

MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:****I. A questão constitucional**

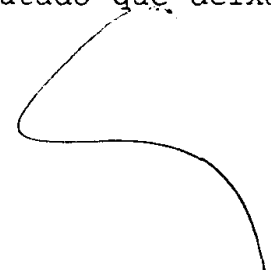
Discute-se nos Mandados de Segurança n°s 26.602/DF (PPS), 26.603/DF (PSDB) e 26.604/DF (DEMOCRATAS), da relatoria dos Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Cármen Lúcia, respectivamente, se os partidos políticos possuem um "direito líquido e certo" a manter as vagas por eles conquistadas em eleições 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° 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° 1, que, em seu artigo 152, parágrafo único (que, com alteração de redação, passou a parágrafo 5° desse mesmo dispositivo, por força da Emenda Constitucional n° 11/78), estabelecia o princípio da fidelidade partidária, Deputado que deixasse o Partido sob



cujá 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 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.

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, ressaltadas 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 Assembléias 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 consequência 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, desvencilhar-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 tráfuga, 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 conexiona-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 "transfuguismo", 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

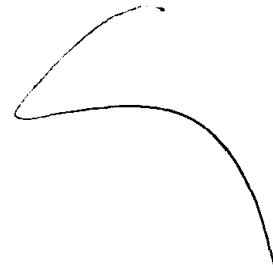
conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o factor temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja." (Larenz, Metodologia, cit., p. 498-500) .

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 efectuem 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 sequência 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 consequências 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 - Gesetzen "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 consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente que as consequências (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 consequências 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 Dollree 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 (*Strafgefangene*), 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

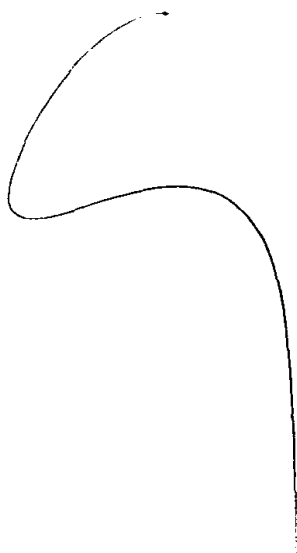
27 de março de 2007, data do julgamento da Consulta nº 1.398/2007 pelo Tribunal Superior Eleitoral;

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.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop at the top and a long, sweeping curve that extends downwards and to the right.