

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.081 DISTRITO FEDERAL

Relator : **Min. Luís Roberto Barroso**
Reqte.(s) : Procurador-geral da República
Intdo.(a/s) : Tribunal Superior Eleitoral

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO.

1. Cabimento da ação. Nas ADIs nº 3.999/DF e 4.086/DF discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário.

2. As decisões nos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu.

3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com

que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, par. ún. e art. 14, *caput*).

4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República em face dos arts. 10 e 13 da Resolução nº 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral. Confira-se o teor dos dispositivos:

Art. 10. Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

(...)

Art. 13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

2. A requerente alega que os termos “suplente” e “ou o vice”, constantes do art. 10, e o trecho “e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário”, inscrito no art. 13, violam o sistema eleitoral e o estatuto constitucional dos congressistas, especialmente os arts. 14, *caput*; 46, *caput*; 55, *caput*; e os parágrafos do art. 77, todos da Constituição.

3. Preliminarmente, a autora defende o cabimento da ação, uma vez que a ADI 3.999/DF e a ADI 4.086/DF proclamaram a constitucionalidade formal da Resolução nº 22.610/2007, sem analisar questões substantivas. No mérito, entende que os Mandados de Segurança nº 22.602, nº 22.603 e nº 22.604 analisaram a perda do mandato por desfiliação exclusivamente para cargos eletivos do sistema proporcional, tendo se assinalado que o propósito da perda é a retomada do mandato pelo partido lesado. Alega que a Corte teria articulado um princípio de pertencimento do cargo eletivo de deputado ao partido, que resultaria (i) da intermediação necessária do partido para a disputa eleitoral e (ii) da natureza do sistema eleitoral proporcional, em que o eleitor vota no partido mais do que no candidato.

4. À vista de tais considerações, a autora sustenta a inaplicabilidade da regra da fidelidade partidária ao sistema majoritário. Isso porque o vínculo do mandato com o partido no sistema majoritário é mais tênue, pois não se orienta pela mesma lógica do sistema proporcional. Neste, deduz-se a primazia da escolha de legendas partidárias para compor o poder político, enquanto naquele o destaque maior reside no candidato. Afirma ainda que a perda de mandato no sistema majoritário não necessariamente beneficiaria o partido, pois as chapas em eleições majoritárias são formadas, em diversos casos, por candidatos de diferentes agremiações partidárias.

5. Em informações, o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral destacou que a Resolução foi editada com fundamento no art. 23, IX, do Código Eleitoral, tendo regulamentado o tema da perda de cargo eletivo por desfiliação partidária.

6. A Advocacia-Geral da União, em preliminar, defende o não conhecimento da ação direta, considerando que, no julgamento da ADI 3.999/DF e da ADI 4.086/DF, foram discutidas a constitucionalidade formal e material da Resolução, tendo-se inclusive utilizado como parâmetros os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. No mérito, opina pela improcedência do pedido, alegando que a obrigação de filiação partidária como condição de elegibilidade, disposta no art. 14, §3º, V, da Constituição, e o dever de fidelidade partidária, imposto pelo art. 17, §1º,

incidem tanto para eleições proporcionais quanto para eleições majoritárias, inexistindo restrição constitucional expressa à sua incidência nos pleitos regidos pelo sistema majoritário.

7. A Procuradoria-Geral da República opina pelo conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência do pedido, sustentando que a aplicação da fidelidade partidária para o sistema majoritário ofende a soberania popular (art. 14, caput), as características constitucionais do sistema majoritário (arts. 46, caput, e 77) e os preceitos constitucionais que estabelecem as hipóteses de perda de mandato parlamentar (art. 55).

8. É o relatório. Distribuem-se cópias aos Senhores Ministros (Lei nº 9.868/1999, art. 9º).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.081 DISTRITO FEDERAL

Relator : **Min. Luís Roberto Barroso**
Reqte.(s) : Procurador-geral da República
Intdo.(a/s) : Tribunal Superior Eleitoral

V O T O

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO.

1. Cabimento da ação. Nas ADIs nº 3.999/DF e 4.086/DF discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário.

2. As decisões nos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu.

3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema

majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, par. ún. e art. 14, *caput*).

4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

PRELIMINARMENTE

I. CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA

1. Preliminarmente, analiso a questão do cabimento da presente ação direta. É fato que a constitucionalidade da Resolução nº 22.610/2007, do TSE, já foi objeto de controle concentrado nas ADIs nº 3.999/DF e 4.086/DF, propostas, respectivamente, pelo Partido Social Cristão e pela Procuradoria-Geral da República. Nas referidas ações, foram discutidas e decididas as seguintes matérias: (i) violação à reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121, da CF); (ii) usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral e processual civil (art. 22, I; arts. 48 e 84, IV, da CF); (iii) desrespeito à reserva de lei em sentido estrito para a criação de nova atribuição ao Ministério Público por resolução (art. 128, § 5º, e art. 129, IX, da CF); e (iv) prejuízo ao princípio da separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição).

2. O Tribunal enfrentou todas essas questões, em acórdão assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL
22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS

PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por

outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido. Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente¹.

3. Como se constata singelamente, o Supremo Tribunal Federal somente se pronunciou sobre a constitucionalidade formal da Resolução, tendo rejeitado a tese da ocorrência de usurpação de competência legislativa. A questão da ilegitimidade constitucional da perda de mandato nas hipóteses de cargos eletivos do sistema majoritário, objeto da presente ação, não foi suscitada em nenhum momento, seja na inicial, seja no voto do Ministro-Relator ou nas demais manifestações proferidas em Plenário. Como a causa de pedir nas ações de controle concentrado de

¹ *DJE*, 17 abr. 2009, ADI 3.999/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa e *DJE*, 17 abr. 2009, ADI 4.086/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

² *DJE*, 10 set 2010, ADI 2.182, Rel. p/ ac. Min. Carmen Lúcia.

³ V. Dados eleitorais do Brasil (1982-2006), in [sítio <http://web.archive.org/web/20070911223434/http://jaironicolau.iuperj.br/jairo2006/port/pags/lista.htm>](http://web.archive.org/web/20070911223434/http://jaironicolau.iuperj.br/jairo2006/port/pags/lista.htm),⁸ visitado em 25 mai. 2015.

constitucionalidade é aberta, nada impediria que esta questão fosse discutida nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF. Isso, porém, não ocorreu.

4. Nesses casos, em que esta Corte não se manifestou sobre a questão constitucional específica, entendo ser cabível a reapreciação da norma anteriormente considerada válida pelo Tribunal, sobretudo quando a análise da constitucionalidade do ato normativo ocorreu apenas sob o aspecto formal. A coisa julgada e a causa de pedir aberta no controle abstrato não devem funcionar como mecanismos para impedir a análise de questões constitucionais não apreciadas sobre o respectivo ato normativo. Caso assim não fosse, esta Corte permitiria a manutenção no ordenamento jurídico de dispositivos em aparente desacordo com a Constituição pelo simples fato de a sua validade, sob o ponto de vista formal, já haver sido atestada em julgamentos anteriores. A validade formal do diploma legal não garante imunidade a vícios de natureza material, e não se pode realisticamente supor que o Tribunal irá antever todos os possíveis vícios de inconstitucionalidade material nestas hipóteses.

5. Aliás, esse entendimento não é novo nesta Corte. Na ADI 2.182, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de questão de ordem, entendeu que a impugnação de diploma legislativo sob o ponto de vista formal não obriga a sua análise sob a perspectiva material, que poderia eventualmente ser reapreciada em outra ação específica com essa finalidade. Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da

impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente².

6. O ponto central a ser discutido na presente ação não possui qualquer semelhança com as ações diretas já julgadas por esta Corte. Não se pretende reapreciar a competência do Tribunal Superior Eleitoral para dispor sobre perda de mandatos eletivos, questão decidida nas ADIs anteriores e coberta pela coisa julgada, mas sim a legitimidade da extensão de tal previsão aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. Não há que se falar, portanto, em descabimento da ação por suposta prejudicialidade. Superada a preliminar de descabimento da ação, passo à análise do mérito.

NO MÉRITO:

BREVE ANÁLISE DO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

7. Para equacionar adequadamente a questão trazida a julgamento, impõe-se um relato sumário que permita a compreensão do sistema político brasileiro, tanto em matéria eleitoral quanto partidária. É o que se faz a seguir.

² DJE, 10 set 2010, ADI 2.182, Rel. p/ ac. Min. Carmen Lúcia.

II. O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

8. A expressão sistema eleitoral identifica as diferentes técnicas e procedimentos pelos quais se exercem os direitos políticos de votar e de ser votado. No conceito se inclui a divisão geográfica do país para esse fim, bem como os critérios do cômputo dos votos e de determinação dos candidatos eleitos. Os dois grandes sistemas eleitorais praticados no mundo contemporâneo são o majoritário e o proporcional. Ambos são adotados no Brasil.

II. 1. O SISTEMA MAJORITÁRIO

9. Entre nós, o sistema eleitoral majoritário é utilizado na eleição de Prefeitos, Governadores, Senadores e do Presidente da República. Nessas eleições, chamadas *majoritárias*, é considerado vencedor o candidato que obtém o maior número de votos. Os votos dados aos demais candidatos são desconsiderados, não contribuindo para a composição dos governos. Adota-se o sistema majoritário simples para a eleição de Senadores e de Prefeitos em Municípios com até 200 mil eleitores. E adota-se o sistema majoritário em dois turnos para a eleição do Presidente da República, dos Governadores de Estado e dos Prefeitos de Municípios com mais de 200 mil eleitores. As grandes dificuldades do sistema eleitoral brasileiro não se encontram no sistema majoritário, mas nos arranjos institucionais associados ao sistema proporcional.

II. 2. O SISTEMA PROPORCIONAL

10. O sistema proporcional é adotado entre nós para a eleição de Vereadores, Deputados Estaduais e Deputados Federais. Nas eleições para Deputado Federal e Estadual, a circunscrição (i.e., o espaço geográfico no qual o candidato fará campanha e poderá ser votado) corresponde ao Estado, ao passo que nas eleições para Vereador, será o Município. Pelo sistema proporcional, o número de cadeiras que cada partido terá na Casa Legislativa relaciona-se à votação obtida na circunscrição. No

sistema brasileiro, que é de *lista aberta*, o eleitor escolhe um candidato da lista apresentada pelo partido (não é possível candidatar-se sem filiação a um partido), não havendo ordem predeterminada dos que serão eleitos, como ocorre no sistema de lista fechada. A ordem de obtenção das cadeiras pelos candidatos é ditada pela votação que individualmente obtiveram. Porém, o sucesso do candidato dependerá, de modo decisivo, da quantidade de votos que o partido ao qual ele está filiado recebeu. A seguir, breve descrição do sistema proporcional no Brasil.

11. O total de votos válidos recebidos por todos os candidatos e partidos é dividido pelo número de cadeiras a preencher. Esse resultado corresponde ao denominado *quociente eleitoral*. Se um partido não obtiver número de votos pelo menos igual ao quociente eleitoral, não elegerá nenhum candidato. O passo seguinte é dividir o número de votos obtidos por cada partido ou coligação partidária pelo quociente eleitoral. Esse resultado corresponde ao *quociente partidário* e equivale ao número de candidatos eleitos pelo partido. A ordem de preferência dos candidatos é determinada pelo eleitor, na medida em que obterão as cadeiras os candidatos individualmente mais votados no partido, até o limite do quociente partidário. Ou seja: para eleger-se, o candidato depende dos votos obtidos pelo partido (quociente partidário) e de sua votação própria.

II. 3. AS DISFUNÇÕES DO SISTEMA PROPORCIONAL

12. O sistema proporcional no Brasil, pelo qual se elegem os membros da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais, é uma usina de problemas. O modelo adotado, como visto, é o proporcional com lista aberta. Nas eleições para Deputado Federal, por exemplo, os candidatos fazem campanha e podem ser votados no território de todo o Estado, e o eleitor pode escolher qualquer nome das listas partidárias. Há disfunções muito visíveis nessa fórmula.

13. A primeira delas é o custo elevadíssimo da campanha em todo o território do Estado. O segundo é o fato de que menos de dez por cento dos candidatos são eleitos com votação própria. Quase todos são eleitos por transferência de votos do partido. O eleitor, na verdade, nem sabe quem está elegendo de fato (o que é ainda mais grave no caso de coligações). O terceiro problema é que o principal adversário do candidato do partido A é o outro candidato do partido A. Vale dizer: em lugar de ser um debate programático entre candidatos de partidos diversos, o processo se torna uma disputa personalista entre candidatos do mesmo partido. Em suma: o sistema é caríssimo, o eleitor não sabe quem elegeu e o debate público não é programático, mas personalizado. Sem surpresa, os eleitores, poucas semanas depois da eleição, já não têm qualquer lembrança dos candidatos em quem votaram nas eleições proporcionais. Como consequência, os eleitos acabam não devendo contas a ninguém.

III. O SISTEMA PARTIDÁRIO BRASILEIRO

14. A história dos partidos políticos no Brasil é acidentada, marcada por severas restrições à sua organização e funcionamento, sobretudo nos períodos ditatoriais. Em reação ao passado, a Constituição de 1988 optou por um desenho institucional que fortaleceu os partidos. Nessa linha, inscreveu o pluralismo político como um dos fundamentos da República (art. 1º, V), assegurou a liberdade de associação (art. 5º, XVII) e consagrou, expressamente, a livre criação de partidos e o pluripartidarismo (art. 17). Além disso, enfatizando o papel proeminente a eles reservado, exigiu a filiação partidária como condição de elegibilidade dos candidatos (art. 14, § 3º, V).

15. Além desse fortalecimento institucional, uma outra disposição constitucional funcionou como um grande incentivo à multiplicação de partidos no Brasil. Trata-se do art. 17, § 3º, que tem a seguinte dicção: “Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”. Este cenário é agravado pela admissibilidade de coligações partidárias nas eleições proporcionais. Tal circunstância permite que partidos que não têm densidade

eleitoral mínima para atingir o quociente eleitoral – e, portanto, ter representação na Câmara dos Deputados, por exemplo – possam obtê-lo coligando-se com partidos maiores.

III.1. AS DISFUNÇÕES DO SISTEMA PARTIDÁRIO

16. O sistema partidário é caracterizado pela multiplicação de partidos de baixa consistência ideológica e nenhuma identificação popular. Surgem, assim, as chamadas *legendas de aluguel*, que recebem dinheiro do Fundo Partidário – isto é, recursos predominantemente públicos – e têm acesso a tempo gratuito de televisão. O dinheiro do Fundo é frequentemente apropriado privadamente e o tempo de televisão é negociado com outros partidos maiores, em coligações oportunistas e não em função de ideias. A política, nesse modelo, afasta-se do interesse público e vira um negócio privado. Devo dizer, a bem da verdade, que quando estive no Congresso Nacional por ocasião da minha sabatina para ingressar no Supremo Tribunal Federal, em junho de 2013, estive com as principais lideranças partidárias. E esse diagnóstico que estou aqui apresentando era compartilhado por quase todos os parlamentares com os quais estive.

17. A combinação do sistema proporcional de lista aberta, direito a recursos do fundo partidário, acesso gratuito ao rádio e à televisão, possibilidade de coligações em eleições proporcionais e ausência de cláusula de barreira produz uma Babel partidária, de efeitos sombrios sobre a legitimidade democrática, a governabilidade e a decência política. A pulverização partidária encontra-se documentada em números bastante eloquentes: desde a redemocratização do Brasil, quase uma centena de agremiações partidárias estiveram em funcionamento³. Em abril de 2015, havia 32 (trinta e dois) partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral. Desnecessário enfatizar a evidência de que esta multiplicação de partidos não está associada ao ímpeto de contribuir efetivamente para programas de governo ou para a

³ V. Dados eleitorais do Brasil (1982-2006), in [sítio <http://web.archive.org/web/20070911223434/http://jaironicolau.iuperj.br/jairo2006/port/pags/lista.htm>](http://web.archive.org/web/20070911223434/http://jaironicolau.iuperj.br/jairo2006/port/pags/lista.htm), visitado em 25 mai. 2015.

definição de políticas públicas. Há razoável consenso de que o dinheiro do Fundo Partidário e a negociação do tempo de televisão são as motivações principais.

III.2. O FENÔMENO DA INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

18. Neste cenário descrito acima, em que numerosos partidos funcionam como embalagens para qualquer produto, não é surpresa a tradição brasileira de infidelidade partidária e de constantes migrações de parlamentares de um partido para outro. Relembre-se que no sistema eleitoral e partidário vigentes, a eleição de um candidato para vaga em uma Casa Legislativa depende de uma complexa – e nem sempre lógica – equação entre a votação obtida por ele e a votação de seu partido ou coligação partidária. De nada lhe adiantará ter alcançado uma votação expressiva se seu partido não atingir o quociente eleitoral. E, inversamente, não é incomum que candidatos com votação baixa se elejam em função de seu partido ter sido beneficiado por votação expressiva.

19. Tais variáveis funcionam como incentivos à infidelidade partidária. Candidatos, compreensivelmente, buscam legendas que potencializam as suas chances de eleição. Assim, tradicionalmente, às vésperas de encerramento do prazo de filiação partidária para fins de candidatura, ocorria grande migração de parlamentares e candidatos. Isso em razão da influência determinante do partido em suas chances de eleição. Outro momento típico de troca de partidos por candidatos eleitos se dava entre a eleição e a posse do candidato. Isto porque o art. 47, § 3º da Lei nº 9.504/97, antes das alterações da Lei nº 11.300/2006, determinava que, para fins de divisão do tempo da propaganda eleitoral gratuita, seria considerada a representação partidária na Câmara dos Deputados na data de início da legislatura em curso. Com a mudança, os eleitos eram computados, para efeito de cálculo da parcela de horário eleitoral gratuito, nos quadros dos partidos em que ingressaram, não nos daqueles pelos quais foram eleitos.

20. Levantamentos estatísticos confirmam a extensão e alcance do problema. Entre os anos de 1995 a 2007, ocorreram 810 (oitocentos e dez) migrações, envolvendo um total de 581 (quinhentos e oitenta e um) parlamentares, o que significa que muitos deles trocaram de partido mais de uma vez.⁴ Este quadro sofreu o impacto relevante – e positivo – das decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em 2007, no âmbito dos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e 26.604. A seguir, breve análise de tais pronunciamentos.

IV. A DECISÃO DO STF NOS MANDADOS DE SEGURANÇA SOBRE FIDELIDADE PARTIDÁRIA E SEUS FUNDAMENTOS

21. A posição do Supremo Tribunal Federal acerca da fidelidade partidária e da mudança de partido por parlamentares havia sido fixada no julgamento do Mandado de Segurança n. 20.927, da relatoria do Min. Moreira Alves, julgado em 1989, quando se assentou:

“Em face da Emenda nº 1, que, em seu artigo 152, parágrafo único (que, com alteração de redação, passou a parágrafo 5º desse mesmo dispositivo, por força da Emenda Constitucional nº 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

⁴ FREITAS, Andrea Marcondes. **Migração Partidária na Câmara dos Deputados**. Dissertação de mestrado em Ciência Política. Universidade de São Paulo, 2008, p. 40.

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.”

22. Entendia o Tribunal, portanto, que não vigorava entre nós a exigência de fidelidade partidária, nem tampouco era possível decretar a perda de mandato do parlamentar que mudasse de partido, à falta de previsão constitucional expressa⁵. Posteriormente, no entanto, o Tribunal veio a rever sua posição, procurando mitigar os efeitos graves da migração partidária no sistema político brasileiro. Tal virada jurisprudencial se deu no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, decididos em 2007. A importância da compreensão adequada destes precedentes para a solução da presente ação direta justifica uma breve síntese do seu contexto fático e dos seus fundamentos.

23. Em 1.03.2007, o Partido Democratas (DEM) formulou a Consulta nº 1.398/2007 perante o Tribunal Superior Eleitoral, na qual questionava se os partidos e coligações possuíam o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional em

⁵ Na mesma linha se decidiu no MS n. 23.405, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 2004.

caso de desfiliação. O TSE pronunciou-se no sentido de que os mandatos obtidos em eleição proporcional pertencem ao partido político, e, portanto, que a mudança de agremiação partidária, após a diplomação, dá ao respectivo partido o direito de postular a retenção do mandato eletivo.

24. Diante da negativa do Presidente da Câmara dos Deputados em dar posse aos deputados suplentes mesmo após o julgamento da referida Consulta, três partidos prejudicados pela recusa impetraram os Mandados de Segurança de nº 26.602 (PPS), 26.603 (PSDB) e 26.604 (DEM). Ao final do julgamento, esta Corte, por maioria de votos – vencidos os Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa – chancelou o entendimento do TSE, modificando a sua antiga jurisprudência, para reconhecer a existência do dever constitucional de observância da regra da fidelidade partidária.

25. Em síntese, os principais fundamentos da decisão foram os seguintes: (i) a essencialidade dos partidos políticos para a conformação do regime democrático, a ponto de existir uma denominada “democracia partidária”; (ii) a intermediação necessária das agremiações partidárias para candidaturas aos cargos eletivos, conforme disposto no art. 14, § 3º, V, da Constituição; (iii) a vinculação inerente entre mandato eletivo e partido como consequência imediata do sistema proporcional, no qual os cargos são distribuídos de acordo com o quociente eleitoral, obtido pelo partido, e não pelo candidato; e (iv) a infidelidade como atitude de desrespeito do candidato não apenas em face do seu partido político, mas, sobretudo, da soberania popular, sendo responsável por distorcer a lógica do sistema eleitoral proporcional.

26. Conforme se verifica, a decisão teve como pano de fundo o sistema proporcional. Não poderia ser diferente, pois os mandados de segurança tratavam de cargos cuja eleição foi regida por esse sistema. Os argumentos veiculados consideravam os problemas específicos do sistema proporcional, que deveriam ser mitigados pela permanência do mandato no partido nos casos de infidelidade partidária. De fato, as características do sistema proporcional tornam a fidelidade

partidária importante para a preservação da sua legitimidade e, acima de tudo, para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam mantidas.

27. A partir desses precedentes, coube ao Tribunal Superior Eleitoral, por determinação do Supremo Tribunal Federal, regulamentar a perda de mandato por infidelidade partidária, o que ocorreu por meio da Resolução nº 22.610/2007, de 25 de outubro de 2007. Em princípio, caberia à Corte eleitoral apenas dispor sobre a perda de cargos eletivos por infidelidade partidária no sistema proporcional, nos moldes da decisão proferida pelo STF. Ocorre que a elaboração da resolução foi antecedida de outro julgamento que acabou influenciando decisivamente na conformação do seu texto final. Trata-se de Consulta formulada perante o Tribunal Superior Eleitoral (nº 1.407/2007), em que se questionava se a mesma linha de entendimento era aplicável ao sistema majoritário.

28. O TSE entendeu que sim. Os principais fundamentos desta decisão foram os seguintes: (i) a centralidade dos partidos políticos no regime democrático; e (ii) o fato de os candidatos do sistema majoritário também se beneficiarem da estrutura partidária para se eleger, diante das exigências de filiação partidária, escolha dos candidatos em convenção, registro das candidaturas na Justiça Eleitoral, identificação dos concorrentes pela legenda do partido, celebração de alianças; financiamento da campanha com recursos do fundo partidário, utilização dos espaços de rádio e de televisão para a propaganda individual etc. Portanto, haveria um dever jurídico de fidelidade dos candidatos às agremiações partidárias que os colocaram no poder, inclusive no sistema majoritário. Por essas razões, a infidelidade partidária teria a mesma consequência em ambos os sistemas eleitorais: a “devolução” do mandato ao respectivo partido.

29. Com base em tais premissas, a Resolução nº 22.610/2007 acabou por disciplinar a perda de mandato para todos os cargos eletivos, indo além dos fundamentos dos citados mandados de segurança, que se ativeram à hipótese do

sistema proporcional. O que se pretende demonstrar no capítulo final do presente voto é que a fidelidade partidária, nos moldes decididos por esta Corte, somente se justifica no âmbito do sistema proporcional. A sua extensão ao sistema majoritário, além de incompatível com a sua lógica, acaba por violar a soberania popular, pedra de toque da democracia. É o que passo a expor.

V. INAPLICABILIDADE DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA ÀS ELEIÇÕES MAJORITÁRIAS.

30. Convém esclarecer, preliminarmente, que não há, na Constituição de 1988, qualquer previsão expressa da “regra da fidelidade partidária”. A Constituição de 1969 previa a infidelidade partidária como hipótese explícita de perda do mandato de deputados e senadores (art. 35, V). A Carta de 1988, contudo, não reproduziu a sanção, que de resto já havia sido suprimida do texto anterior pelo art. 8º da Emenda Constitucional nº 25/1985.

31. Ademais, as propostas formuladas no sentido da introdução de disposição deste teor na Constituição até o presente momento não foram aprovadas.⁶ Além disso, o STF tradicionalmente considera que o artigo 55 contém rol taxativo de hipóteses de perda do mandato parlamentar, e, como se sabe, nele não se encontra a troca de partido por parlamentar. Não foi por outra razão que o STF entendia inexistir, na hipótese, fundamento para a perda do mandato, e assim o ocupante de mandato eletivo o mantinha mesmo após a migração partidária (v. as citadas decisões nos MS 20.2927, Rel. Min. Moreira Alves; MS 23.405, Rel. Min. Gilmar Mendes).

32. O que se quer destacar é que a afirmação da “regra da fidelidade partidária”, à míngua de previsão constitucional explícita, deve decorrer de maneira clara e inequívoca da Constituição. No sistema proporcional há fundamento constitucional consistente para a sua construção jurisprudencial; porém, no sistema majoritário não há. É o que se procura demonstrar a seguir.

⁶ Cite-se, por exemplo, as Propostas de Emenda Constitucional n. 85/1995, 90/1995, 137/1995, 251/1995, 542/1995, 24/1999, 27/1999, 143/1999, 242/2000, 4/2007 e 182/2007, que pretendem modificar os arts. 17 e 55, da Constituição.

33. Como já assinalado, um dos mais complexos problemas do sistema proporcional brasileiro é a extensão do fenômeno da transferência de votos. A Secretaria Geral da Mesa da Câmara dos Deputados noticiou, em 7.10.2014, que apenas 36 (trinta e seis) dos 513 (quinhentos e treze) deputados eleitos para a legislatura em curso (2015/2018) atingiram votação igual ou superior ao quociente eleitoral. Assim, apenas 7% (sete por cento) dos deputados federais brasileiros foram eleitos com votos próprios, sendo que nenhum o foi nos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rio Grande do Sul, Tocantins e no Distrito Federal. Logo, nada menos que 93% (noventa e três por cento) da composição da Câmara dos Deputados deve o seu mandato à transferência dos votos dados ao seu partido ou aos seus correligionários.

34. Este modelo produz relevantes distorções. Na última eleição, o Estado de São Paulo forneceu um bom exemplo do que aqui se vem de afirmar: diante da votação extraordinária obtida por Celso Russomano (1,52 milhão de votos), candidatos do seu partido (PRB) foram eleitos com votações baixas no Estado mais populoso do país, como se deu com Fausto Binato, que obteve apenas 22 (vinte e dois) mil votos. Na mesma eleição, candidatos muito mais votados não se elegeram, como foi o caso de Antônio Carlos Mendes Thame, do PSDB, que obteve 106,6 mil votos. O sistema permite, portanto, que um candidato com 20 mil votos derrote outro com 100 mil.

35. A situação torna-se ainda mais grave com a admissão das coligações partidárias, muitas das quais são firmadas por motivos mais ligados à estratégia eleitoral do que à afinidade ideológica das agremiações que a integram. Cláudio Pereira de Souza Neto traz interessante exemplo⁷: a coligação entre o PT e o PRB nas últimas eleições em Minas Gerais. Embora o primeiro partido tenha em seus quadros candidatos que desfraldam bandeiras feministas, o segundo conta com muitos

⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Transparência e opacidade do sistema eleitoral: subsídios para a reforma política democrática**. Coluna “Constituição e Sociedade” do site Jota. Acesso em 29 de abril de 2015.

membros conservadores, havendo claros antagonismos entre eles em questões morais, como, *e.g.*, a descriminalização do aborto. Entretanto, diante do massivo processo de transferência que aqui se vem noticiando, o voto dado a um progressista ajudará a eleger um conservador, e vice-versa.

36. Como se vê, a possibilidade de coligações eleitorais, aliada à dimensão adquirida pelo fenômeno da transferência de votos impede que o sistema proporcional cumpra satisfatoriamente a sua função precípua: dar às diferentes ideologias representação parlamentar proporcional à sua acolhida no tecido social, tornando o Parlamento um espelho da sociedade. Havendo volumosa transferência de votos, e notadamente entre candidatos que se situam em pontos tão distintos do espectro político, o sistema entra em curto-circuito e se distancia do princípio da proporcionalidade da representação da Câmara dos Deputados (art. 45, *caput*, da CF/88) e da soberania popular (art. 1, § único, da CF/88).

37. Tais problemas eram sensivelmente agravados pelas numerosas migrações partidárias. Com efeito, se no momento da divulgação do resultado das eleições a proporcionalidade entre a pluralidade ideológica existente na sociedade e a sua representação parlamentar já se encontrava debilitada pelas extensas transferências de voto e pelo esvaziamento da dimensão programática dos partidos, que dirá se, em seguida, se instalar prática – igualmente abrangente – de migrações partidárias? Pois era exatamente isso que ocorria antes das corretas decisões proferidas pelo STF nos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604. De acordo com os já mencionados dados, ocorreram, entre os anos de 1995 a 2007, nada menos que 810 (oitocentos e dez) casos de mudança de partido.

38. Este cenário representava clara deturpação da vontade política do eleitor, pois o amplo êxodo partidário alterava a divisão de forças estabelecida ao final das eleições, tendendo a inflar os partidos integrantes da base aliada em detrimento dos de oposição. É absolutamente incoerente que determinado parlamentar seja eleito em razão dos votos dados à legenda ou a um correligionário com votação

extraordinária e, durante seu mandato (muitas vezes logo no seu início), migre para outro partido que em nada colaborou para a sua eleição. A infidelidade partidária, principalmente na proporção assumida no Brasil, representava completo desvirtuamento do sistema proporcional, da democracia representativa e da soberania popular. Portanto, veio em boa hora a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois a regra da fidelidade partidária busca corrigir graves problemas do sistema.

39. O mesmo não ocorre no sistema majoritário. Neste, como a fórmula eleitoral é a regra da maioria e não a do quociente eleitoral, o candidato eleito será o mais bem votado. Como serão desconsiderados os votos dados aos candidatos derrotados, não se coloca o fenômeno da transferência de votos. Assim, no sistema majoritário a “regra da fidelidade partidária” não consiste em medida necessária à preservação da vontade do eleitor, como ocorre no sistema proporcional, e, portanto, não se trata de corolário natural do princípio da soberania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14, caput, da Constituição).

40. Muito pelo contrário. No sistema majoritário atualmente aplicado no Brasil, a imposição de perda do mandato por infidelidade partidária se antagoniza como a soberania popular, que, como se sabe, integra o núcleo essencial do princípio democrático. Um simples exemplo ajuda a esclarecer a afirmação. Imagine-se que um candidato eleito para cargo de Senador, por qualquer motivo, troque de partido durante o mandato. Ao se aplicar a Resolução nº 22.610/2007, nos termos atualmente dispostos, a consequência da migração seria a perda do mandato. Em consequência, o suplente assumiria o cargo eletivo, conforme determina a redação atual do art. 10, da Resolução. Ocorre que o suplente, muitas vezes, sequer é conhecido do eleitor e não recebeu qualquer voto na eleição. A vontade política expressa no momento da eleição acaba por ser claramente violada, agravando-se o problema da débil legitimidade democrática dos suplentes de Senador no Brasil.

41. Ademais, se o objetivo da fidelidade partidária é devolver o mandato ao partido político que o conquistou através do voto, a aplicação da perda de mandato ainda menos se justifica para o cargo de Chefe do Poder Executivo. Isso porque não há obrigatoriedade de que titular e vice sejam do mesmo partido. Aliás, não é raro que, por conta das coligações partidárias, os componentes da chapa sejam de distintas agremiações partidárias. Nesses casos, a perda de mandato favoreceria candidato e partido que não receberam votos, em detrimento de candidato que obteve, no mínimo, a maioria absoluta dos votos colhidos no pleito. Assim, a substituição de candidato respaldado por ampla legitimidade democrática por vice carente de votos, claramente se descola do princípio da soberania popular e, como regra, não protegerá o partido prejudicado com a migração do Chefe do Executivo eleito pelo povo.

42. Por fim, cumpre verificar se a *alegada centralidade dos partidos políticos na democracia brasileira*, decorrente da necessária filiação partidária, do emprego de recursos do Fundo Partidário e de tempo de propaganda em rádio e televisão etc., *constitui motivo suficiente para estender a regra da fidelidade partidária ao sistema majoritário*. A resposta é negativa. Com efeito, o vínculo entre partido e mandato é muito mais tênue no sistema majoritário do que no proporcional, não apenas pela inexistência de transferência de votos, mas pela circunstância de a votação se centrar muito mais na figura do candidato do que na do partido⁸. Com efeito, nos pleitos majoritários os eleitores votam em candidatos e não em partidos, o que é reconhecido pela própria Constituição Federal ao prever, em seu artigo 77, § 2º, que “*será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos (...)*”.

43. Não se pretende negar o relevantíssimo papel reservado aos partidos políticos nas democracias representativas modernas⁹. Porém, não parece certo

⁸ Tal fato não passou despercebido ao meu eminente antecessor, Ministro Carlos Ayres Britto, que proferiu o voto condutor na Consulta 1.407/2007. De fato, apesar de haver votado pela extensão da perda de mandato ao sistema majoritário, reconheceu ele que “*nesse tipo de competição federal homem-a-homem, candidato versus candidato, o prestígio individual tende a suplantear o partidário*”.

⁹ Partidos políticos são entidades que fazem a conexão entre a sociedade civil e o Estado. Consoante clássica definição do Professor José Afonso da Silva, consistem em “*forma de agremiação de um*

afirmar que o constituinte de 1988 haja instituído uma “democracia de partidos”. Com efeito, o art. 1º, parágrafo único da Constituição é inequívoco ao estabelecer a soberania popular como fonte última de legitimação de todos os poderes públicos, ao proclamar que *“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*.

44. Se a soberania popular integra o núcleo essencial do princípio democrático, não se afigura legítimo estender, por construção jurisprudencial, a regra da fidelidade partidária ao sistema majoritário, por implicar desvirtuamento da vontade popular vocalizada nas eleições, como antes se expôs. Tal medida, sob a justificativa de contribuir para o fortalecimento dos partidos brasileiros, além de não ser necessariamente idônea a esse fim, viola a soberania popular, ao retirar os mandatos de candidatos escolhidos legitimamente por votação majoritária dos eleitores. Se o objetivo perseguido é o aperfeiçoamento da democracia representativa e do modelo eleitoral brasileiro, a extensão da fidelidade partidária ao sistema majoritário subverte esse propósito, agravando o problema sob o pretexto de saná-lo.

45. Em suma, entendo que os arts. 10 e 13 da Resolução nº 22.610/2007, ao igualarem os sistemas proporcional e majoritário para fins de fidelidade partidária, violam as características essenciais dos sistemas eleitorais dispostos na Constituição, extrapolam indevidamente os fundamentos das decisões proferidas por esta Corte nos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 e, sobretudo, afrontam a soberania popular.

VI. CONCLUSÃO

46. Diante do exposto, julgo procedente o pedido para declarar inconstitucional o termo “ou vice”, constante do art. 10 da Resolução nº 22.610/2007, e a expressão “e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema

grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo”. V. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2003, p. 393.

majoritário”, constante do art. 13. Por fim, confiro interpretação conforme a Constituição ao termo “suplente”, constante do art. 10, com a finalidade de excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário. A tese que embasa o meu voto é a seguinte: *“A perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”*.

É como voto.