunal Superior Eleitoral tinha esse poder.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Trata-se apenas de um critério de publicidade: a partir de que momento se pode fazer a aferição.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de critério objetivo, impregnado de caráter impessoal.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

IMPTE. (S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV. (A/S): JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(A/S)

IMPDO. (A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

LIT.PAS. (A/S): ATILA FREITAS LIRA

LIT.PAS. (A/S): PSB - PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO

LIT.PAS. (A/S): DJALMA VANDO BERGER

ADV. (A/S): JOSÉ ANTONIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA SILVA E
OUTRO(A/S)

LIT.PAS. (A/S): LEONARDO ROSÁRIO DE ALCÂNTARA

LIT.PAS. (A/S): ANTONIO MARCELO TEIXEIRA SOUSA

LIT.PAS. (A/S): VICENTE FERREIRA DE ARRUDA COELHO

LIT.PAS. (A/S): VICENTE ALVES DE OLIVEIRA

LIT.PAS. (A/S): PR - PARTIDO DA REPÚBLICA

ADV. (A/S): MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA E OUTRO(A/S)

LIT.PAS. (A/S): ARMANDO ABÍLIO VIEIRA

LIT.PAS. (A/S): PTB - PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO

ADV. (A/S): ITAPUÃ PRESTES DE MESSIAS E OUTRAS

Decisão: O Tribunal rejeitou, por unanimidade, as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir do impetrante, bem como a de impossibilidade do Poder Judiciário interferir em matéria interna e peculiar à organização dos Partidos Políticos, sujeita à reserva constitucional de estatuto, e a de impossibilidade jurídica do pedido por se embasar em consulta do Tribunal Superior Eleitoral. Por maioria, rejeitou a preliminar de ausência de liquidez e a de impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança, vencido o Senhor Ministro Eros Grau, que as acolhia para não conhecer do writ. Em seguida foi o julgamento suspenso. Falaram: pelo impetrado, o Dr. Fernando Neves da Silva; pelos litisconsortes passivos, Átila Freitas Lira, Djalma Vando Berger e Partido Socialista Brasileiro - PSB, o Dr. José Antônio Figueiredo de Almeida Silva; Leonardo Rosário de Alcântara, Antônio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Ferreira de Arruda Coelho e Vicente Alves de Oliveira, o Dr. Eduardo Ferrão; Partido da República - PR, o Dr. Marcelo Luiz Ávila de Bessa; Partido Trabalhista Brasileiro - PTB, o Dr. Itapuã Prestes de Messias; e, pelo Ministério Público Federal o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da

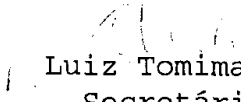
Supremo Tribunal Federal

República. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 03.10.2007.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de segurança e denegou a ordem, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que a concediam tal como requerida. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Plenário, 04.10.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso do Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário