

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. DIREITO DE ANTENA E DE ACESSO AOS RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO ÀS NOVAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS CRIADAS APÓS A REALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES. REVERSÃO LEGISLATIVA À EXEGESE ESPECÍFICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIs 4490 E 4795, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 47, § 2º, II, DA LEI DAS ELEIÇÕES, A FIM DE SALVAGUARDAR AOS PARTIDOS NOVOS, CRIADOS APÓS A REALIZAÇÃO DO PLEITO PARA A CÂMARA DOS DEPUTADOS, O DIREITO DE ACESSO PROPORCIONAL AOS DOIS TERÇOS DO TEMPO DESTINADO À PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO. LEI Nº 12.875/2013. TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO *PRIMA FACIE* DE

ADI 5105 / DF

SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA *SUB JUDICE* À LUZ DE NOVOS FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE POSTURAS RESPONSÁVEIS PELOS LEGISLADORES. *STANDARDS* DE ATUAÇÃO DA CORTE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS DESAFIADORAS DA JURISPRUDÊNCIA RECLAMAM MAIOR DEFERÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL, PODENDO SER INVALIDADAS SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ULTRAJE AOS LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/88. LEIS ORDINÁRIAS QUE COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS *IN YOUR FACE*) NASCEM PRESUNÇÃO *IURIS TANTUM* DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO ANCORAR-SE EM CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE *CORREÇÃO* DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA).

1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções *juriscêntricas* no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes.

2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos

ADI 5105 / DF

intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no *embate dialógico*, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República.

3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como *última palavra provisória*, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.

4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, *ex vi* do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República.

5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (*i.e.*, promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (*i.e.*, edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal.

5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (*i.e.*, limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.

5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a

ADI 5105 / DF

jurisprudência (leis *in your face*) nasce com presunção *iuris tantum* de *inconstitucionalidade*, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a *correção* do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de *mutação constitucional pela via legislativa*. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas.

6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos.

7. O Congresso Nacional, no caso *sub examine*, ao editar a Lei nº 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4430 e nº 4795, rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura.

8. A *criação* de novos partidos, como hipótese caracterizadora de *justa causa* para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas legendas, impõe a conclusão inescapável de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar trânsfuga.

9. No caso *sub examine*, a justificação do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos

ADI 5105 / DF

fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário.

10. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.

11. *In casu*, é inobjetável que, com as restrições previstas na Lei nº 12.875/2013, há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional. Algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Justamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia.

12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei nº 12.875, de 30

ADI 5105 / DF

de outubro de 2013, vencidos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente).

Brasília, 1º de outubro de 2015.

LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Solidariedade – SD em face (i) do art. 1º da Lei nº 12.875/2013, que modificou a redação do art. 29, § 6º, e do art. 41-A, ambos da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), e (ii) do art. 2º, também da Lei nº 12.875/2013, na parte que acrescentou o § 7º ao art. 47 da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições). Eis o teor dos dispositivos adversados:

Art. 1º A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 29.

§ 6º Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.

....” (NR)

“Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e

ADI 5105 / DF

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29.” (NR)

Art. 2º O art. 47 da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 47....

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

I - 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram;

II - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualmente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

....

§ 7º Para efeito do disposto no § 2º, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995.” (NR)

Em sua peça vestibular, o Requerente articula que os preceitos impugnados, ao subtraírem dos partidos novos criados após a eleição para a Câmara dos Deputados o direito de antena e o acesso ao Fundo Partidário, incorreriam em manifesta fraude ao que fora deliberado nas ADIs nº 4.430 e nº 4.795, oportunidade em que o Tribunal, por maioria, emprestou *“interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do § 2º*

ADI 5105 / DF

do art. 47 da Lei 9.504/1997, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda na sua criação”.

Sustenta que a diferenciação entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação, tal como erigida *in casu* pelo legislador ordinário, vulnera o art. 1º, inciso V, e parágrafo único (regime democrático, representativo e pluripartidário), os arts. 5º, *caput*, e 17, *caput* (liberdade de criação de partido político) e art. 17, § 3º (direito das agremiações partidárias ao fundo partidário e à antena), todos da Constituição da República.

Neste particular, defende que “a inexistência de diferenciação entre os partidos políticos criados originalmente e aqueles resultantes de fusão ou incorporação é mero resultado da eficácia irradiadora **princípio geral da igualdade do art. 5º, caput da CF/1988**”. Além disso, o *caput* do art. 17 da Constituição “**estatuí[ria] verdadeira paridade**” entre as hipóteses de criação, incorporação e fusão de partidos políticos, razão por que seria defeso ao legislador proceder a qualquer desequiparação que desestimulasse a criação de novas legendas. (grifos no original)

Assevera também que “o **princípio de igualdade entre os partidos políticos constitui elementar exigência do regime pluripartidário imposto no artigo 1º, V e parágrafo único da CF/1988**”. Daí por que, a seu juízo, “**não haver[ia] qualquer “igualdade de chances” em lei que, a título de regulamentar o art. 17, § 3º da CF/1988, venha a excluir e a inviabilizar o próprio direito constitucional de participação dos partidos à antena e ao fundo partidário.**” (grifos no original).

Em amparo de sua pretensão, o Solidariedade aduz, que, conquanto gravada com cláusula de reserva legal (“na forma da lei”), referida

ADI 5105 / DF

regulamentação do art. 17, § 3º, estaria limitada a “*aspectos instrumentais*”, de sorte a “*viabiliz[ar] o exercício do direito de antena e o acesso ao fundo partidário por todas as agremiações partidárias, definindo, inclusive, critérios de distribuição*”. (grifos no original).

Afirma estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No tocante à fumaça do bom direito, o Arguente reitera os fundamentos substantivos acima expendidos. A seu turno, o *periculum in mora* estaria evidenciado na medida em que, “*caso mantida a legislação ora objurgada, as agremiações recém criadas serão indevida e inconstitucionalmente prejudicadas no pleito eleitoral que se aproxima [eleições de 2014], com clara deturpação ao modelo delimitado na Carta da República de formação vontade política, segundo o qual, repita-se, não há partidos políticos de ‘segunda categoria’.*”.

Requer, portanto, o deferimento do provimento cautelar “*para suspender imediatamente a eficácia do art. 1º da Lei Federal nº 12.875/2013, que conferiu nova redação ao art. 29, § 6º e ao art. 41-A da Lei Federal nº 9.096/1995 e do art. 2º da mesma da Lei Federal nº 12.875/2013, na parte em que acrescentou o § 7º ao art. 47 da Lei Federal nº 9.504/1997.*”. Em definitivo, postula a declaração de inconstitucionalidade das disposições hostilizadas.

Em 1º/04/2014, adotei o rito abreviado previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99.

Em suas informações, o Presidente do Congresso Nacional, por intermédio da Advocacia do Senado Federal, atesta a constitucionalidade da Lei nº 12.875/2013, ancorando-se *in totum* na justificação ao PL nº 4.470/2012 apresentado pelo Deputado Federal Edinho Araújo (PMDB/SP). Em linhas gerais, defende que a todos os partidos políticos restou assegurada alguma fração do cognominado direito de antena e do acesso ao fundo partidário. Ademais, informa que as normas adversadas objetivam valorizar os partidos e evitar distorções e casuísmos, que

ADI 5105 / DF

minariam a *“previsibilidade institucional da distribuição do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”* (grifos no original).

A Presidência da República, em manifestação confiada à Advocacia-Geral da União, também se pronunciou pela improcedência dos pedidos veiculados na ação direta. Inicialmente, a Presidência embasou seu posicionamento nos termos da justificção do PL nº 4.470/2012, tal como fizera o Congresso Nacional. Na sequência, citou, em abono à constitucionalidade das disposições, o parecer da lavra do Deputado Magela segundo o qual *“os partidos políticos têm direito aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, estará garantido na distribuição de 5% (cinco por cento) do fundo partidário, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, bem como na distribuição igualitária, entre todos os partidos e coligações, do 1/3 (um terço) do horário reservado à propaganda de cada eleição.”* (grifos no original).

No mesmo sentido, colacionou excertos do parecer exarado pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira, quando da tramitação do PLC nº 14/2013 no Senado, no sentido de que *“[o projeto de lei] não apresenta qualquer vício de constitucionalidade, juridicidade ou de técnica legislativa. Ele está devidamente amparado, especialmente no par. 3º do art. 17 da Constituição Federal. (...)”* (grifos no original). Por fim, aludiu ao pronunciamento da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em que se extrai que *“a escolha do legislador é a de, ao mesmo tempo, buscar fortalecer os partidos políticos existentes ao evitar estímulos causados pela apropriação individual de quotas do fundo partidário ou de tempo de acesso gratuito às mídias de massa, desestimulando a migração partidária ou a criação de novas legendas com suporte na transferência e acumulação de quotas de representatividade. A proposta não veda a criação de novos grupos políticos, na medida em que estes continuarão tendo o direito a proporção do tempo de propaganda eleitoral e fundos partidários. (...)”*

ADI 5105 / DF

Está[,] assim, em conformidade com o art. 17, § 3º, da Constituição.” (grifos no original).

Em cumprimento ao art. 103, § 3º, da Constituição da República, o Advogado-Geral da União, enquanto *defensor legis*, manifestou-se também pela improcedência dos pedidos. Eis a ementa do respectivo parecer:

“Eleitoral. Artigos 1º e 2º da Lei federal nº 12.875/2013. Migrações partidárias que ocorrerem durante a legislatura não implicam a transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Ausência de violação aos artigos 1º, V e parágrafo único (regime democrático, representativo e pluripartidário); 5º, *caput*, (isonomia); e 17, *caput* (liberdade de criação de partidos políticos) e § 3º (direito dos partidos ao fundo partidário e à antena), todos da Constituição da República. As normas apontadas como inconstitucionais visam a coibir as transferências de partidos motivadas por razões dissociadas de sentimento ideológico do candidato eleito. Manifestação pela improcedência do pedido formulado pelo requerente.”

O Ministério Público Federal, em seu parecer, também opinou pela improcedência do pedido deduzido. Confira-se a ementa da manifestação subscrita pelo *Parquet* federal:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Eleitoral. Partidos Políticos. Dispositivos da Lei nº 12.875/2013 que conferiram nova redação aos arts. 29, § 6º, e 41-A da Lei nº 9.096/95 e acrescentaram o § 7º ao art. 47 da Lei nº 9.504/1997. Participação nos recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito a rádio e televisão. Possibilidade de rateio proporcional à representação política das agremiações. Precedente. Criação de partidos no curso da legislatura e migração de exercentes de mandato eletivo. Vedação à transferência da representatividade política do parlamentar trânsfuga, para fins de cômputo na distribuição

ADI 5105 / DF

de recursos do Fundo Partidário (FP) e do tempo de antena. Estímulo à fidelidade partidária. Conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal nos mandados de segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF. Fortalecimento do sistema partidário, do regime democrático e da representatividade das instituições políticas. Acesso dos partidos criados a quota do FP e à propaganda eleitoral gratuita assegurado pela legislação. Concessão de tratamento diferenciado que não implica ofensa à isonomia, dada a inexistência de uniformidade entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação de legendas. Parecer pela improcedência do pedido.

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada aos Ministros deste Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (art. 9º, *caput*, da Lei nº 9.868/99).

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, senhores advogados, ilustre representante do Ministério Público, demais presentes, inicio meu voto enfatizando um aspecto singular da controvérsia jurídica desta ADI que, a meu sentir, coloca novos matizes em sua análise: as disposições ora impugnadas decorrem de *superação legislativa* da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 47, § 2º, II, da Lei nº 9.504/97, nas ADIs 4.430 e 4.795, ambas de relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli. Naquela oportunidade, o Plenário deu interpretação conforme ao indigitado preceito da Lei das Eleições, no afã de salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

De fato, poucos meses depois do julgamento, o Congresso Nacional editou a Lei nº 12.875/2013 que, em sentido oposto ao pronunciamento da Corte, subtraiu dessas novas legendas o acesso aos recursos do fundo e ao direito de antena. Eis, portanto, o ponto nevrálgico da questão: *em que medida* essa *reação* do Congresso Nacional, no sentido de *superar* a exegese fixada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 47, § 2º, inciso II, da Lei das Eleições, se revela legítima à luz da complexa estrutura de divisão funcional entre as instituições (sistema de *checks and counterchecks*) delineada pela Constituição.

A meu sentir, afigura-se pressuposto essencial ao enfrentamento da temática a correta delimitação desse espaço de conformação do legislador para proceder a correções jurisprudenciais, com vistas a, sob a ótica da

ADI 5105 / DF

rule of law, não vulnerar o conteúdo essencial da Constituição, e, sob a perspectiva *democrática*, não fossilizar o sentido das disposições constitucionais, asfixiando a vontade popular soberana. Ciente dessa singularidade, estabelecerei algumas premissas teóricas que irão guiar todo o restante do meu voto. É o que passo, na sequência, a fazer.

I. BREVES REFLEXÕES ACERCA DOS LIMITES E POSSIBILIDADES DE SUPERANÇA LEGISLATIVA DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL: A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

A controvérsia travada nesta ADI suscita algumas reflexões acerca da dinâmica das relações interinstitucionais em um Estado Democrático de Direito, na medida em que questiona a validade jurídico-constitucional de um conjunto de normas que encerram frontal *superação legislativa* à específica interpretação da Constituição conferida pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, não representam qualquer novidade as dificuldades conhecidas e amplamente debatidas pela doutrina constitucional, nacional e estrangeira, acerca da legitimidade democrática da *judicial review* – a clássica *dificuldade contramajoritária* –, que decorre da circunstância de os juízes, não submetidos ao escrutínio das urnas, poderem invalidar as decisões do legislador, ancorando-se, muitas vezes, em disposições constitucionais vagas e abertas, e, em consequência, moldando a Constituição de acordo com suas preferências políticas.

À jurisdição constitucional, nesse cenário, incumbe a tarefa de encontrar o *ponto ótimo de equilíbrio* entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo. A depender da *calibragem* de suas decisões (*i.e.*, atribuindo importância maior a qualquer desses ideais), os tribunais

ADI 5105 / DF

podem tolher a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não responsivos à vontade popular, ou, ao revés, podem as cortes cancelar o advento de um *despotismo das maiorias*, de maneira a comprometer a supremacia e a efetividade da Lei Fundamental.

Se essas particularidades já recomendam alguma dose de cautela no exercício da *judicial review*, **essa prudência é redobrada nas situações em que o objeto da controvérsia decorre de reações legislativas a decisões proferidas pela Corte, sobretudo por impactar diretamente na esfera de liberdade de conformação do legislador.**

Nesse pormenor, o nosso desenho institucional potencializa essas dificuldades: outorga ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de definir a *última palavra* acerca do conteúdo da Carta Política. Deveras, enquanto “*guardião da Constituição*” (CRFB/88, art. 102, *caput*), à Suprema Corte é confiada a faculdade de invalidar, invocando o texto constitucional, qualquer lei ou ato normativo emanado das instâncias políticas majoritárias. Noutros termos, **o Supremo detém a última palavra no âmbito do Estado Democrático de Direito**, máxime porque seus pronunciamentos não se sujeitam – repiso, por um viés formal – a qualquer controle democrático. Em sede doutrinária, o Ministro Gilmar Mendes perfilhou similar entendimento, aduzindo que “(...) *as Cortes Constitucionais estão inegavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado.*” (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão dos Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. In.: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Celso Bastos Editor, 1998, p. 463).

Aliás, mesmo as hipóteses de manifestação do constituinte reformador (*i.e.*, emendas constitucionais) – ainda que em etapa de

ADI 5105 / DF

deliberação parlamentar (e.g., propostas de emendas constitucionais, a teor do CRFB/88, art. 60, §§ 4º e 5º) – são sindicáveis perante o Tribunal que poderá expungir-las do ordenamento jurídico, circunstância que poderia corroborar, em vez de infirmar, o modelo juriscêntrico de hermenêutica constitucional.

Sucedo que, a despeito desse arranjo, não se pode advogar que o arquétipo constitucional pátrio erigiu um modelo de *supremacia judicial em sentido forte* (ou *material*), de vez que, além de equivocada, sob a ótica *descritiva*, não se afigura desejável, sob o ângulo *prescritivo*.

Por uma vertente *descritiva*, há diversos precedentes de *reversão legislativa* a decisões do Supremo Tribunal Federal, seja por emenda constitucional, seja por lei ordinária, que *per se* desautorizariam a concepção de *última palavra definitiva*. Essa práxis dialógica, além de não ser incomum na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente legítima – e, por vezes, desejável –, estimulando prodigioso *ativismo congressual*, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais.

Para os fins da presente discussão, reputo ser prescindível inventariar todas as hipóteses de *reação legislativa*, de modo que me restringirei a descrever alguns casos mais paradigmáticos, em especial quando a reversão jurisprudencial foi questionada perante o Tribunal. Com isso, será possível extrair a diretriz jurisprudencial utilizada pela Corte para aferir a validade jurídico-constitucional de tais *reversões*.

De início, destaco a edição da EC nº 41/2003 como interessante exemplo de diálogo constitucional. Mantendo disciplina inserta na EC nº 20/1998, a EC nº 41/2003 dispôs expressamente que as *vantagens pessoais* estariam albergadas no cômputo do teto remuneratório, bem como consagrou a autoaplicabilidade do novo teto, em tentativa de superar o entendimento fixado por esta Suprema Corte, que apontava exatamente

ADI 5105 / DF

em sentido oposto. Contudo, nos autos do MS nº 24.875, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06/10/2006, o Plenário, por maioria, asseverou que, “[n]ão obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, (...), aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos - modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas”, motivo por que seria defeso glosar os valores nominais auferidos acima do teto. Assim, a inobservância dos limites encartados no art. 60 do texto constitucional, no entender da Corte, autorizava a invalidação da norma, independentemente de ela encerrar, ou não, *correção legislativa* de entendimento sufragado pela Corte.

Utilizando similar argumentação, a Corte afastou a aplicação imediata da EC nº 52/2006. Sem embargo de a emenda ter estabelecido a plena e imediata autonomia dos partidos políticos de formarem coligações sem vínculos entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, o Tribunal, na ADI nº 3.685, entendeu pela verticalização das coligações partidárias para as eleições gerais de 2006, prestigiando, em consequência, a interpretação fixada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao art. 6º da Lei das Eleições, materializada na Resolução nº 21.002/2002 (STF, ADI nº 3.685, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 10/08/2006).

Naquela oportunidade, o Tribunal afastou a vigência imediata da EC nº 52/2006, firme no argumento de que, por ter sido editada há menos de 8 (oito) meses da data do pleito, a norma transgredia a regra da anterioridade eleitoral (CFRB/88, art. 16), enquanto limite material ao poder de reforma, nos termos do art. 60, § 4º, IV.

Outro exemplo de *embate institucional* digno de nota ocorreu com a promulgação da EC nº 57/2008. Referida emenda exsurgiu no contexto em que reconhecida, pelo STF¹, a *inertia deliberadi* do Congresso Nacional

1 STF, ADIs nº 2.240, nº 3.316, nº 3.489, nº 3.689, todas de relatoria do Min. Eros Grau, DJ de 03/08/2007.

ADI 5105 / DF

para promulgar a Lei Complementar, a que se refere o art. 18, § 4º, da CRFB (redação dada pela EC nº 15/96), que deveria disciplinar os critérios de criação dos municípios. Por ocasião do julgamento, acolheu-se a modulação temporal proposta pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, a fim de declarar a inconstitucionalidade da lei estadual com efeitos *pro futuro*, fixando o prazo de 24 (vinte e quatro) meses. Poucas semanas depois, no julgamento da ADI omissão nº 3.680-3, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 06/09/2007, além de cientificar o Parlamento da mora legislativa, o Tribunal fixou o prazo de 18 (dezoito) meses para a edição da Lei Complementar. Contudo, ao invés de colmatar a lacuna legislativa, na esteira do pronunciamento do STF, a solução alvitrada pelo Congresso Nacional foi a edição da EC nº 57/2008, a qual, acrescentando o art. 96 ao ADCT, convalidou todos os atos de criação dos municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006. Ao assim agir, o Parlamento quedou-se inerte quanto à definição dos critérios nacionais para a criação e fusão dos municípios, situação que perdura até a presente data.

Nessa mesma toada, a Emenda Constitucional nº 58/2009 também representa hipótese de *correção legislativa*, na medida em que objetivou *superar* a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 197.917/SP, rel. Min. Maurício Corrêa (Caso Mira Estrela) e, posteriormente, na ADI nº 3.345, rel. Min. Celso de Mello. Na espécie, a Corte consignou que deixar ao talante do legislador municipal o estabelecimento dos critérios da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos, previstos no art. 29, IV, equivaleria a esvaziar a regra constitucional de proporcionalidade entre vereadores e número de habitantes. A decisão provocou reações no Congresso Nacional, que, como dito, promulgou a EC nº 58/2009, para alterar o art. 29, IV, da Constituição, e instituir, expressamente, os limites máximos de vereadores de acordo com o número de seus habitantes. Mais ainda, o art. 3º, inciso I, da Emenda, previu a eficácia retroativa das novas regras, de sorte a aplicar tais regras ao pleito de 2008, previsão invalidada, de forma precisa, pelo Plenário da Corte no julgamento da

ADI 5105 / DF

ADI-MC-Ref nº 4.307, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 05/03/2010, por vulnerar as cláusulas superconstitucionais da segurança jurídica e da garantia do pleno exercício da cidadania popular.

Quando veiculada por leis ordinárias, o caso de *superação legislativa* mais rememorado, nomeadamente pelo emprego de alguns fundamentos *antidialógicos*, versa sobre a Lei nº 10.628/2002. Mencionado diploma alterou o art. 84, §§ 1 e 2º, do Código de Processo Penal, a fim de restabelecer o *foro por prerrogativa de função* a ex-detentores de cargos ou mandatos eletivos. À época, a orientação consolidada na Corte era no sentido de que o término do mandato implicaria, conseqüentemente, a perda do foro aos ex-ocupantes de cargos político-eletivos, orientação firmada pelo STF no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito nº 687, rel. Sydney Sanchez, DJ de 25/08/1997, e que culminou, como todos sabem, com o cancelamento da Súmula nº 394².

Entretanto, ao apreciar a ADI nº 2.797, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/12/2006, o Plenário declarou a inconstitucionalidade das inovações trazidas pela Lei nº 10.628/2002, por vício formal, amparando-se nos seguintes fundamentos, *verbis*:

“(...) 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da

2 Súmula nº 394/STF. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

ADI 5105 / DF

norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.”

Percebe-se, com clareza meridiana, que os fundamentos em que vazada a decisão evidenciam, a mais não poder, a adoção de um *autoritarismo judicial* e um comportamento profundamente *antidialógico*, incompatível com o postulado fundamental da separação de poderes. É óbvio ululante que ao legislador é franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo.

Todavia, essa postura refratária ao *diálogo institucional* não passou despercebida naquele julgamento. O Ministro Eros Grau, a quem sucedi na Corte, e o Ministro Gilmar Mendes discordaram da argumentação desenvolvida, lançando premissas valiosíssimas a serem trasladadas à espécie. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes aduziu, precisamente, que o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade não atinge o legislador, razão por que o espaço de conformação legislativa não pode, em qualquer hipótese, ser considerado “*ato injurioso*” ao Tribunal. Alinhando-se à crítica expendida pelo Min. Eros Grau, asseverou, ainda, Sua Excelência, que o Poder Legislativo é também intérprete autêntico da

ADI 5105 / DF

Constituição, admitindo, expressamente, a possibilidade de, *“eventualmente, superar o entendimento anterior ou provocar um novo pronunciamento da Corte via nova proposta”*.

Interessante registrar, neste particular, que a tese jurídica desenvolvida naquele julgado não se difundiu em controvérsias subsequentes. Ilustrativamente, na ADI nº 3.772, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, chancelou-se a constitucionalidade da Lei federal nº 11.301/2006, que frontalmente colidia com a jurisprudência remansosa do Tribunal acerca do sentido da expressão *“funções de magistério”*, para fins de cômputo de tempo da aposentadoria especial, nos termos do art. 40, § 5º, da Constituição (ADI nº 3.772, red. para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 29/10/2009). Em precedentes anteriores (cito por todos, ADI nº 152, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/03/1992), o Supremo Tribunal Federal afirmou, encampando interpretação estrita, que a docência caracterizar-se-ia pelo exercício de função em sala de aula, entendimento cristalizado, inclusive, na Súmula nº 726³. A seu turno, em hipótese de reação frontal, o legislador infraconstitucional emprestou exegese ampliativa à categoria *“funções de magistério”*, para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores, de modo a albergar aquelas *“exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas”*, aí incluídas *“as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico”*. Destarte, na ADI nº 3.772, o Tribunal, ao reconhecer a validade da Lei nº 11.301/2006, aquiescera com a possibilidade de correção legislativa de sua jurisprudência, ainda quando veiculada pelo legislador ordinário, em comportamento institucional mais aberto dialógico, em franca oposição ao que decidido na ADI nº 2.797.

De igual modo, a promulgação da Lei Complementar nº 135/2010 também se afigura como exemplo de *correção jurisprudencial*, por pretender superar a orientação iterativa do TSE, e corroborada pelo STF

3 Súmula nº 726/STF. Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula.

ADI 5105 / DF

na ADPF nº 144, no sentido de inadmitir o reconhecimento de inelegibilidade sem que houvesse o trânsito em julgado da decisão. Embora tenha negado vigência à Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, no RE nº 633.703, ante a incidência da regra da anualidade eleitoral (CRFB/88, art. 16), esta Corte reconheceu a compatibilidade material da Lei da Ficha Limpa com os imperativos constitucionais, nas ADCs nº 29 e nº 30, e ADI nº 4.578, o que demonstra a ausência de *supremacia judicial em sentido forte* e a abertura dialógica, por parte da Corte, a *correções legislativas* de sua jurisprudência, mesmo que veiculadas em legislação ordinária.

Da análise dos retromencionados arestos, e da postura institucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal em cada um deles, pode-se concluir, sem incorrer em equívocos, que (i) o Tribunal não subtrai *ex ante* a faculdade de *correção legislativa* pelo constituinte reformador ou legislador ordinário, (ii) no caso de *reversão jurisprudencial* via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá, nas hipóteses estritas, de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, e seus §§, da Constituição, e (iii) no caso de *reversão jurisprudencial* por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador. Destarte, *inexiste, descritivamente*, qualquer *supremacia judicial* nesta acepção mais forte.

Por outro lado, do ponto de vista *prescritivo*, tampouco se afigura *desejável* pugnar pela impossibilidade de *definitividade* da interpretação da Constituição pelo STF. Isso porque endossar compreensão que interdite *tout court* ou dificulte sobremodo a prerrogativa de o legislador proceder, *sponte sua*, a *correções* de jurisprudência da Corte seria extremamente antidemocrático, amesquinhando a própria capacidade da política ordinária de se autocorrigir. É prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o

ADI 5105 / DF

sentido da Constituição. Oportuno registrar que o próprio texto constitucional desafia esse entendimento: em *primeiro lugar*, os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade não atingem o Poder Legislativo, a teor do art. 102, § 2º, e art. 103-A, de modo que é perfeitamente possível a edição de emendas constitucionais ou leis ordinárias acerca do assunto objeto do pronunciamento judicial. Ademais, e *em segundo lugar*, o dever de fundamentação das decisões judiciais, *ex vi* do art. 93, IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal, mesmo nas hipóteses de *correção legislativa de sua jurisprudência*, enfrente a controvérsia à luz dos (novos) argumentos expendidos pelo legislador para reverter o precedente. O ponto foi destacado, com maestria, pelos Professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

“(...) não é salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...). É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “*direito de errar por último*”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.

(...)

As decisões do STF em matéria constitucional são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Isso, porém, não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar àquela que foi declarada inconstitucional. Essa posição pode ser derivada do próprio texto constitucional, que não estendeu ao Poder Legislativo os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade (art. 102, § 2º, e art. 103-A, da Constituição). Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos

ADI 5105 / DF

pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse ínterim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento.”

(SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 402-405).

Mais: desconsiderar que as demais instituições, em geral, e o Poder Legislativo, em particular, sejam intérpretes autorizados da Lei Fundamental pode propiciar certa acomodação ou desinteresse nos demais atores em interpretar a Constituição, afastando a gramática constitucional de outros fóruns de discussão, que não as Cortes. Ademais, a perspectiva *juriscêntrica* de hermenêutica constitucional também estimula comportamentos irresponsáveis na conformação da Constituição pelos legisladores, naquilo que o Professor da Universidade de Harvard Mark Tushnet, em sua obra *Weak Courts, strong rights*, intitulou de *desobediência antecipada (anticipatory disobedience)*. Para Tushnet, os legisladores, em um modelo de supremacia judicial [em sentido forte], cientes de que o ônus para aferir a validade de seus atos recairá necessariamente sobre a Suprema Corte, se veem incentivados a editar normas flagrantemente inconstitucionais como estratégia política, postura que não ocorreria, na visão do ilustre Professor, nas hipóteses em que eles tenham completa responsabilidade de seus atos, como nas “*questões políticas*” (TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 101). A despeito de normativamente propugnar por mecanismos mais brandos de controle judicial, o que, antecipo, não se está a defender, penso que as ponderações suscitadas pelo Professor Mark Tushnet se encaixam perfeitamente à espécie.

ADI 5105 / DF

De igual modo, a própria concepção de limitação do poder, ínsita ao sistema de freios e contrapesos, milita em favor de uma pluralização dos intérpretes, e não de um monopólio, do sentido da Constituição, concretizando a ideia de “*sociedade aberta aos intérpretes da constituição*”. Segundo o Peter Häberle, artífice da tese, “*no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado **numerus clausus** de intérpretes da Constituição. (...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la.*” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13). A interpretação e a concretização da Constituição, seguindo essa premissa, não podem ficar adstritas às Cortes, mas, em especial, devem ser realizadas por meio de interações e diálogos entre os diversos atores da sociedade. Se se caminha no sentido de pluralizar a interpretação constitucional, de modo a compreender a Carta da República como um Estatuto Fundamental da comunidade política, seria um retrocesso pintar em fortes tintas a concepção *juriscêntrica* nesta seara. No mesmo sentido, em lição direcionada ao sistema constitucional norte-americano, mas aplicável ao direito pátrio, Louis Fisher preleciona que

*“Judicial review se ajusta ao nosso sistema constitucional porque gostamos de fragmentar o poder. Sentimo-nos mais seguros com *checks and balances*, mesmo quando uma Corte não eleita diz a um legislador eleito ou a um Presidente eleito que eles têm se excedido. Essa mesma preferência por poder fragmentado nega à Suprema Corte a autoridade final e a última palavra para decidir questões constitucionais. Nós não aceitamos a concentração de poder legislativo no Congresso ou de poder executivo no Presidente. Pela mesma razão, não podemos permitir que o poder judicial e a interpretação constitucional residam exclusivamente nas cortes. Nós rejeitamos supremacia em todos os três poderes em razão do*

ADI 5105 / DF

valor superior da liberdade, do discurso, da democracia e do governo limitado.”

(FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 279)

Esse conjunto de críticas à defesa normativa de uma supremacia judicial foi sistematizado, com precisão invulgar, pelo Professor Rodrigo Brandão, em rico e substancioso estudo a respeito da temática, cujo escólio transcrevo, *in verbis*:

“(...) Com efeito, o emprego de justificativa genérica para afirmar a definitividade do que se quer que o STF tenha decidido promove absoluta legitimação *ex ante* de suas decisões, a qual se afigura incompatível com a exigência de justificação da compatibilidade das suas decisões com a Constituição de 1988, que é corolário do dever de fundamentação das decisões tomadas pelas autoridades públicas em uma democracia deliberativa, e, em particular, pelos juízes (art. 93, inc. IX, da CF/1988).

Ademais, caso haja grande dificuldade de reversão das decisões de qualquer instituição política o sistema democrático perde, em boa medida, a sua capacidade de autocorreção, cristalizando decisões equivocadas, ou que, embora certas no momento de sua prolação, tornam-se com o tempo obsoletas ou geram consequências não antecipadas. Sobretudo se tal decisão “definitiva” for da lavra do órgão não sujeito a processos periódicos de aprovação popular, há o risco de ela, ao invés de promover a estabilidade social, estimular a polarização de disputas políticas.

Por outro lado, a difusão do entendimento de que a última palavra na interpretação constitucional é do Judiciário gera um desengajamento dos demais “poderes” e atores privados no processo de interpretação constitucional. Tal perspectiva juriscêntrica, somada à supremacia judicial em sentido material – segundo a qual a interpretação constitucional da Suprema Corte é extremamente difícil de ser revertida – causa problemas

ADI 5105 / DF

de responsividade popular, sobretudo em um contexto de sensível judicialização da política. Explica-se: se virtualmente todas as questões políticas relevantes são judicializadas, a enorme dificuldade da superação das decisões da Suprema Corte torna o órgão de cúpula do Judiciário uma instituição ‘desviante’ em um sistema democrático, pois irá dirimir um grande número de questões politicamente relevantes em relação às quais o povo não terá mecanismo efetivo de correção.”

(BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 279).

Destarte, a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribui com suas capacidades específicas no *embate dialógico*, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas.

Tal entendimento encontra eco no magistério da jurista canadense Christine Bateup, segundo a qual “(...) *esta compreensão de diálogo é também defendida como um meio normativamente desejável para a leitura constitucional ser desenvolvida com o passar do tempo, tanto porque o sistema constitucional americano demonstra uma clara preferência pela limitação de poder, bem como porque este ‘intercâmbio mais intenso’ entre atores iguais resulta em maior interpretação da Constituição ‘vibrante e durável’.*” (tradução livre do original: “(...) *this understanding of dialogue is also supported as a normatively desirable way for constitutional meaning to be developed over time, both because the American constitutional system demonstrates a clear preference for*

ADI 5105 / DF

fragmented power, and because such “vigorous interchange” between equal actors results in more “vibrant and durable” interpretation of the Constitution.”. BATEUP. Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p. 36). No mesmo sentido, Larry Kramer vaticina

“Existe, não obstante, um mundo de diferença entre ter a última palavra e ter a única palavra: entre supremacia judicial e soberania judicial.” (...) daí não segue que a Corte deva exercer sua autoridade sobre toda e qualquer questão ou que, quando o faça, a Corte possa repudiar ou muito rapidamente suplantar os pontos de vista dos outros, ainda mais de instituições democráticas”. [tradução livre do original: “There is, nevertheless, a world of difference between having the last word and having the only word: between judicial supremacy and judicial sovereignty. We may choose to accept judicial supremacy, because we need someone to settle certain constitutional questions and, for a variety of historical and jurisprudential reasons, the Supreme Court seems like our best option. But it does not follow either that the Court must wield its authority over every question or that, when it does, the Court can dismiss or too quickly supplant the views of other, more democratic institutions.”]

(KRAMER, Larry D. We the Court. Harvard Law Review, Vol. 115 (1), 2001, p. 13)

É precisamente sob as lentes desse hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais que a Corte Constitucional deve examinar a presente discussão. Deveras, os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, como não poderiam deixar de ser, vinculam as partes do processo e finalizam uma *rodada procedimental*, mas não encerram, *em definitivo*, a controvérsia constitucional em sentido amplo.

Na verdade, a interpretação dada pela Corte fornece o *input* para que sejam reiniciadas as rodadas de debates entre as instituições e os demais atores da sociedade civil, razão por que deve ser compreendida

ADI 5105 / DF

como *última palavra provisória*. Insta ressaltar que a opção por reconhecer que dinâmica interinstitucional se funda em premissa dialógica e plural de interpretação da Constituição, e não de monopólio e arrogância, afasta qualquer leitura romântica e idealizada das instituições, evitando, bem por isso, o indesejado *fetichismo institucional*, já denunciado por Roberto Mangabeira Unger (MANGABEIRA UNGER, Roberto. *Democracy realized: the Progressive Alternative*. New York: Verso, 1998, p. 25).

Ao assim proceder, este Supremo Tribunal Federal agirá como um “*catalisador deliberativo*”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214).

À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, *prima facie*, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, *superar* a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a *reversão*, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer, assim, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição (*i.e.*, limites formais, circunstanciais e materiais), endossando, em particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.

Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com *presunção de inconstitucionalidade*, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a *correção* do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos

ADI 5105 / DF

fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de *mutação constitucional pela via legislativa*, que se caracteriza, de acordo com o escólio do Professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso, “quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167).

Em outras palavras, **a novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis *in your face*) se submete, a meu juízo, a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso**, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte. Assentados os *standards* de atuação da Corte, passo ao exame da questão de fundo.

II. A INCONSTITUCIONALIDADE DA REAÇÃO LEGISLATIVA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO IDÔNEA A AMPARAR A REVERSÃO JURISPRUDENCIAL. NECESSIDADE DE POSTURA PARTICULARISTA DA SUPREMA CORTE NA DEFESA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS

Ao editar a Lei nº 12.875/2013, o Congresso Nacional, como dito, procurou *superar* o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 4.430 e 4.795, rel. Min. Dias Toffoli. Todavia, a análise da justificação do PL nº 4.470/2012 revela a inaptidão dos fundamentos ali expendidos para legitimar a *reversão* da interpretação fixada pelo Tribunal.

De fato, a Lei nº 12.875/2013 resulta do PL nº 4.470/2012, originado na Câmara, apresentado pelo Deputado Federal Edinho Araújo

ADI 5105 / DF

(PMDB/SP), e que tramitou no Senado como PLS nº 14/2013. Na justificção do PL nº 4.470, o parlamentar, após discorrer sobre aspectos genéricos do regime jurídico dos partidos políticos, pontuou que as regras que disciplinam a distribuição do direito de antena e o acesso ao fundo partidário (Lei nº 9.504/97: art. 47, I, II e §3º) não alcançariam as agremiações criadas no curso da legislatura. Reproduzo, abaixo, excerto que interessa ao caso:

“(...) referidas normas efetivamente não alcançam os casos de migrações partidárias (ainda que por justa causa) que possam ocorrer durante a legislatura e que, assim, afetam a previsibilidade institucional da distribuição do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, causando, com efeito, insegurança jurídica tanto para os partidos políticos existentes, como para aqueles que vierem a existir (novos ou decorrentes de fusão ou incorporação). Aos primeiros, porque mergulham numa batalha entre si; aos segundos, porque não têm certeza do direito em questão e porque submetidos à mesma batalha.

A forma de imprimir segurança institucional e jurídica é regular legal e pontualmente a questão, ou seja, a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, em qualquer hipótese, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. O emigrante, seja qual for seu motivo, não levará consigo os recursos do fundo nem o horário eleitoral. Com efeito, valorizam-se os partidos e evitam-se distorções e casuísmos.

Mediante a regulamentação da matéria, conforme prevê a Constituição (“*Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei*” – CF/88, art. 17, § 3º), ter-se-á a perenidade do partido enquanto instrumento do pluralismo político, permitindo, com segurança, exercer os seus preceitos e fruir do seu resultado das eleições.

O mandamento constitucional, segundo o qual os partidos

ADI 5105 / DF

políticos têm direito aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, estará garantido na distribuição dos 5% (cinco por cento) do fundo partidário, em partes iguais, a **todos** os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, bem na distribuição igualitária, entre **todos** os partidos e coligações, do 1/3 (um terço) do horário reservado à propaganda de cada eleição. Quanto ao migrante, nada lhe será tolhido, eis que assegurada sua prerrogativa do pleno exercício parlamentar.” (grifos no original).

Da leitura da justificção, extraem-se 5 (cinco) fundamentos para legitimar o PL nº 4.470/2012: (i) as migrações que ocorrem durante a legislatura vulneram a previsibilidade institucional na distribuição dos recursos dos fundos partidários e do horário de propaganda, em consequência, (ii) essas alterações gerariam um cenário de insegurança jurídica, (iii) a medida legislativa visa a valorizar os partidos políticos, de modo a evitar disfunções no sistema partidário, (iv) perenidade do partido enquanto instrumento do pluralismo político, e, por fim, (v) o art. 17, § 3º, da Constituição restaria observado com a distribuição equitativa dos 5% dos recursos do fundo partidário e do 1/3 do horário de propaganda eleitoral.

No que respeita ao PLS nº 14/2013, o parecer da lavra do Senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP) também não enfrenta os fundamentos das ADIs, limitando-se a afirmar que “[o PLS] *está perfeitamente amparado, especialmente no § 3º do art. 17, da Constituição Federal.*”. E prossegue o Senador, enfatizando a teleologia subjacente à proposição: “*O que esse projeto se pretende é evitar que as migrações ocorridas no decorrer de uma legislatura possam alterar a distribuição, seja da quota do fundo partidário, seja do tempo de rádio e televisão, para preservar o resultado das urnas. O acesso dos partidos a esses recursos públicos será dependente, única e exclusivamente, da vontade do eleitor, que confere aos diferentes partidos políticos o tamanho de suas bancadas que os representam na Câmara dos Deputados. As migrações que*

ADI 5105 / DF

ocorrerem entre uma eleição e outra não afetam essa distribuição. Basicamente, prestigia-se o princípio do voto popular na determinação da força de cada partido no Congresso Nacional.”.

Todos esses argumentos não são capazes de infirmar, a meu sentir, a tese jurídica fixada nas ADIs nº 4.430 e 4.795. Naquela assentada, o Tribunal asseverou que o art. 17 da Constituição, que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos, tutela, igualmente, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se essa representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura. Confirma-se a bem alentada argumentação do Ministro Dias Toffoli, em seu voto:

“Além das razões acima, para chegar à conclusão do meu voto, tomo ainda por base, em resumo, os seguintes preceitos:

A) a liberdade de criação de partidos políticos (art. 17, CF/88);

B) a paridade constitucional entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação de partidos políticos;

C) a inviabilidade de aplicação do critério do desempenho eleitoral para os casos de criação de novas legendas partidárias;

D) a distinção entre a hipótese de migração direta de deputados federais para partido político novo (criação, fusão e incorporação de partido político) e a hipótese de migração para legenda que já participou de eleições anteriores (justa causa sem perda de mandato).

Como salienta a sempre clássica lição de Giovanni Sartori, o pluralismo político “indica uma diversificação do poder e, mais precisamente, a existência de uma pluralidade de grupos que são ao mesmo tempo independentes e não-inclusivos” (*Partidos e sistema partidários*. Ed. Brasileira. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982. p. 34).

Na atualidade, são os partidos políticos os principais entes pluralistas. Consectárias diretas do pluralismo, as agremiações partidárias constituem fundamento próprio da República

ADI 5105 / DF

Federativa do Brasil, conforme inscrito no art. 1º, V, da Lei Fundamental.

Mereceram, por isso, na Constituição de 1988, atenção e disciplina especial, tendo-se destacado sua relevância no processo eleitoral, estabelecendo-se, inclusive, como condição de elegibilidade a filiação partidária (CF, art. 17).

A Carta da República consagra, ademais, logo na cabeça do art. 17 da Carta Maior, a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, limitada essa liberdade à necessidade de resguardar os valores da soberania popular, do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana. **Vide:**

“Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.” Tal inovação não passou despercebida nos debates da Assembleia Nacional Constituinte. Nas palavras do Deputado Francisco Rossi:

‘Por oportuno, lembramos, nossa proposta contempla a possibilidade da livre criação de partidos. Essa medida, fundamental na construção de uma sociedade democrática e pluralista, harmoniza-se, de forma incontestável, com a criação dos distritos e, nestes, com o voto majoritário e proporcional, elementos essenciais para a ativação do processo de criação de agremiações partidárias.’

(...)

Se o processo eleitoral deve representar o instrumento mediante o qual as diversas e variáveis alternativas políticas,

ADI 5105 / DF

sociais e econômicas são apresentadas ao conjunto de eleitores, que apontarão suas preferências com o exercício do sufrágio, são os partidos políticos, nesse contexto, que viabilizam o aporte de ideias plurais.

Como salienta Fávila Ribeiro, o partido político, em consonância com o postulado do pluralismo político,

“[c]orresponde antes de tudo a uma exigência da democratização do poder político de modo a que se possa refletir a pluralidade de opiniões no ambiente da sociedade, tornando possível o pacífico revezamento das investiduras governamentais aplicando o método da determinação aritmética das tendências majoritárias” (op. cit. p. 222).

Daí a relevância do pluripartidarismo e do estímulo constitucional à formação e ao desenvolvimento das agremiações partidárias como sujeitos do processo eleitoral.

Por outro lado, como já apontava Maurice Duverger, primeiro autor a estudar as influências dos sistemas eleitorais no processo político, é própria da representação proporcional a capacidade de multiplicar o número de partidos, favorecendo a criação de novos e a cisão dos existentes (*Os Partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970).

Extraio, portanto, **do princípio da liberdade de criação e transformação de partidos**, contido no **caput** do art. 17 da Constituição da República, o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, **na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que para ela migraram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos.**

Destaque-se que não se está a falar apenas em liberdade abstrata de criação, no sentido formal de não se estabelecerem obstáculos a sua formação, mas, especialmente, no seu sentido material de viabilizar a permanência e o desenvolvimento dessas novas agremiações.” (grifos no original)

ADI 5105 / DF

Não bastasse, também consta do voto de Sua Excelência, com precisão invulgar, que erigir a *criação* de novos partidos como hipótese caracterizadora de *justa causa* para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas legendas, impõe a conclusão inescapável de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar:

“Com efeito, impedir que o parlamentar fundador de novo partido leve consigo sua representatividade, para fins de divisão do tempo de TV e rádio, esbarra, exatamente, no princípio da livre criação de partidos políticos, pois atribui, em última análise, um **desvalor ao mandato do parlamentar que migrou para o novo partido, retirando-lhe parte das prerrogativas de sua representatividade política**. Restaria, em evidência, desestimulada a criação de novos partidos, em especial por parte daqueles que já ocupam mandato na Câmara Federal.

Ressalte-se, ademais, que a liberdade de criação de agremiações foi prevista, constitucionalmente, ao lado da liberdade de fusão, de incorporação e de extinção de partidos. Recebeu, portanto, o mesmo patamar constitucional dos direitos de fusão e incorporação, cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar essa equiparação do sistema constitucional.

Sendo assim, diante da explicitação operada pelo § 4º do art. 47 da Lei das Eleições de que “o número de representantes de partido que tenha resultado de fusão ou a que se tenha incorporado outro corresponderá à soma dos representantes que os partidos de origem possuíam na data mencionada no parágrafo anterior”, deve-se aplicar entendimento semelhante em relação à hipótese de criação de novo partido, de forma a preservar a paridade constitucional entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação de partidos políticos.

(...)

(...), esta Suprema Corte, confirmando o posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1.398/DF, de

ADI 5105 / DF

27/3/07, e alterando o entendimento consolidado no MS nº 20.927, de 1989, consagrou o **princípio constitucional da fidelidade partidária**, entendendo que a troca de partido por parlamentar eleito por dada agremiação enseja a essa o direito de reaver o mandato perdido, em face da caracterização da infidelidade partidária, de forma que as modificações de legendas resultam, em consequência, na perda do mandato. (MS nº 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MS nº 26.604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia ; MS nº 26.890/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Por outro lado, foram fixadas justas causas aptas a legitimarem a mudança de legenda e, **dentre essas causas, sobressaem, exatamente, o nascimento de novo partido político legalmente constituído no Estado pluripartidário brasileiro e a fusão ou a incorporação de partidos.**

(...)

Com efeito, se o parlamentar resolve participar da criação de nova legenda ou migrar para novo partido, tudo com a chancela deste Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, e em consonância com o pluralismo político e a liberdade de criação de partidos, não há que se falar em **infidelidade partidária**.

Prestigiando a Constituição da República, o pluralismo político e o nascimento de novas legendas, não é consonante com o espírito constitucional retirar dos parlamentares que participarem da criação de novel partido a representatividade de seus mandatos e as benesses políticas que deles decorrem. Fazer isso seria o mesmo que dizer que **os parlamentares que migram para uma nova legenda mantêm o mandato mas não mais carregam, durante toda a legislatura seguinte, a representatividade que lhes conferiram seus eleitores.**

Desse modo, não há “autêntica” liberdade de criação de partidos políticos se não se admite que os fundadores de uma nova agremiação que detenham mandato parlamentar possam contar com sua representatividade para a divisão do tempo de propaganda. Permitir que isso ocorra significa desigualar esses

ADI 5105 / DF

parlamentares de seus pares.

Cumpra observar, ademais, que a Lei das Eleições fins de verificação da representação do partido (art. 47, § 3º, da Lei 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda. Essa limitação somente faz sentido quando aplicada aos partidos políticos que já tenham participado de eleição e não tenham logrado eleger representantes na Câmara dos Deputados. Situação bastante distinta é a daqueles partidos políticos criados após finda a eleição e que, por óbvio, dela não participaram.

(...)

O resultado de eleição anterior não pode ter o efeito de afastar, para pleito eleitoral diverso, a representatividade adquirida por partido novo, que, evidentemente, não tomou parte do referido pleito. Aqui o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém criado.

(...)

Se por um lado, a legenda ainda não participou da eleição, afastar a aplicação do inciso II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97 seria conferir ao partido novo, que já nasce e conta com parlamentares, o mesmo tratamento conferido aos partidos já rejeitados pelo voto popular e que, por isso, não contam com representação na Câmara Federal. Situações que, no meu sentir, não se equiparam.

(...)

(...) não faz a Lei Maior distinção em relação ao momento em que é auferida a representação pela agremiação partidária, se resultante da eleição ou de momento posterior. A Carta Maior exige a representação, mas não faz nenhum tipo de restrição em relação ao momento em que o partido a adquire. Sendo assim, não poderia fazê-lo o legislador ordinário nos casos de criação, fusão e incorporação, haja vista o princípio da liberdade de criação e transformação dos partidos políticos

ADI 5105 / DF

contido no caput do art. 17 da Constituição Federal.

(...)

Não há razão, portanto, para conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão, já que ambas as possibilidades detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema.

(...)

Por todas essas razões, reputo constitucional a interpretação que reconhece aos partidos criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados o direito à devida proporcionalidade na divisão do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão prevista no inciso II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, devendo-se considerar, para tanto, a representação dos deputados federais que, embora eleitos por outros partidos, migrarem direta e legitimamente para a novel legenda na sua criação.

Essa interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos (art. 17, caput, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro.” (todos os grifos no original)

Na espécie, a justificação do projeto de lei se limitou a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator, e corroborado pelo Plenário.

Consoante afirmado, não se afigura legítima a edição de leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (leis *in your face*), sem que o legislador se desincumba do ônus de trazer aos autos novos argumentos, bem como de demonstrar o desacerto do posicionamento da Corte em razão de

ADI 5105 / DF

mudanças fáticas ou axiológicas, tomando como parâmetro, por óbvio, a mesma norma constitucional. Na lição irretocável de Rodrigo Brandão:

“Já no caso de o Congresso Nacional ter aprovado lei ordinária superadora de interpretação constitucional do STF, competirá ao primeiro trazer novas razões que convençam o STF do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático, à luz do mesmo texto constitucional. A bem da verdade, *lei contrária à jurisprudência constitucional do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade*, já que o ônus de demonstrar, argumentativamente, que tal com norma constitui a melhor forma de concretizar a Constituição pesa sobre os ombros do legislador, por ela conflitar com o entendimento atual da Suprema Corte, a quem compete, segundo a Constituição de 1988, atuar como Guardiã da Constituição, e apresenta, a princípio, maior capacidade institucional para fazê-lo com independência da política partidária. Somente na hipótese de o STF se convencer da pertinência dos novos argumentos trazidos pelo legislador haverá mutação constitucional por iniciativa do legislador, implementando-se a alteração informal da Constituição.”.

(BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 279).

In casu, a situação de inconstitucionalidade se agrava porquanto a decisão se ancorou em sólida construção argumentativa calcada em cláusulas pétreas (e.g., pluralismo político, liberdade de criação de partidos políticos, tutela das minorias partidárias etc.). Ora, se o exame de validade da lei superadora se submete, *prima facie*, a escrutínio severo e estrito de constitucionalidade, de forma a exigir do legislador a demonstração de inadequação do precedente à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas, este ônus é imposto, *a fortiori*, nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal assenta a inconstitucionalidade com espeque

ADI 5105 / DF

em cláusulas pétreas.

Referida conclusão em nada contradiz as premissas anteriormente lançadas em meu voto, mas, antes, as confirma. Reitera-se ser possível, em tese, que o legislador ordinário, enquanto não atingido pelos efeitos vinculantes, proceda a *correções jurisprudenciais*, mas, precisamente porque em oposição ao posicionamento da Corte, nasce com *presunção relativa de inconstitucionalidade*, característica que se reforça se a orientação fixada amparar-se nos limites materiais do art. 60, § 4º, IV, da Lei Fundamental. Em erudito estudo sobre os diálogos institucionais no Direito Tributário, com densa e profunda análise das correções legislativas jurisprudenciais no direito comparado e nacional, o jurista Gustavo Gama Vital de Oliveira, perfilhando o mesmo entendimento ao aqui esposado, salienta:

“(...) fato de a CRFB/1988 não estender ao Poder Legislativo o efeito vinculante das decisões proferidas nas ações de controle concentrado e na hipótese da súmula vinculante (art. 102, § 2º e art. 103-A) não pode conduzir o legislador a utilizar de forma abusiva a prerrogativa de editar leis infraconstitucionais que busquem modificar a interpretação constitucional do STF. Tal prerrogativa deve ser exercida apenas em determinadas situações especiais.

Os aportes da doutrina do diálogo constitucional podem conduzir à conclusão de que, em determinadas circunstâncias específicas, o legislador poderia superar com êxito, por meio de lei infraconstitucional, a maneira como o tema foi definido pela jurisprudência constitucional, sem a necessidade de alteração do texto por meio de emenda constitucional.”

(OLIVEIRA, Gustavo Gama Vital de. *Direito Tributário e Diálogo Constitucional*. Niterói: Impetus, 2013, p. 138)

Por tais razões, a inconstitucionalidade chapada da nova legislação é autoevidente. Há mais, porém.

ADI 5105 / DF

Além dos argumentos até aqui aduzidos, acredito que o reconhecimento da invalidade jurídico-constitucional das normas inseridas na Lei nº 12.875/2013 se impõe como forma de salvaguardar as condições de funcionamento das instituições democráticas. Justamente por isso, a restrição imposta pela lei às novas legendas criadas no curso da legislatura justifica a adoção de uma postura mais incisiva da Suprema Corte: cuida-se de exemplo acadêmico de hipótese em que *os donos da bola* procuram inviabilizar os canais de acesso e de participação *daqueles* que estão *fora* do jogo democrático.

Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. É esse o valioso escólio de John Hart Ely, em clássica obra da teoria constitucional *Democracy and Distrust*,

“A abordagem ao controle de constitucionalidade que se sustenta aqui é similar àquilo que pode ser rotulado de sistema ‘antitruste’ no campo econômico, em oposição ao sistema dito ‘regulatório’ – em vez de ditar resultados substanciais, o modelo ‘antitruste’ apenas intervém quando o ‘mercado’, no nosso caso o mercado político, não está funcionando bem. (...) Nosso governo não pode ser considerado em mau funcionamento simplesmente porque gera, em alguns casos, resultados com o quais discordamos, qualquer que seja a intensidade dessa discordância (...). Em uma democracia representativa, determinações valorativas devem ser feitas por nossos representantes eleitos e, se a maioria de nós desaprovar, podemos tirá-los do poder nas próximas eleições. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece confiança, quando (1) os de dentro estão bloqueando os canais de

ADI 5105 / DF

mudança política de modo a assegurar que continuarão no poder e que os de fora continuarão aliados, ou (2) quando, embora ninguém seja, a rigor, excluído do processo, os representantes vinculados às maiorias estejam sistematicamente prejudicando alguma minoria por conta de simples hostilidade ou recusa preconceituosa do reconhecimento de interesses comuns, e, assim, negam àquela minoria a mesma proteção assegurada a outros grupos pelo sistema representativo. (tradução livre) [Do original: “*The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called an ‘antitrust’ as opposed to a ‘regulatory’ orientation to economic affairs – rather than dictate substantive results it intervenes only when the ‘market’, in our case the political market, is systemically malfunctioning. (...) Our government cannot fairly be said to be ‘malfunctioning’ simply” because it sometimes generates outcomes with which we disagree, however strongly (...). In a representative democracy value determination are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the process is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representative beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simply hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by representative system”]*

(ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980, p. 102-03)

Sem dúvidas, a discussão acerca dos critérios de distribuição dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral encerram importantes ferramentas de viabilização e desenvolvimento dessa engenharia democrática, impactando decisivamente no prélio eleitoral. Não se objeta que, com a imposição de severas limitações ao fundo partidário e ao direito de antena, as novas agremiações serão

ADI 5105 / DF

alijadas, no curto prazo, do processo político grupos minoritários. E, na medida em que visa a proteger as condições de funcionamento democrático, a atuação mais incisiva do Supremo Tribunal Federal não amesquinha, mas antes fortalece a empreitada democrática. Colho-me, aqui, mais uma vez, os valiosos ensinamentos dos Professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *verbis*:

“O Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia, que podem ser ameaçadas pelos grupos detentores do poder político. Há direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas da oposição. As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses, devem merecer um escrutínio estrito do Poder Judiciário. Aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas a seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento.”

(SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In.: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103-104)

Oportuno registrar que o Min. Gilmar Mendes manifestou similar preocupação, no julgamento do MS nº 32.033, que impugnava a tramitação do PL nº 4.470/2012, aprovado na Câmara, e o PLS nº 14/2013, que se encontrava em regime de urgência no Senado Federal. A despeito de vencido quanto ao mérito do *mandamus* – porquanto a maioria do Tribunal, acompanhando divergência inaugurada pelo Ministro Teori Zavascki, entendeu pela inadmissibilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei –, Sua Excelência, com a percuciência que lhe é peculiar, anotou

ADI 5105 / DF

“O casuísmo da aprovação do PLC 14/2013, após a referida decisão do Supremo, exatamente no momento em que forças políticas minoritárias mobilizavam-se para a criação de partidos novos, os quais certamente contariam com a adesão de parlamentares eleitos, significa um bloqueio dessa mesma mobilização, em razão da frustração das expectativas nutridas pelos atores políticos envolvidos. Isso tem o condão de desrespeitar o direito das minorias de livremente associarem-se politicamente, por meio de manobra que eleva sobremaneira os ônus relacionados à liberdade de criação de legendas. E o faz de modo desrespeitoso, por um lado, ao princípio da isonomia e da igualdade de chances, visto que visa a tratar distintamente grupos políticos que merecem igual consideração, em especial no curso de uma mesma legislatura; e, por outro lado, a aprovação do PLC 14/2013 significaria um duro golpe contra o Estado de Direito, corporificado em afronta ao princípio da segurança jurídica, que deve nortear todo o processo democrático, sobretudo em sua modalidade de proteção à confiança legítima, uma vez que os grupos políticos mobilizavam-se para a criação de novos partidos, ancorados em pronunciamento recentíssimo do Supremo Tribunal Federal deste país (ADI 4.430).

(...)

O ponto é que uma das principais características da jurisdição constitucional – e que, por isso mesmo, torna-se parte de sua essência – é funcionar como uma espécie de garante das condições mínimas da democracia. Esse tipo de atuação das Cortes constitucionais e das Supremas Cortes é consensual, aceito e prestigiado até pelos mais fervorosos críticos do chamado ativismo judicial.

Por essa razão, a garantia do exercício dos direitos fundamentais e democráticos de participação política está intrinsecamente ligada à própria regularidade do processo democrático, e a atuação da jurisdição constitucional nessa seara revela-se de extrema importância sempre que haja lesão

ADI 5105 / DF

ou ameaça de lesão a tais direitos. Desde a publicação da obra de John Hart Ely (*Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.), compreende-se que a proteção do funcionamento regular do processo democrático é a principal função da jurisdição constitucional e, portanto, também desta Suprema Corte.

(...)

Nesse sentido, a concessão da medida liminar no presente mandado de segurança nada mais fez do que aplicar normas constitucionais, para garantir a regularidade do processo democrático e assegurar o respeito aos direitos das minorias políticas, que estavam sendo violados pela maioria parlamentar.”

Embora tenha me filiado à maioria que se formou naquele julgamento, por não admitir controle preventivo material de projeto de lei, reputo que os argumentos substantivos externados pelo Ministro Gilmar Mendes podem ser importados integralmente à espécie. Deveras, tais regras ensejam o asfixiamento da mobilização política envolvida na criação de novos partidos, na medida em que a viabilidade e o desenvolvimento de um partido político não prescindem, dentro de nosso modelo normativo, do acesso ao fundo partidário e à propaganda eleitoral gratuita.

Esse cenário coloca uma questão de *sinceridade e realidade institucional*, que poderia ser resumida em uma pergunta direta e imediata: é factível confiar *única e exclusivamente* aos grupos detentores do poder político a prerrogativa de reformulação, *livres de quaisquer balizamentos*, das regras concernentes à distribuição dos recursos do fundo partidário e do direito de antena, estabelecendo severas restrições ao acesso dessas prerrogativas às novas legendas criadas no curso da legislatura? A resposta é, a meu juízo, negativa. Neste sentido, Oscar Vilhena Vieira bem adverte que

ADI 5105 / DF

“Não serão os próprios representantes os mais indicados para corrigir esses problemas de mau funcionamento democrático. Exemplo disso é o caso da sub-representação dos cidadãos dos Estados mais populosos no Brasil. Esperar que o Congresso – fruto dessa distorção e beneficiário da mesma – a corrija é esperar que a maioria dos parlamentares lute contra seus próprios interesses. Este é um caso típico onde a resolução do problema e o conseqüente fortalecimento da democracia devem sair de fora do sistema representativo.”

(VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 216)

Diante disso, devem ser repudiadas visões idealizadas de democracia que desconsiderem a posição de *interesse* da instância decisória. O deslinde de controvérsias de natureza política não pode abster-se da análise de qual *agente* investido do maior grau de *imparcialidade* e *neutralidade* está apto para apreciar a matéria. No caso, é evidente que há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional, algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Precisamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no afã de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia. Assim, eventual objeção democrática não desautoriza a intervenção judicial, visto que o exercício da jurisdição constitucional, na espécie, milita em favor do regime democrático. E, neste ponto, oportuno, mais uma vez, transcrever a lição de Ely, ainda que originalmente endereçada à realidade norte-americana, *verbis*:

ADI 5105 / DF

“Obviamente nossos representantes eleitos são as últimas pessoas em que devemos confiar em qualquer dessas situações [de mau funcionamento do sistema político]. Juízes não-eleitos, porém, estão fora do sistema representativo e apenas precisam se preocupar com sua continuidade no cargo de forma muito oblíqua. Isso não lhes confere nenhum acesso privilegiado aos valores genuínos do povo norte-americano: de fato, eles não o detêm. Isso, contudo, os coloca em uma posição objetivamente neutra para avaliar – embora ninguém possa supor que tais avaliações serão axiologicamente neutras – acusações de que, tanto pelo bloqueio dos canais de mudança ou pela atuação concertada com maiorias tirânicas, nossos representantes eleitos não estão, de fato, representando os interesses daqueles que o sistema político pressupõe que estejam. [Do original: “*Obviously our elected representatives are the last persons we should trust with identification of either of these situations. Appointed judges, however, are comparative outsiders in our governmental system, and need worry about continuance in office only very obliquely. This does not give them some special pipeline to the genuine values of the American people: in fact it goes far to ensure that don’t have one. It does, however, put them in a position objectively to assess claims – though no one could suppose the evaluation won’t be full of judgment calls – that either by clogging the channels of change or by acting as accessories to majority tyranny, our elected representatives in fact are not representing interests of those whom the system presupposes they are*”.] “

(ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. op. cit., p. 103)

Por esses motivos, entendo que a *reação jurisprudencial*, materializada na Lei nº 12.875/2013, ao subtrair dos partidos novos, criados no curso da legislatura, o direito de antena e os recursos do fundo partidário, remanesce eivada do vício de inconstitucionalidade, na medida em que, além de o legislador não ter logrado trazer novos e consistentes argumentos para infirmar o pronunciamento da Corte, referido diploma inviabiliza, no curto prazo, o funcionamento e o desenvolvimento de

ADI 5105 / DF

minorias político-partidárias, em flagrante ofensa aos postulados fundamentais do pluralismo político, e da liberdade partidária, insculpidos no art. 17, *caput*, e § 3º, da Constituição de 1988.

Ex positis, voto pela procedência total dos pedidos deduzidos, a fim de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite uma consideração?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Claro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tendo em vista exatamente a plenitude, a completude do voto de Vossa Excelência, eu me lembro de que, no debate que nós travamos, tendo por pano de fundo a questão da alteração do Código de Processo Penal, a Ação Direta nº 2.797, o ministro Pertence insistia na tese de que antes até de uma inconstitucionalidade material haveria inconstitucionalidade formal - Vossa Excelência já o relatou. E o ministro Eros e eu nos batemos em sentido contrário, apostando até mesmo na necessidade desse diálogo institucional. O que poderia sempre haver era uma inconstitucionalidade material, que houvesse o confronto com a Constituição. E, aí, aduzíamos o argumento que Vossa Excelência acaba de mencionar, de que não foi por acaso que o próprio constituinte cuidou de disciplinar o efeito vinculante, mas ressaltar do efeito vinculante o legislador, porque, do contrário, isso levaria a um engessamento de todo o sistema de interpretação.

E o ministro Pertence, inclusive, depois, isso acho que gerou confusão na elaboração. Mas, no debate, nas anotações decorrentes do debate oral, Sua Excelência reconheceu que, de fato, teria que ceder o argumento quanto à inconstitucionalidade formal, o exame seria sempre quanto à inconstitucionalidade material. Foi essa a percepção.

E nós temos inúmeros exemplos, alguns que sequer foram judicializados. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal tentou, à época,

ADI 5105 / DF

acredito, propôs, no processo constituinte, uma modulação de efeitos na Constituição, na linha do modelo português. Há registros de uma emenda proposta pelo saudoso, depois colega nosso, ministro Maurício Corrêa. Ele apresentou essa proposta, que foi rejeitada no âmbito da Constituinte. Depois, veio essa alteração, tendo em vista até percepção de necessidade, na Lei nº 9.868, no art. 27. E, a despeito das críticas que se fazem, não há dúvida de que esse é um instrumento importante.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, mas está sob o crivo da apreciação da sua constitucionalidade aqui no Supremo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas ...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Houve ajuizamento de ação direta pelo Conselho Federal da OAB.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Houve, não, mas eu não estou infirmando ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não estou dizendo, mas ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu vou estabelecer as premissas teóricas sobre vários ângulos. E depois vou eleger uma premissa teórica que me conduz à solução do voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Claro.

Digo, então, esse argumento da inconstitucionalidade formal, acredito, dificulta sobretudo na distância no tempo das mudanças que vão-se perpetrando, que, às vezes, o legislador capta no diálogo com a própria sociedade e faz o tipo de antecipação.

ADI 5105 / DF

Lembrávamos aqui, ministro Celso estava chamando a atenção para uma decisão da Suprema Corte, ao tempo de Rehnquist, não é?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, **ao julgar** o caso *Dickerson v. United States* (2000), **reconheceu**, por 7 (sete) votos a 2 (dois), **consoante ressaltam** os que comentaram essa importante decisão, que “*Congress may not override judicial interpretations of the Constitution*”, **vindo a manter**, em consequência, **o precedente** que aquele Tribunal **firmara**, em 1966, no caso “*Miranda v. Arizona*”.

No **juízo** do caso *Dickerson v. United States*, a corrente majoritária foi liderada **pelo então** Chief Justice William Rehnquist que assim concluiu o seu voto: “*In sum, we conclude that Miranda announced a constitutional rule that Congress may not supersede legislatively. Following the rule of stare decisis, we decline to overrule Miranda ourselves*” (grifei).

É importante assinalar, neste ponto, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar** a ADI 2.797/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, **advertiu** que o legislador ordinário **não pode**, **a pretexto de editar lei interpretativa** da Carta Política, “*opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição*” (grifei), **sob pena** de usurpação, **por parte** do Congresso Nacional, da função desta Corte Suprema como “*intérprete final da Lei Fundamental*”.

Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal, **ênfatizando** a sua condição institucional **que lhe permite exercer**, soberanamente, o monopólio da última palavra em interpretação constitucional, **concluiu** pela impossibilidade jurídica de o Congresso Nacional, mediante lei, **reformular** exegese do texto constitucional **firmada** por esta Corte Suprema:

“(...) admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação

ADI 5105 / DF

constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames (...).”

(ADI 2.797/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A própria Constituição é omissa.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ela é taxativa quando vincula administração ao Poder Judiciário.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Foi exatamente isso que me instigou a fazer uma abordagem sobre vários ângulos para que pudéssemos eleger uma dessas premissas para a solução do caso concreto, quiçá de outros.

Mas, qualquer maneira, nessa digressão, estou demonstrando que houve uma evolução jurisprudencial: num primeiro momento, uma reação a essa correção legislativa da jurisprudência e, num segundo momento, a possibilidade desse diálogo constitucional, desde que respeitados alguns parâmetros constitucionais, os quais ainda vou mencionar. Então, tenho a impressão de que ainda vou animar mais o debate no prosseguimento do voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Só mais uma breve consideração. Veja que a própria crise do *New Deal*, que levou Roosevelt a pensar no célebre pacote da Corte, na verdade, dá-se um desfecho ou

ADI 5105 / DF

mudança da composição da Corte.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Que acaba aderindo ao *New Deal*.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Que acaba aderindo ao *New Deal*. Mas as alterações dar-se-ão no plano legislativo: leis ou determinações, que até então eram consideradas inconstitucionais, passaram a ser consideradas constitucionais, em função da mudança da concepção da própria Corte.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Tudo indica que o denominado "*Court-reform bill*" (também conhecido como "*Court-packing plan*"), submetido ao Congresso dos Estados Unidos no início do segundo mandato do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de ampliar, para 15 (quinze) membros, a composição numérica da Suprema Corte americana, somente deixou de ser considerado pelo fato de o Justice Owen J. Roberts, reformando o seu voto em determinado julgamento ("*West Coast Hotel Co. v. Parrish*"), haver levado aquele Alto Tribunal, em 1937, a inclinarse em sentido diametralmente oposto à jurisprudência então consolidada sob o influxo do precedente firmado no caso "*Lochner v. New York*" (1905), propiciando, desse modo, uma radical transformação do pensamento que dominava, até aquele momento, o Tribunal Supremo dos EUA, culminando por encerrar a chamada "*Lochner era*", do que resultou a confirmação, ainda que por exígua maioria, da validade constitucional de certo diploma legislativo que, editado pelo Estado de Washington no contexto do "*New Deal*", estabelecia o valor do salário mínimo.

Essa súbita (e estratégica?) mudança de posição motivou o Professor Thomas Reed Powell, de Harvard, a cunhar uma expressão que se tornou célebre: "*A switch in time that saved Nine*".

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA (OAB 023167DF)**
E **OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ministro **Fux**, entre outros fundamentos – sem desprezar o histórico que eu desenvolvi no voto a respeito da razão de esse sistema ter sido criado a partir da década de trinta, fruto da Revolução de 1930 e fruto do movimento tenentista da década de vinte -, nós temos um dado objetivo: quando eu trouxe a ação direta, nas Eleições de 2010, 90% dos eleitores haviam votado em candidatos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E não em partidos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Só 10% votaram em legendas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Bom, esse argumento é fantástico.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

90% votaram em pessoas e não em partidos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Deixe-me só prosseguir, senão eu vou acabar me alongando.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, mas só para trazer esse dado, que é exatamente nessa toada que Vossa Excelência está trazendo seu voto.

A grande discussão que nós temos que fazer - e dialogava agora com

ADI 5105 / DF

o Ministro **Gilmar Mendes** -, é que nós temos que proceder a uma reforma política e eleitoral muito mais ampla, porque, em todas essas leis e decisões, seja a decisão da fidelidade, seja a decisão da cláusula de barreira, em todas essas decisões, nós estamos remendando um projeto que se esgotou no tempo, que foi estabelecido em razão da Revolução de 1930, numa conjuntura histórica que não existe mais. Nós estamos a sustentar esse sistema eleitoral num modelo de sociedade do Século XXI. Então, essas são as perplexidades diante das quais nós estamos.

Vossa Excelência ainda não concluiu o voto, mas, corroborando o pensamento de Vossa Excelência, muito mais do que ficar fazendo remendos e idas e vindas, eu penso que é necessário propiciarmos a devida estabilidade, de acordo com o que existe hoje, para uma grande discussão futura.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E para acrescentar a esse dado importantíssimo que Vossa Excelência trouxe, porquanto nós podemos até admitir uma reação legislativa, dependendo dos fatos e dos fundamentos de Direito, mas nós já vimos aí que, pelos fundamentos de fato, é absolutamente absurdo não se conferir representatividade ao parlamentar, que foi ele eleito e não a legenda; Vossa Excelência ainda destaca, com muita precisão, no meu modo de ver, no seu voto.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite um aparte a Vossa Excelência e ao ministro Toffoli, que está sendo objeto da ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, quando o voto é bom, a gente reitera, porque vale a pena.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, mas eu digo, porque Vossa Excelência está lendo o voto do ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ah, sim, é um aparte bifronte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É isto.

Esse eu acho que é o ponto que pode suscitar discórdia, porque o argumento - acho que a ministra Cármen inclusive expendeu - é que o critério - mas, é claro que nós podemos ter visões diferentes. Estou confortável até para debater, porque acompanhei o voto do ministro Toffoli às inteiras e, hoje, mais do que em dúvida, me encontro convencido do argumento contrário - que o legislador adota e que era razoável, era o critério de se aferir no momento em que o partido obteve o mandato, porque esse argumento do ministro Toffoli é muito sério. Mas há pesquisas mostrando que, dois anos depois, o eleitor sequer se lembra em quem votou nas eleições proporcionais, dados preocupantes, o que mostra uma certa desidentificação, especialmente no que diz respeito às eleições proporcionais, para não falar na distorção que ocorre em função do conceito eleitoral, que faz com que a eleição se dê por métodos também aritméticos, por conta de margem de cálculo. Então, parece

ADI 5105 / DF

bastante razoável o argumento de que o critério há de ser aferido no momento da eleição. Quer dizer, aquele que realmente foi chancelado, porque, se há uma presunção, é essa decorrente da democracia direta, tanto quanto ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, então, deixamos em segundo plano a representação do partido político, no que, a teor do disposto na Constituição, é importante para saber-se da composição da Mesa e também da composição das Comissões.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim. Exatamente, mas isso é levado em conta tendo em vista os mandatos originariamente obtidos.

Veja que nós estávamos numa situação tal, os fatos acabaram - estava reportando isso ao ministro Celso - que, nesse processo de engenharia de criação de partidos, por pouco, não tivemos a criação de um segundo partido, que se fundiria com um primeiro, sem nunca ter disputado uma eleição. E que tenderia a crescer substancialmente, levando esse elemento da portabilidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas, na verdade, isso é um fenômeno da democracia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Fica difícil admitir a criação de novo partido, admitir a migração, e não se ter as consequências jurídicas desses atos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas o legislador aqui, neste caso ...

ADI 5105 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Agora só um aparte, Excelência, porque esse dado é importante. Isso, eu achei interessante aqui, porque a própria Suprema Corte já se debruçou sobre isso, estabelecendo: por outro lado, foram fixadas justas causas aptas a legitimarem a mudança de legenda. E, dentre essas causas, sobressaem exatamente o nascimento de um novo partido político, legalmente constituído no Estado pluripartidário brasileiro, e a fusão e incorporação de partidos. Com efeito - como disse o Ministro Marco Aurélio agora -, se o parlamentar resolve participar da criação de nova legenda ou migrar para novo partido, tudo com a chancela deste Supremo Tribunal Federal e do TSE, em consonância com o pluralismo político e liberdade de criação, não há que se falar em fidelidade partidária, eu acho que isso é um fenômeno da democracia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O sistema não fecha, porque o parlamentar migra, passa a representar certo partido, e o partido pretérito fica com benefícios ligados ao tempo de televisão e ao fundo partidário?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Esse argumento comporta um contra-argumento. O parlamentar foi eleito por uma dada linha ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Com todo o suporte do partido anterior.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, a legitimação originária e agora os fenômenos que, às vezes, são os mais diversos ...

ADI 5105 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sou simpático, Ministro, digo que sou simpático à Lei, mas tenho dificuldades para endossá-la, tendo em conta o sistema. Sou simpático a tudo que iniba...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas estou dizendo exatamente isso, quer dizer, ele se apresentou ao público por uma dada legenda, muitas vezes, coberto por uma dada ideologia; muda para uma posição às vezes contraposta. Por isso, disse que, nesse cálculo, deveria estar inserido o risco.

Talvez, o debate que o legislador tentou instaurar, na verdade aumentou o tempo, quando ele subiu de 1% o critério de distribuição na lei anterior para 5%. Talvez, aqui se pudesse discutir esse critério, mas acredito que os dois argumentos são igualmente consideráveis.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Estou colocando os argumentos para debate.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Porque um partido elegeu quarenta parlamentares, apresentando-se aos eleitores, em termos nacionais, com uma dada mensagem, vamos dizer que de oposição. Agora, por um fenômeno de cooptação, uma maioria desses partidos, e eu estou descrevendo um quadro que ocorreu, vai para um partido de situação. Veja, quer dizer, é preciso que haja regras que envolvam algum tipo de risco nesse processo. Claro, podemos dizer, mas é insuficiente o critério adotado, talvez de 5%, que agora foi aumentado, em relação ao - o doutor Odim até chamava atenção - critério anterior, que era de 1%, com distribuição geral.

ADI 5105 / DF

Mas, veja que os argumentos são, no mínimo, equivalentes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro Gilmar, eu até admito que os argumentos sejam equivalentes se nós estivéssemos num caso virgem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Confesso, Presidente, ser simpático a qualquer normatização que iniba a troca de camisas. Mas há sistema que preciso observar, o sistema constitucional, inclusive o da razoabilidade. Não posso conceber que o Estado dê com uma das mãos e tire com a outra.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, e o que é pior, o próprio Supremo, porque, se isso fosse um caso, vamos dizer assim, inédito, nós poderíamos fazer essa ponderação, mas nós estamos tratando de uma lei que já nasce com o germe da presunção de inconstitucionalidade, porque ela viola uma decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, sem trazer nenhuma novidade, ou seja, no meu modo de ver, sem qualquer, digamos assim, retorno ao passado, na verdade, é o que o Ministro Sepúlveda Pertence mencionou naquela oportunidade: isso é um atentado à dignidade da jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

Bom, e aí eu continuo aqui. Já há, digamos assim, como já há um certo consenso de que é possível, não é infidelidade, eu não quero continuar plagiando aqui o Ministro Dias Toffoli, mas estou transcrevendo, e, no final, eu destaco alguns trechos, dentre outros, por último, para não roubar-lhe a autoria, mas eu também tenho uma pequena participação na elaboração desse voto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Participação plena, Ministro Luiz Fux.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - No caso do mandado de segurança, meu argumento básico era da lei casuística, porque, na verdade, começou o processo de criação de partidos mediante iniciativa junto à Justiça Eleitoral. Veio a nossa decisão. E, em seguida, aquele projeto que, agora, resultou em lei, fechava. E eu disse: até admitimos, para a próxima legislatura, essa alteração, mas ela não deveria afetar a tramitação. No fundo, era inclusive uma lei de caráter casuístico para afetar, impactar na criação da chamada "Rede Sustentabilidade". Tanto é que o mandado de segurança foi impetrado pelo PSB, porém, apontava como atingido diretamente esse Partido. Então, o debate foi sobre o casuísmo do projeto, em relação às agremiações que estavam se...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, mas eu também não estou trazendo esse argumento...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, mas é isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - ... para, eventualmente, colocar Vossa Excelência como ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. Não. Mas eu digo, assim, ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu estou citando ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. Mas é importante.

ADI 5105 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - ... como parâmetros de casos julgados, enfim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É. Tanto é que trouxe aqui, porque, em relação inclusive ao voto que proferi acompanhando o ministro Toffoli, estou realmente fazendo *mea culpa* e dizendo que a mim, parece-me que - depois vou entrar nessas questões - os fatos e prognoses que hoje estão disponíveis para todos nós, em função da evolução desse quadro partidário, veja, nós chegamos agora, no TSE, ao registro de 35 agremiações partidárias, não é isso?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não existe parlamento no mundo com o número de partidos políticos que há no Brasil, 28. Não há, no mundo, um parlamento com tantos partidos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E o ministro Toffoli prognostica que o sonho de todo parlamentar é ter um partido que possa chamá-lo de seu.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - No sentido de quase propriedade, não é, não no sentido de identificação com a linha programática. Portanto, o sonho do parlamentar, diz Sua Excelência - acho que com toda a razão e com convivência que tem no Direito Eleitoral -, é ter um partido. Logo, ainda que seja aquilo que o Marco Maciel chamava de "unoria", portanto, um parlamentar, não é, quer dizer, ao lado das minorias representadas, ele quer ter esse domínio do partido.

Ora, então, é preciso que haja algum ônus nesse processo, pois essa multiplicação está indo realmente para além daquilo que se pode

ADI 5105 / DF

imaginar, da sociedade pluralista. Quer dizer, veja que sociedades, claro, às vezes, até menos complexas do que a nossa, convivem com cinco, seis tendências partidárias. Aqui ou acolá, surge o Partido Verde em algum momento, depois um outro partido, mas dentro de um grupo de cinco, seis. Agora, veja, 35 possibilidades de opinião que não se distinguem claramente, para não falar nas manifestações exóticas, como Partido da Nação Corinthiana, ou coisa do tipo, mas mesmo os já existentes são ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas eu entendo que é como o Ministro Toffoli diz, estão tratando as consequências, estamos tratando as causas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Não. É claro. Nesse sentido, o legislador, parece-me que é legítimo que exija uma certa idoneidade desse propósito.

Eu me lembro que, na Alemanha, houve um debate interessante, sobre igualdade de chances, que Vossa Excelência já até tocou, mas que é relevante. Num primeiro momento, o legislador estabeleceu que só teria acesso, vamos chamar, ao fundo partidário, aquela indenização pelo desempenho na eleição, o partido que atingisse a cláusula de 5%; portanto, ultrapassasse a cláusula de desempenho. Claro que partidos menores começaram a se queixar, porque faziam esforço brutal e não tinham direito a essa compensação. A Corte declarou inconstitucional essa cláusula da lei. Mas veio uma nova lei que estabeleceu que seria 2,5%. Portanto, esse partido, com 2,5%, não chega ao Parlamento. Mas dizia: é um critério para aferir a seriedade de propósitos eleitorais.

Ministro Jobim citava exemplos de pessoas que se fazem candidatos, especialmente funcionários públicos, citava exemplos aqui em Brasília e em outro locais, para obter a licença eleitoral.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

ADI 5105 / DF

Não tinha um voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não tinham voto, não se colocava. Também, em relação aos partidos, nós estamos vivendo esse fenômeno, esse artificialismo.

Então, a mim, não me parece que a conformação legislativa que se dê para exigir essa idoneidade, quer dizer, esse mínimo de seriedade de propósitos para participar da vida pública, porque o partido é uma associação, mas é uma associação sofisticada - Vossa Excelência já disse -, que faz essa mediação entre a sociedade e Estado. Agora, ele goza de uma série de privilégios, inclusive todo esse ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Tributários, não paga tributos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É. Isso não se pode converter numa associação em que ele tenha um tipo de soma de felicidades.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - No caso, não estamos tratando de uma criação arbitrária de partido, nós estamos estudando um critério...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por isso que, se o legislador adota alguns critérios que não violem a ideia da proporcionalidade... É claro que podemos discutir esse percentual. Será que cinco por cento é o razoável? Mas, parece-me, quem está animado a uma nova aventura partidária - e estamos vendo isso em várias situações - tem de arcar com algum risco.

Por outro lado, o ministro Toffoli falou: ninguém se elege com o nome do partido. *Modus in rebus*. Também, o número de quem se elege, só

ADI 5105 / DF

como seu desempenho eleitoral é muito pequeno. Sabemos que dois ou três parlamentares, dos quinhentos e tantos, conseguem ultrapassar, com seu próprio voto, o conceito eleitoral. Todos os outros dependem desse somatório. Na verdade, é um misto de situações que temos para justificar a valoração do voto dado à agremiação.

Há o lado do aspecto ideológico. Quer dizer, o que o legislador está buscando - esses partidos são veículos de formação, de opinião e tudo o mais - é esse mínimo de densidade, de identificação, tentando criar certa estabilidade. Por isso, me parece relevante. É claro que o argumento de Vossa Excelência quanto a um escrutínio mais severo em relação à Lei, é impecável. Um inventário mais rigoroso, por quê? Porque houve uma declaração de inconstitucionalidade anterior. Mas, a mim, parece-me que esse exame está a nosso dispor a partir dos fatos que estão disponíveis e que são mais ou menos de conhecimento geral. Ou seja, o legislador fez uma leitura tendo em vista as situações que se desenvolveram.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas parecem não corresponder à realidade. O Ministro Dias Toffoli trouxe aqui com sua experiência prática um quadro inequívoco de que as pessoas votam nos candidatos e não nos partidos. Então, quando esses candidatos migram de um partido para o outro, efetivamente vão carrear para outro partido maior representatividade popular. Como é que eles vão exercer essa intermediação entre o Estado e a sociedade, se estão sendo tratados com um nada jurídico, a partir da criação?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Esse é que seria o ponto, que a motivação fosse exatamente mudar, tendo em vista assumir a representatividade, com todo o ônus que isso representa. Isto é, ele não perderá o mandato, logo, essa representatividade está garantida, mas ele terá as desvantagens. Por isso, não deve ser uma escolha em supermercado, em que o sujeito diz: agora foi usar uma outra camisa. Não! Isso precisa de ser algo realmente reflexivo. Dessa forma, chegamos

ADI 5105 / DF

a esse ponto. Veja que as reformas, em parte, estão impossibilitadas, porque, hoje, existe um núcleo dos chamados partidos pequenos que formam um núcleo grande e significativo e que não dificulta a aprovação, por exemplo, da sonhada - veja que seria até muito simples - regra que proibisse a coligação nas eleições proporcionais. Só isso já seria o equivalente a uma cláusula de barreira, mas se tornou muito difícil. E veja a cláusula de desempenho que o Congresso conseguiu aprovar, pelo menos a votação na Câmara: o partido que conseguir eleger um parlamentar, já seria essa uma cláusula de barreira.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Acho que isso prova demais, reforça a posição juriscêntrica da Suprema Corte. Então, há disfunções lá, e quem corrigirá somos nós. Isso só reitera o papel importante da Suprema Corte, nas declarações de inconstitucionalidade, dessas correções legislativas que são completamente dissonantes do espírito da democracia. Imagina, um parlamentar eleito automaticamente...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por conta da força desses partidos pequenos.

Mas, neste caso, nossa decisão, a ser referendada na linha da proposta de Vossa Excelência, irá em sentido contrário a uma modelagem quanto à criação de partidos, porque, na verdade, esse modelo da portabilidade estimula o processo de criação um tanto quanto livre, sem compromisso com o vínculo anterior. E, ainda que seja verdade aquilo que o ministro Toffoli falou sobre... claro, a votação é de lista aberta, e é o próprio eleitor quem faz a escala da ordem de quem virá pelo partido, tanto que uma das queixas de nosso modelo é que a concorrência se dá entre os próprios aliados do partido, evidentemente. E, por isso, os partidos lançam mão de cantores, de pessoas ligadas a instituições que conseguem ter *vis atrativa*, igrejas ou órgãos corporativos, policiais militares, em suma, tendo em vista essa situação.

ADI 5105 / DF

O ministro Costa Porto, que esteve lá no TSE, num de seus estudos interessantes sobre a história do Direito Eleitoral, conta uma história de um cidadão que morava no Rio de Janeiro - naquela época havia dificuldade para se deslocar ao Acre, mas ele foi lançado como deputado pelo Acre - e que não conseguiu se deslocar. Mas o líder do partido no Acre tinha tido um excelente desempenho e conseguiu eleger dois deputados. Então, é um caso histórico de um deputado sem nenhum voto. Portanto, o sistema proporcional permite essas proezas, porque nem ele teve condições de se deslocar até o Acre para votar em si mesmo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Por outro lado, se o candidato pertence a um partido que está demonizando-o, ele não sai dali, porque, se sair dali, perderá o direito à antena e o direito ao acesso ao fundo partidário. Então, ele é obrigado a ficar ideologicamente vinculado a uma agremiação que não.... Os dois lados da mesma moeda.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nós temos uns dilemas aqui.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O debate que estamos tendo aqui nesta tarde, Senhor Presidente e eminentes Colegas, é extremamente relevante e importante.

Em primeiro lugar, quero destacar sempre a abertura do Ministro **Luiz Fux** ao debate, até porque Sua Excelência ainda nem concluiu o voto e já estamos debatendo o tema.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Faz parte da democracia do Tribunal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ao longo deste tempo em que estou à frente do Tribunal Superior Eleitoral, tenho mantido um intercâmbio internacional muito profundo,

ADI 5105 / DF

porque entendo relevante para podermos avaliar as experiências que já ocorreram em outros países. Eu mesmo, que já votara na questão relativa ao financiamento de campanha de determinado modo, depois verifiquei que a Itália acabou de voltar atrás na questão da proibição do financiamento, porque se verificou que o financiamento público exclusivo que criaram na Itália só servia para os dirigentes partidários, não chegava às campanhas eleitorais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite um pequeno aparte?

O Ministro Gilmar Mendes muito bem disse que as interpretações que a Suprema Corte faz da Constituição e da legislação ordinária, em face da Constituição, são interpretações que se fazem diante do mundo fenomenológico, quer dizer, no Brasil hoje, o financiamento privado de campanhas levou ao descalabro que estamos vivendo. Portanto, foi uma decisão da Suprema Corte tomada por ampla maioria em face de um determinado contexto histórico. É possível que, na Itália, tenha havido uma mudança no contexto histórico, que dizer, o juiz constitucional está inserido no seu meio.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas eu não queria trazer isso à discussão. Foi só uma observação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, deixe-me fazer aqui uma observação. Eu já disse que o debate faz parte da democracia do Tribunal.

Isso me lembra uma história de uma senhora que trouxe uma menina carente para cuidar dela na fazenda e todo dia batia na menina e dizia para ela: - Eu bato, porque eu te amo. Até o dia em que ela falou: - Então, chega de tanto amor. É mais ou menos o que está acontecendo agora. Essa democracia já fez com que o debate se desviasse para o financiamento de campanha. Então, chega de tanta democracia! Eu quero agora terminar o meu voto! Não consigo concluir o voto!

ADI 5105 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas não é a questão do financiamento de campanha. É só para exemplificar que precisamos refletir sobre esses problemas da democracia. O Brasil tem alguns recordes em matéria político-eleitoral. Não há parlamento com tantos partidos políticos como no Brasil, vinte e oito.

E, provavelmente, para alguns desses que foram criados agora há pouco, Ministro **Fux**, alguns parlamentares vão migrar. Vários vão migrar, por exemplo, para a Rede. Então, já vai passar para 29 o número de partidos com representantes no Congresso Nacional. Até porque, como foi dito, a Rede tem uma representatividade social incontestada com o batismo de urna que teve sua liderança. Então, vamos a 29.

Não há em nenhum outro lugar ou país do mundo, Senhor Presidente, uma única empresa que tenha doado, na época da eleição, o montante de cento e cinquenta milhões de dólares. E no Brasil há. E mais, essa empresa tinha e ainda tem participação acionária do BNDES.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E doou para vários partidos, certamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vários partidos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Doaram para vários partidos.

Nós estamos aqui a dizer, não estou aqui a fazer juízo de valor sobre para quem doou, para quem não doou. Estamos colocando a realidade na mesa. Não estou aqui a defender A, B ou C. O fato é o seguinte: a Lei permite. A Lei permite que uma empresa doe até 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição. Disso resultou que uma determinada empresa tenha doado, em dólares da época da eleição, cento e cinquenta milhões de dólares. Em reais, à época, foram cerca de trezentos e cinquenta milhões. Foi praticamente o custo de uma campanha

ADI 5105 / DF

presidencial inteira e mais do que gastaram as campanhas da segunda e da terceira candidaturas mais votadas à Presidência, embora, como Vossa Excelência destacou, essa empresa tenha doado para todos os candidatos a presidente. Essa empresa, sozinha, doou para mais de cem parlamentares eleitos. É uma bancada maior do que a do maior partido.

Então, realmente, como Vossa Excelência destacou, a questão do financiamento se esgarçou a tal ponto no Brasil que se acabou tendo uma deliberação restritiva desta Suprema Corte.

Há esse tema, também, da criação de partidos. O que eu tenho dito, e o Ministro **Gilmar** lembrou - eu disse isso no Congresso Nacional nas várias vezes que estive lá, seja em audiências públicas, seja em conversas francas com os parlamentares e com os Presidentes da Câmara e do Senado -, é que todo deputado vai querer ser um partido político, porque todo deputado vai querer receber sua parte do fundo partidário. O sonho de todo deputado hoje é ter um partido político, é ser um partido político.

Então, esse sistema já se mostrou completamente saturado no que tange à manutenção da governabilidade brasileira.

Os temas aqui debatidos, que o Ministro **Gilmar** traz à reflexão - na penitência do voto proferido no passado, diante do que a realidade demonstra - são todos extremamente ponderáveis; mas, por outro lado, nós temos a posição institucional, colocada agora pelo Relator, consubstanciada naquilo que foi a deliberação desta Corte, deste Supremo Tribunal Federal, por ampla maioria, e uma reação legislativa.

E a riqueza do debate mostra que, mais do que o caso específico de um, dois ou três artigos, o que nós temos que debater permanentemente é a superação do sistema eleitoral que hoje nós temos.

Há esse emaranhado de regras e de legislações que, com essa experiência internacional, passamos a ver que talvez não tenhamos condições de cumprir, em sua essência. Tudo acaba sendo judicializado, tamanho o regramento.

Vejam a questão da campanha antecipada, que sempre era colocada: Ah, isso é uma propaganda subliminar. Como é que, em relação ao A é propaganda subliminar e, em relação ao B, não é? Como avaliar se houve

ADI 5105 / DF

ou não houve?

Cada vez mais, vou me convencendo - e vou concluir o aparte, agradecendo a tolerância do eminente Relator e dos Pares - de que, quanto menos regramento e maior liberdade a vida política tiver, mais dinâmica e melhor ela será. Por quê? Se, por exemplo, não tivesse subsídio público nenhum para partido político, ele teria que cuidar de sua sobrevivência. Ele teria que ir atrás de sua militância, atrás daqueles que defendem sua ideologia. São reflexões que, penso, tem que ser colocadas realmente em discussão. Essa quantidade de regramento que nós temos hoje leva a uma judicialização. Aí a Justiça decide *a*, o Congresso reage e decide *b*. E, então, se dá nova judicialização sobre essa reação, e nós não enfrentamos as causas do problema.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Toffoli, perdoe-me, apenas um pequeno aparte de apoio a Vossa Excelência e também de apoio às preocupações do Ministro Gilmar, que não tem nada a ver diretamente com o tema que estamos discutindo, mas um fenômeno muito parecido ocorre com o sindicalismo brasileiro. Nós temos hoje uma pulverização no âmbito sindical. Sindicatos que não representam ninguém, a não ser os seus dirigentes, mercê do imposto sindical. Quer dizer, todo mundo quer ter um sindicato para chamar de seu, parodiando, com a devida vênia, o Ministro Gilmar Mendes.

Então, existem reformas que precisam ser feitas, seja no âmbito partidário, seja no âmbito sindical, para fazer exatamente o que Vossa Excelência preconiza. É que o sindicalista e o político vá às bases, vá buscar os recursos para a sua sobrevivência, mostrando que realmente representa uma parcela da opinião pública política ou do sentimento, digamos assim, de um setor trabalhista.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E eu, a cada dia que passo como juiz, vou chegando à seguinte conclusão: o excesso de proibição leva à corrupção; é a liberdade que leva ao controle. A transparência e a liberdade é que levam ao controle; a

ADI 5105 / DF

proibição leva à corrupção, porque se vão buscar soluções.

Essa é uma reflexão, meio que um desabafo que eu faço, até porque eu tenho dúvidas, realmente, hoje. Mas, institucionalmente, hoje, nós não podemos rediscutir o tema suscitado nesta ADI, já decidido por esta Corte. Acho que o voto do Ministro **Luiz Fux** vai na linha correta, mas também estão completamente corretas as posições colocadas pelo Ministro **Gilmar Mendes** com relação às suas preocupações. Então, nós ficamos naquela perplexidade: nós temos que defender aqui a institucionalidade, que foi a deliberação desta Corte em dado momento. E temos que louvar que o Congresso Nacional tem estado aberto ao debate institucional. Obviamente, aqui nós somos onze e nem sempre há unanimidade. Em um colegiado de 513, na Câmara dos Deputados, ou de 81, no Senado da República, evidentemente que as decisões são extremamente mais complexas. Mas há de se louvar que eles têm-se mantido abertos, e penso que esse debate tem que se manter permanente na sociedade. Nosso sistema eleitoral, uma vez mantido, levará a uma maior pulverização. Basta verificar que os partidos hoje que elegem o maior número de deputados não elegem mais do que 70, que são cerca de 11 ou 12% do Parlamento.

E isso, para fins de governabilidade, leva a uma série de consequências, que eu não preciso aqui dizer, pois elas estão estampadas na história brasileira.

Agradeço e cumprimento o Ministro **Fux**.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, eminente Relator, sem dúvida alguma, acabamos de ter um voto que, sem favor algum, contém uma proposta iluminada sobre um grave problema político-partidário que, à evidência, faz-se presente no cenário contemporâneo brasileiro. É um voto ilustrado, como sói acontecer com os votos do eminente Ministro Luiz Fux.

Ademais, vejo que, além dos autores nomeados, citados e toda a fundamentação refinada e ímpar, também já se percebe, com algumas intervenções, certas inflexões na direção que Sua Excelência está a pontuar no voto, mas vou cometer ousio de apresentar uma reflexão que diverge da conclusão a que sua Excelência chegou.

Aqui reside o dissenso.

(Lê o voto).

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Na presente ação direta de inconstitucionalidade são apontadas como contrárias à Constituição alterações introduzidas pela Lei 12.875/2013 em dispositivos da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95) e da Lei das Eleições (Lei 9.504/97), por meio de seus artigos primeiro e segundo.

Em síntese, **referidas inovações impactam sobre a forma de distribuição do tempo de propaganda e do fundo partidário (a que se refere o §3º do artigo 17 da Constituição Federal, motivo pelo qual este é o principal dispositivo que se aponta como violado pelas alterações legislativas em foco).**

O artigo 1º da Lei 12.875/13 alterou o §6º do artigo 29 da Lei 9.096/95, cujo *caput* cuida de fusão e incorporação entre partidos, bem como o artigo 41-A, da mesma lei, que cuida da repartição do fundo partidário. Preveem referidas regras, já com a nova redação:

“Art. 29. [...]

§ 6o. **Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.”**

“Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I – 5% ([...]) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e

II – 95% ([...]) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6o do art. 29.”

ADI 5105 / DF

Por sua vez, o artigo 2º da Lei 12.875/13 alterou o artigo 47 da Lei 9.504/97 (ou Lei das Eleições), que dispõe acerca da divisão do tempo de propaganda no rádio e na televisão. A redação alterada pela lei nova tem o seguinte conteúdo:

“Art. 2o. O art. 47 da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 47. [...]

[...]

§ 7o. Para efeito do disposto no § 2o, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6o do art. 29 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995”.

Na visão do requerente, esses dispositivos, ao conferirem à criação de partidos políticos tratamento diverso daquele previsto na lei aos casos de fusão e de incorporação de agremiações, afrontam a Constituição. Segundo entende, privaram as legendas criadas no curso da legislatura da participação no rateio proporcional de recursos do Fundo Partidário e do tempo de acesso gratuito a rádio e a televisão, direitos assegurados pelo art. 17, § 3o, da Constituição da República. A seu ver, a medida representaria ofensa ao regime democrático, representativo e pluripartidário (CR, art. 1o, inciso V e parágrafo único); ao princípio da isonomia (CR, art. 5o, caput); e à liberdade de criação de partidos políticos (CR, art. 17, caput).

O ponto central da discussão, portanto, gira em torno da constitucionalidade do regramento legal que restringe às hipóteses de fusão e de incorporação de partidos a contagem das cadeiras anteriormente (à fusão e à incorporação) ocupadas pelos partidos de origem na Câmara dos Deputados na hipótese de divisão proporcional à representatividade de maior quinhão de tempo de antena e de recursos do fundo.

Em termos fáticos, pela lei nova, o deputado eleito por um partido

ADI 5105 / DF

político que deixá-lo durante o exercício do mandato – salvo nos casos de fusão e incorporação (hipóteses que configurariam “justa causa” para a “infidelidade partidária”) - não faz jus à transferência da representatividade política para fins de divisão do fundo partidário e do tempo de propaganda, conforme o §6º do art. 29 da Lei dos Partidos e o § 7º do artigo 47 da Lei de Eleições.

E aqui reside o dissenso: enquanto o eminente Relator parte da premissa de que essa inovação legislativa (trazida pela Lei 12.875/13) subtraiu das novas legendas o acesso aos recursos do fundo e ao direito de antena (em franca e injustificada afronta ao recentemente decidido nas ADI’s 4.430 e 4.795), concluindo pela inconstitucionalidade das previsões, por esvaziamento do conteúdo das garantias previstas no art. 17 e seu §3º, da Constituição Federal, compreendo a questão de forma diversa.

Em primeiro lugar, não visualizo identidade ou equivalência de conteúdos ou de efeitos entre os dispositivos declarados inconstitucionais nas ADI’s 4.430 e 4.795 e os que ora se examinam; pelo menos não de forma a vincular as conclusões totalmente.

A rigor, no julgamento das citadas ADI’s, quando da análise da legislação revogada, a expressão “e representação na Câmara dos Deputados”, contida no *caput* do §2º do art. 47 da Lei 9.504/97 (cuja inconstitucionalidade foi declarada naquele momento) representava de fato a supressão material dos partidos novos (criados entre uma eleição e outra, sem, portanto, representatividade na Câmara dos Deputados) o direito a parcela do tempo de propaganda. Diante desse quadro, reconheceu-se a inconstitucionalidade da mencionada expressão, para retirá-la da norma, por afronta direta ao art. 17, § 3º, CF, *verbis*:

“Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:(...)

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e

ADI 5105 / DF

para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.”

A lei nova apontada de inconstitucional, diversamente, não suprime dos partidos novos, sem representatividade na Câmara dos Deputados (criados entre as eleições) o direito de propaganda e de acesso ao fundo garantido a todos os partidos políticos. Assegura-lhes a parcela - sobre os 5% (cinco por cento) do Fundo Partidário - que resultar da divisão igualitária entre todos os partidos registrados no TSE, conforme o inciso I do artigo 41-A (com a redação dada pela Lei 12.875/2013). Considerando que o Fundo Partidário está quase chegando a cifra de um bilhão de reais e que o partido que menos recebeu do fundo (e que não possui sequer um Deputado Federal eleito) em 2014 foi agraciado com mais de meio milhão de reais, não vejo como afirmar que a garantia é meramente formal e que materialmente não atende aos preceitos constitucionais (em especial o multicitado § 3º do art. 17).

Ademais, **a distinção equitativa - para efeitos de divisão de tempo de antena e de fundo partidário - entre partidos com e sem representatividade - vem sendo afirmada e reafirmada por esta Corte em diversos pronunciamentos. Cito, por todos, o mais recente (ADI's 4.430 e 4.795):**

“A solução interpretativa pela repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita de forma igualitária entre todos os partidos partícipes da disputa não é suficiente para espelhar a multiplicidade de fatores que influenciam o processo eleitoral. Não há igualdade material entre

ADI 5105 / DF

agregações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo. Embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política. Os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, em consonância com o princípio da democracia e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de privilégio não odioso aquelas agregações mais lastreadas na legitimidade popular. **O critério de divisão adotado – proporcionalidade à representação eleita para a Câmara dos Deputados – adéquate-se à finalidade colimada de divisão proporcional e tem respaldo na própria Constituição Federal, que faz a distinção entre os partidos com e sem representação no Congresso Nacional, concedendo certas prerrogativas, exclusivamente, às agregações que gozam de representatividade nacional (art. 5º, LXX, a; art. 103, VIII; art. 53, § 3º; art. 55, §§ 2º e 3º; art. 58, § 1º)** (sem grifos no original – julgamento conjunto das ADI's 4.430 e 4.795 em 29.06.2012)

Além dos critérios numéricos de “representatividade do partido na Câmara dos Deputados” como fator determinante do acesso a maior ou menor parcela do fundo e do tempo de antena, os quais reputo, na linha dos argumentos retro – constitucionais, a **lei também passou a disciplinar** questão que historicamente era resolvida por jurisprudência ou por atos normativos do TSE: **a representatividade do partido em caso de migração de deputado por ele eleito para outra legenda.** Ela assegurou, por meio dos dispositivos questionados, participação proporcional sobre o quinhão maior do tempo de antena (8/9) e do fundo partidário (95%), aos partidos fundidos ou incorporados que tenham recebido deputados dos partidos que deram origem à fusão ou à incorporação (e só).

Assim – para efeito de enquadramento como partido com “representatividade na Câmara” – apenas os resultantes de fusão e de

ADI 5105 / DF

incorporação (para os quais naturalmente migraram os deputados das antigas legendas) poderão contabilizar as cadeiras do antigo ou extinto partido. Os partidos novos, para os quais tenham migrado deputados eleitos por partidos que não saíram do cenário político, não se fundiram tampouco se incorporaram, não podem se utilizar das cadeiras dos partidos que sofreram a desfiliação para efeito de enquadramento na condicionante “representatividade”.

E neste ponto convém esclarecer que tal posição espelha(va) o entendimento sufragado nesta Corte (precedentes ADI’s 3.999, 4.086, MS 26.602, 26.603 e 26.604) e no Tribunal Superior Eleitoral (Resoluções ns. 22.601/2007 e 22.733/2008, além de inúmeros julgados) sobre a “infidelidade partidária” até logo antes de sua edição. A lei, portanto, seguiu a linha das decisões do STF e do TSE.

E esse entendimento era no sentido de que, exceto em hipóteses excepcionais, devidamente comprovadas, o ato desligamento do partido pelo qual foi eleito o deputado acarreta o cômputo da cadeira para o partido de origem, de modo a se garantir sua inserção, nesses casos, nas regras de distribuição também dos incisos que tratam da divisão do fundo e do tempo de antena aos partidos com representatividade na Câmara, aos quais se destina maior parte (além do quinhão menor, que todos os partidos registrados dividem igualmente).

A propósito, destaco trecho do julgamento do MS 26.604 que bem exprime a racionalidade das decisões (julgado em 18.12.2008):

“(…)

5.No Brasil, a eleição de deputados faz-se pelo sistema da representação proporcional, por lista aberta, uninominal.

No sistema que acolhe - como se dá no Brasil desde a Constituição de 1934 - a representação proporcional para a eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político, sendo eles, portanto, seguidores necessários do programa partidário de sua opção. O destinatário do voto é o partido político viabilizador da

ADI 5105 / DF

candidatura por ele oferecida.

O eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem em seu programa e ideário o norte de sua atuação, a ele se subordinando por força de lei (art. 24, da Lei n. 9.096/95). Não pode, então, o eleito afastar-se do que suposto pelo mandante – o eleitor -, com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita. Injurídico é o descompromisso do eleito com o partido – o que se estende ao eleitor - pela ruptura da equação político-jurídica estabelecida.

6.A fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento constitucional.

7.A desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. O desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovemento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente inconstitucional, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie.

8.É direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais.”

Nessa linha de raciocínio, e com a máxima vênia de entendimento contrário, não vejo como afirmar que o Congresso Nacional, ao promulgar a lei questionada deixou de seguir a orientação desta Corte (nas ADI's 4.430 e 4.795) se:

1) a lei foi sancionada em 30.10.2013 e a publicação da decisão nas citadas ADI's é de 18.09.2013; a justificativa do projeto é de 2012 e da decisão na ADI 4430 também, mas posterior, e só publicada em setembro

ADI 5105 / DF

de 2013.

2) o parâmetro de constitucionalidade sufragado por esta Corte (nas ADIs 3999 e 4.086. MS 26.603, 26.602 e 26.604, todos do final de 2008) era em sentido diametralmente oposto ao que posterior e ineditamente se firmou na ADI 4.430 e 4.795, nos seguintes termos:

“6. Extrai-se do princípio da liberdade de criação e transformação de partidos políticos contido no caput do art. 17 da Constituição da República o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos. Não há razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º, Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema. Se se entende que a criação de partido político autoriza a migração dos parlamentares para a novel legenda, sem que se possa falar em infidelidade partidária ou em perda do mandato parlamentar, essa mudança resulta, de igual forma, na alteração da representação política da legenda originária.”

Por fim, ainda que descartados os argumentos anteriores, remanesce a seguinte indagação: se há posições igualmente respeitáveis (sob o ponto de vista jurídico) quanto ao direito ou à garantia que deve preponderar nessa análise: se o direito de igualdade material entre os partidos criados, fundidos ou incorporados, por força do caput do art. 17, CF ou o que prestigia o sistema político partidário, a fidelidade partidária (§1º do art. 17, CF), a partir da compreensão do direito dos partidos constituídos às cadeiras por ele conquistadas nas eleições proporcionais e

ADI 5105 / DF

cujo ocupante migra para outra agremiação – **e se a Constituição atribuiu a tarefa de regulamentar o §3º do artigo 17 (que trata da divisão do tempo de antena e acesso aos recursos do fundo partidário) à lei, como poderia a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade da opção do Legislativo se ela não é teratológica, mas decorre de escolhas válidas em termos constitucionais (tão válidas que sufragadas pela própria Corte em tempos muito recentes sem que tenha havido alteração na base fática ou normativa) ainda que não reflitam a posição mais moderna (mas não unânime da Corte)?** Pode o Judiciário sobrepor-se a escolhas válidas de competência do Legislativo?

Nesse caso, parece-me adequado, do que até aqui se viu, que a Corte exercite a autocontenção.

Por fim, quanto ao mérito propriamente da questão central, ou seja: quanto à validade constitucional das escolhas legislativas, faço minhas as ponderações profundas já retratadas nos votos que antecederam (proferidos pela Ministra Cármen Lúcia, especialmente na ADI 5.311).

Sirvo-me, também, para isso, da manifestação ministerial, precisa em seu olhar sobre o tema, considerando o histórico que precedeu as alterações ora atacadas para concluir:

“As disposições acrescidas às Leis 9.096/1995 e 9.504/1997 visaram, de forma legítima e elogiável, impedir que a migração de parlamentares para novas agremiações, criadas no decorrer da legislatura, acarretasse transferência automática de recursos do Fundo Partidário e de tempo de propaganda eleitoral em rádio e televisão.

O mecanismo teve por escopo desestimular a desfiliação partidária no curso do mandato eletivo e, desse modo, preservar o direito reconhecido dos partidos políticos ao número de cadeiras que lograram na última eleição, em respeito à vontade soberana dos cidadãos eleitores.(...)

Ao desconsiderarem mudanças de filiação partidária decorrentes de criação de legendas para efeitos de repartição de 95% do Fundo Partidário (Lei 9.096/1995, art. 41-A, II) e de 8/9 do tempo de propaganda eleitoral gratuita (Lei 9.504/1997, art.

ADI 5105 / DF

47, § 2o, I e II, parte final), as normas questionadas fortalecem o sistema partidário e o regime democrático e coíbem as periódicas debandadas de parlamentares de um para outro partido em anos pré-eleitorais – como a que se testemunhou mais uma vez no segundo semestre de 2013 –, à cata de condições mais convenientes, sob diversos pontos de vista, nem sempre legítimos, para exercício da política em novos partidos, por vezes criados de ocasião.

As disposições acrescentadas pela Lei 12.875/2013 em nada obstam o direito constitucional de criação, fusão, incorporação e extinção de agremiações, insculpido no art. 17, *caput*, da Constituição da República, um dos pilares do pluripartidarismo na democracia brasileira. Os cidadãos continuam livres para instituir partidos políticos.

A lei apenas evita que a criação de sigla acarrete perda de representação política legitimamente conquistada por aqueles partidos que disputaram o pleito e lograram eleger representantes. Prestigia, com isso, o dever de fidelidade a que estão sujeitos os que disputam mandato político, assentado no julgamento, por essa Corte, dos citados mandados de segurança.(...)

Relativamente à tese de afronta ao princípio constitucional da isonomia, a lei questionada não implicou distinção irrazoável entre agremiações, pois o tratamento diferenciado que conferiu teve por fundamento a diversidade de situações jurídicas em que se encontram, de um lado, as agremiações fundidas e incorporadas e, de outro, as recém-criadas.

No caso de fusão ou incorporação, as mudanças de filiação partidária decorrem não da vontade dos exercentes de mandato eletivo, mas das próprias siglas, por meio de seus órgãos de deliberação (Lei 9.096/1995, art. 29, *caput*). Em tais casos, há extinção dos partidos que se fundem ou que se decidem incorporar (Lei 9.096/1995, art. 27), os quais disputaram regularmente as eleições e lograram eleger parlamentares. A soma dos votos obtidos pelas agremiações, para cômputo na

ADI 5105 / DF

distribuição proporcional de recursos do Fundo Partidário e do acesso ao rádio e televisão, tem por objetivo a manutenção da representatividade política que legitimamente conquistaram no pleito.

Em situação diversa estão os partidos criados no decorrer da legislatura. Aqui, não há extinção de agremiações nem imposição de troca de sigla aos atuais exercentes de mandato. Mudança de filiação partidária decorreria unicamente do interesse pessoal do parlamentar trânsfuga.

Não há igualdade material entre agremiações que contem com representantes eleitos à Câmara dos Deputados e siglas criadas no curso da legislatura. Estas ainda não se submeteram ao voto popular nem elegeram representantes no pleito. Embora iguais no plano da legalidade, não o são no que respeita à legitimidade política.

De resto, a democracia carece de partidos sólidos, criados com representatividade de movimentos sociais com identidade clara, não para atender a mandatários circunstancialmente insatisfeitos com as legendas pelas quais se elegeram; muito menos para agregar tempo de rádio e televisão ou quota do FP a partidos estabelecidos ou a coligações oportunistas, formadas sem harmonia de perfis programáticos, apenas para alcançar representatividade política que não conseguiram por meio do sufrágio. As medidas que a lei questionada implantou buscam combater tais práticas e dessa maneira fortalecer o sistema partidário, a o regime democrático e a representatividade das instituições políticas.”

Por todo o exposto, quanto ao mérito, divirjo do i. Relator, para julgar improcedente – *in totum* – o pedido veiculado na ação.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu elogio, em primeiro lugar, o voto do Ministro Luiz Fux, que tive a oportunidade de ler antes mesmo da Sessão, e que considero, sem favor, uma das melhores páginas de Teoria Constitucional que eu me lembro de ter visto materializada em um voto do Supremo Tribunal Federal. Assim, eu cumprimento muito sinceramente o Ministro, porque acho que em seu voto está um apanhado do que existe de melhor nessa matéria.

Presidente, eu farei uma brevíssima reflexão - depois juntarei um voto escrito que não pretendo ler -, mas acho que este é um caso emblemático na percepção dos limites próprios de atuação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional.

Eu penso que a democracia contemporânea deve ser apreciada em três dimensões. A primeira dimensão é a do voto, materializada na democracia representativa. A segunda dimensão é a dos direitos fundamentais, materializada na democracia constitucional. E a terceira dimensão é a das razões, materializada na democracia deliberativa, na democracia que já não se faz apenas no momento eleitoral, mas mediante um debate público constante de oferecimento de argumentos, de troca de ideias em diferentes fóruns.

Esta questão trazida pelo Ministro Luiz Fux suscita, a meu ver, duas dimensões importantes da democracia: a dimensão representativa, no que diz respeito aos partidos políticos, e a dimensão do oferecimento de razões, no que diz respeito à superação de um precedente do Supremo Tribunal Federal.

ADI 5105 / DF

Começo por uma breve reflexão sobre os partidos políticos. O sistema eleitoral brasileiro, nós sabemos, adota, como regra para os cargos legislativos, o voto proporcional em lista aberta. O Ministro Dias Toffoli trouxe um dado relevante a esse respeito: aproximadamente 10% dos eleitores votam nos partidos, o restante vota nos candidatos. Porém, há um dado que me parece ainda mais importante nessa discussão: menos de 10% dos candidatos são eleitos com votação própria; mais de 90% dos candidatos são eleitos mediante transferência dos votos feita pelos partidos, o que torna o sistema brasileiro extremamente ruim, dentre outras razões, porque o eleitor não sabe quem elegeu e o eleito não sabem quem o elegeu. Com isso, o eleitor não tem de quem cobrar, e o eleito não tem a quem prestar contas. E eu não consigo pensar em nada mais trágico para a legitimidade democrática do que este tipo de problema.

Diante desse modelo de funcionamento das eleições proporcionais no país, é mandatório examinar a questão dos partidos políticos e do acesso deles ao fundo partidário e ao tempo de televisão. Eu entendo, como o Ministro Marco Aurélio, que em geral as medidas restritivas de criação de novos partidos são bem-vindas, pois a inflação de agremiações é um problema que precisamos superar. Mas nós temos que lidar com o arsenal existente no ordenamento jurídico.

Exemplo de atuação do Supremo no sentido de reconhecer a importância dos partidos políticos foi a exigência da fidelidade partidária, precisamente, nas eleições proporcionais. Por qual razão o STF tomou essa decisão? Porque o partido é tão central nas eleições proporcionais, que mudar de partido significa, nesse âmbito, fraudar a vontade do eleitor. Foi isso que entendeu o Supremo, e acho que entendeu em boa hora.

Essa mesma centralidade dos partidos políticos justifica que não se possa impedir o acesso de uma nova agremiação, legitimamente criada,

ADI 5105 / DF

ao fundo partidário e ao direito de antena. E eu falo isso muito confortavelmente, porque eu acho péssimo o sistema que está em vigor e, há pelo menos dez anos, defendi, em trabalho acadêmico, um modelo alternativo, favorável ao voto distrital misto. Portanto, contraria a lógica do sistema em vigor impedir o acesso dos novos partidos políticos ao fundo partidário e ao tempo de televisão.

A segunda discussão trazida pelo voto do Ministro Luiz Fux, e que me parece essencial no debate constitucional contemporâneo, diz respeito à dualidade supremacia judicial e diálogos institucionais. Na visão tradicional, prevalece a ideia de supremacia judicial, segundo a qual o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra na interpretação, isto é, na definição do sentido e do alcance da Constituição. Essa visão, no entanto, tem sido atenuada, cedendo espaço, a meu ver para bem, para uma ideia mais democrática, de diálogos institucionais. Nunca existe uma decisão final e definitiva. A matéria está sempre aberta ao debate público e a novas propostas de interpretação constitucional.

Os diálogos institucionais podem se concretizar por meio de diferentes comportamentos. Do ponto de vista do Supremo Tribunal Federal, eu pessoalmente tenho procurado fomentar o chamado apelo ao legislador, que é uma primeira versão dessa ideia de diálogos institucionais. Verificando que alguma matéria é malversada, mas que a correção depende de atuação do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal se manifesta neste sentido, dando ciência ao Legislativo de que há uma mudança a ser feita. Eu mesmo votei nesse sentido na questão relativa à perda de mandato. Eu entendo que está dito na Constituição com todas as letras, embora seja ruim, que a perda do mandato mesmo depois de condenação depende de deliberação da Casa Legislativa. É péssimo uma decisão do Supremo estar sujeita à deliberação da Casa Legislativa, mas é o que está dito na Constituição. Assim, ao votar no caso Ivo Cassol, afirmei expressamente que achava muito ruim essa solução e fiz um apelo a que o Congresso modificasse esse regramento.

ADI 5105 / DF

Evidentemente, não pelo meu apelo, porque eu não tenho essa pretensão, mas a verdade é que o Senado Federal já aprovou essa modificação, que agora depende de aprovação pela Câmara dos Deputados. Portanto, uma primeira vertente do diálogo institucional é o apelo ao legislador.

A segunda vertente do diálogo institucional, a meu ver, é a devolução da matéria pelo Supremo ao Poder Legislativo. Foi, por exemplo, a proposta que eu mesmo fiz no caso de desaposentação, em que eu disse: não há lei tratando dessa matéria, eu proponho a seguinte solução para vigor daqui a cento e oitenta dias, a menos que o Congresso proveja a respeito, como de sua competência. Essa é tipicamente uma hipótese de diálogo institucional. Em vez de dar a última palavra, o Supremo estimula, incentiva o Congresso a prover sobre uma matéria.

E a terceira e última forma de diálogo institucional, a meu ver, é a superação da jurisprudência, que é precisamente a discussão que nós estamos travando aqui. A superação da jurisprudência pode se dar mediante emenda constitucional aprovada pelo Congresso, no exercício do poder constituinte derivado, ou mediante a aprovação de uma lei. Devo dizer que a superação de jurisprudência, como é o caso aqui, por aprovação de lei pressupõe que exista mais de uma interpretação constitucional possível e válida para que o Congresso possa optar por uma diferente daquela que o Supremo optou. Assim, a regra geral é que superação de jurisprudência se faça por emenda à Constituição, como o Congresso Nacional fez em relação: (i) à taxa municipal de iluminação pública; (ii) à progressividade das alíquotas do IPTU; (iii) à cobrança de contribuição previdenciária de inativos; e (iv) à questão do número de vereadores.

De todo modo, vale notar que, observada a mencionada regra geral de superação de uma jurisprudência do Supremo mediante a aprovação de emenda constitucional, se a matéria não for protegida por cláusula pétrea, prevalecerá a palavra do Congresso, porque o Supremo só

ADI 5105 / DF

controla emenda constitucional na hipótese de violação à cláusula pétreia. Portanto, não há, em rigor, supremacia judicial, pelo menos nas questões que possam ser tratadas por emenda constitucional, uma vez que, nesses casos, a palavra do Congresso é que será final, e não a do Supremo.

Por outro lado, para se mudar uma interpretação do Supremo Tribunal mediante lei ordinária, o ônus argumentativo pesará sobre o Congresso com força multiplicada. E aqui nós caímos na dimensão específica da democracia deliberativa, de oferecimento de razões, a que eu me referi no início. Para que o Congresso supere, mediante lei, uma interpretação do Supremo Tribunal Federal, precisa demonstrar que existe mais de uma interpretação razoável do assunto compatível com a Constituição, bem como oferecer as razões pelas quais está optando por outra, distinta da adotada pelo Judiciário. Quando isso acontecer, eu acho que a palavra final, a prevalecer, deve ser a do Congresso, porque decisão política em uma democracia deve ser tomada por quem tem voto, salvo se a Constituição impuser diferentemente.

O que não se admite, como dito, a meu ver, com felicidade no voto do Ministro Luiz Fux, é um exercício de argumento de autoridade. Eu, Congresso, mudo a decisão do Supremo, porque eu quero, sem oferecer nenhum tipo de razão capaz de passar pelo crivo do debate público, que é hoje um componente essencial da democracia. Desse modo, o Congresso pode, sim, eventualmente superar uma decisão do Supremo, e até mediante lei ordinária, mas tem que demonstrar que havia mais de uma interpretação possível e razoável e oferecer as suas razões de escolha.

O Supremo Tribunal Federal, quando decidiu a matéria ora apreciada, assegurando aos novos partidos o acesso ao fundo partidário e ao tempo de televisão, expôs suas razões no voto bem alinhavado do eminente Ministro Dias Toffoli, que foi reproduzido agora, em parte, pelo Ministro Luiz Fux. Eu destaco dois argumentos centrais do voto do Ministro Dias Toffoli. O primeiro é a paridade constitucional que deve

ADI 5105 / DF

haver entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação dos partidos políticos. Do modo como ficou, a incorporação e a fusão de partidos políticos permitem o acesso ao tempo de televisão, mas a criação de novas agremiações não. Essa é precisamente a desequiparação que, dentre outros, motivou o Ministro Dias Toffoli. Portanto, o Congresso está reproduzindo, pela lei objeto da presente ADI, aquilo que o Supremo já disse que não é correto: criar uma desequiparação entre criação de partido e fusão e incorporação de partidos. O segundo argumento que destaco, entre os empregados pelo Ministro Dias Toffoli, consiste na inviabilidade de aplicação do critério do desempenho eleitoral para o caso de criação de novas legendas partidárias.

A nova lei deveria, no mínimo, ter enfrentado esses dois argumentos, tratando-os de maneira diferente ou explicitando as razões pelas quais estaria superando a decisão do Supremo. Do contrário, ou seja, se uma decisão do Supremo interpretando a Constituição puder ser superada pelo Congresso sem o oferecimento de qualquer razão, se dará a este último o papel de órgão revisor das decisões do primeiro, como disse - e, nessa parte, estou de pleno acordo - o eminente Ministro Sepúlveda Pertence naquele caso em que se discutia o foro por prerrogativa de função.

Entendo, portanto, que os fundamentos da decisão do Supremo na ação de inconstitucionalidade anterior subsistem inteiramente válidos no contraste com esta nova legislação. E aqui eu acrescento, Presidente, concluindo, que a mudança de regras eleitorais é um dos artifícios mais comuns que as maiorias utilizam para se perpetuarem no poder, para dificultarem o acesso das minorias. E é por isso que, na passagem clássica citada pelo Ministro Luiz Fux, do John Hart Ely, em *Democracy and Distrust*, ele, que não é um ativista - pelo contrário, o Ely é uma pessoa que defende a autocontenção do Judiciário -, afirma que uma das hipóteses legítimas de a Suprema Corte intervir no processo legislativo é precisamente para preservar regras do jogo democrático, para impedir

ADI 5105 / DF

que as maiorias o distorçam.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite um brevíssimo aparte?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro, com muito gosto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Foi exatamente esse raciocínio que levou o Supremo Tribunal Federal a derrubar a cláusula de barreira, porque os partidos tradicionais, os partidos ideológicos, os partidos chamados nanicos estavam sendo sufocados pela maioria, à época. Hoje, evidentemente, essa decisão, vista de uma perspectiva histórica, está sendo muito criticada, mas, naquele momento, representava exatamente essa ideia que Vossa Excelência está veiculando.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E as pessoas devem ser julgadas pelas condições do seu tempo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Aristóteles defendia a escravidão; Rui Barbosa defendia o uso de uniforme pelos empregados, porque esta era uma postura compatível com os valores da época. Portanto, eu, que tenho uma perspectiva crítica dessa decisão, tenho, no entanto - e acho positiva a observação de Vossa Excelência -, igualmente a percepção de que os tempos mudaram. Há uma frase feliz do Bertolt Brecht, Presidente, em que ele diz: "Vós que vireis na crista da onda em que naufragamos, quando falardes de nossos fracassos, lembrai-vos também dos tempos sombrios a que haveis escapado". Portanto, cada um é produto da sua era e das suas circunstâncias.

ADI 5105 / DF

Por isso, eu penso que, se há uma matéria ao lado dos direitos fundamentais em que é legítima a intervenção mais expansiva do Judiciário, é precisamente essa.

Desse modo, Presidente, estou acompanhando integralmente o voto, por todos os títulos magnífico, do Ministro Luiz Fux para, restabelecendo uma posição de princípio do Supremo, julgar procedente o pedido formulado na ação.

É como voto, Presidente.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso:

Ementa: DIREITO ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO DE NOVOS PARTIDOS POLÍTICOS AO FUNDO PARTIDÁRIO E À PROPAGANDA ELEITORAL EM RÁDIO E TELEVISÃO. I. MODIFICAÇÃO DOS PRECEITOS IMPUGNADOS NO CURSO DA AÇÃO. ALTERAÇÕES QUE NÃO OBSTAM O CONHECIMENTO DA CAUSA. II. VALIDADE, EM TESE, DE O CONGRESSO NACIONAL REAGIR À JURISPRUDÊNCIA DO STF, LEGISLANDO EM SENTIDO DIVERSO AO ACOLHIDO PELA CORTE. INVALIDADE, EM CONCRETO, DA REAÇÃO LEGISLATIVA EXTERNADA NA LEI Nº 12.875/2013. III. PROCEDÊNCIA DA ADI.

1. As alterações promovidas pela Lei nº 13.107/2015 aos *dispositivos* legais impugnados nesta ação não alteraram substancialmente as *normas* nela questionadas. Conhecimento da ADI. Precedentes.

2. No julgamento das ADIs 4430 e 4795, o STF, interpretando a Lei nº 9.504/1997 à luz da Constituição, assegurou, “*aos partidos novos, criados após a realização de eleições para*

ADI 5105 / DF

a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação". Em seguida, o Legislativo apreciou, em regime de urgência, projeto de lei visando a negar o direito assegurado pelo STF aos novos partidos políticos.

3. Durante o processo legislativo, foi impetrado mandado de segurança por parlamentares que alegaram que a atuação legislativa, de reação à decisão do STF nas ADIs 4430 e 4795, seria ilegítima. A Corte, por maioria, rechaçou a pretensão, garantindo o direito do Congresso Nacional de atuar como agente de interpretação constitucional (MS 32033, Rel. para acórdão Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013).

4. Com efeito, a dimensão deliberativa da democracia torna viável e desejável o diálogo entre as instituições públicas acerca da interpretação da Constituição. Não há, portanto, impedimento apriorístico a que o Legislativo edite ato normativo visando a superar a jurisprudência do STF, salvo se a matéria estiver protegida por cláusula pétrea.

5. Em regra, porém, a mencionada superação legislativa deve ocorrer por emenda à Constituição, e não por simples

ADI 5105 / DF

lei. Nesse último caso, o Congresso terá de arcar com ônus argumentativo maior, demonstrando a existência de mais de uma interpretação constitucional possível e válida, bem como os motivos pelos quais optou por interpretação distinta da acolhida pelo STF.

6. No caso, não houve essa exposição de razões por parte do Congresso Nacional. A Lei nº 12.875/2013 negou aos partidos políticos novos o direito que lhes havia sido assegurado pelo STF nas ADIs 4430 e 4795, sem enfrentar, minimamente, os argumentos manifestados por esta Corte, por ocasião do julgamento das referidas ações.

7. A reiteração, na presente ADI, da interpretação judicial manifestada nas ADIs 4430 e 4795, em prejuízo à adotada posteriormente na Lei nº 12.875/2013, é reforçada, ainda, pela natureza da matéria em jogo. As regras político-eleitorais são especialmente suscetíveis a manipulações particularistas pelos ocupantes de cargos eletivos. Por isso, o Poder Judiciário pode e deve interpretá-las e controlá-las com maior firmeza, a fim de assegurar a manutenção das balizas constitucionais do regime democrático.

7. Procedência da ADI, reafirmando-se a seguinte tese: *“os partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, têm o direito de aproveitar, para fins*

ADI 5105 / DF

de participação no fundo partidário e na propaganda eleitoral gratuita, a representatividade dos deputados federais que tenham para eles migrado sem perda do mandato”.

1. Conforme relatado pelo Min. Luiz Fux, a presente ação questiona a constitucionalidade dos arts. 1º e 2º da Lei nº 12.875/2013, nos pontos em que modificaram os arts. 29, § 6º, e 41-A, parágrafo único da Lei nº 9.096/1995 e o art. 47, § 7º, da Lei 9.504/1997, nos seguintes termos:

Art. 1º A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 29.

§ 6º Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.

.....” (NR)

“Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

ADI 5105 / DF

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6o do art. 29.” (NR)

Art. 2º O art. 47 da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 47.....

[...]

§ 7º Para efeito do disposto no § 2o, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6o do art. 29 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995.” (grifei).

I. CONHECIMENTO

2. No curso do processo, os dispositivos legais impugnados foram parcialmente alterados pela Lei nº 13.107/2015. Confira-se:

Lei nº 9.096/1995 (grifei):

Art. 29 [...]

§ 6º Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.

§ 6º No caso de incorporação, o instrumento respectivo deve ser levado ao Ofício Civil competente, que deve, então, cancelar o registro do partido incorporado a outro. (redação

ADI 5105 / DF

dada pela Lei nº 13.107/2015)

[...]

Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

[...]

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6o do art. 29.”

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses. (redação dada pela Lei nº 13.107/2015)

Lei nº 9.504/1997 (grifei):

Art. 47

[...]

~~§ 7º Para efeito do disposto no § 2o, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6o do art. 29 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995.”.~~

§ 7o Para efeito do disposto no § 2o, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses. (redação dada pela Lei nº 13.107/2015)

8. À primeira vista, a Lei 13.107/2015 parece ter promovido alteração substancial das regras objeto da ADI, o que, à luz da jurisprudência do STF, levaria ao não conhecimento da ação (vide: ADI 3341, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADI 1964, Rel. Min. Dias Toffoli; e ADI 2072, Rel. Min. Cármen Lúcia). Comparando-se apenas as redações

ADI 5105 / DF

dos dispositivos impugnados no processo, tem-se a impressão de que o legislador de 2015 negou, ainda que não expressamente, aos partidos resultantes de fusão e incorporação o direito de aproveitarem os votos obtidos na última eleição geral para Câmara dos Deputados. Afinal, o art. 29, §6º, da Lei 9.096/1995 que previa essa possibilidade de aproveitamento passou a disciplinar outra matéria e a menção que a ele existia no art. 41-A, parágrafo único, da mesma lei e no art. 47, §7º, da Lei 9.504/1997 foi suprimida. Com isso, não seria mais viável articular, ainda que em tese, o argumento de que o tratamento normativo conferido aos partidos oriundos de fusão e incorporação seria distinto do aplicável os partidos novos, em ofensa à isonomia.

9. Acontece que, não bastasse essa não ser a única tese alegada na ADI, uma análise mais atenta da Lei nº 13.107/2015 revela persistir, em nosso ordenamento, regra possibilitando o aproveitamento da representatividade obtida nas eleições anteriores por partidos oriundos de fusão e incorporação. Com efeito, a Lei nº 13.107/2015 modificou por completo a redação do art. 29, §6º, que previa esse aproveitamento, mas modificou, também por completo, a redação do art. 29, §7º, reproduzindo, neste outro enunciado, a norma que antes constava do §6º. Veja-se:

§ 7º O novo estatuto ou instrumento de incorporação deve ser levado a registro e averbado, respectivamente, no Ofício Civil e no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 7º *Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.* (Redação dada pela Lei nº 13.107, de 2015)

10. É como, portanto, se tivesse havido mera

ADI 5105 / DF

renumeração do parágrafo em que consta a norma objeto da ADI. Em vista disso, a ação pode e deve prosseguir normalmente, bastando que, nela, onde se lia art. 29, §6º, da Lei nº 9.096/1995, leia-se art. 29, §7º.

11. A supressão da referência a tal §6º nos arts. 41-A, parágrafo único, da própria Lei nº 9.096/1995, e 47, §7º, da Lei nº 9.504/1997 tampouco afetou substancialmente o quadro normativo descrito na inicial. Afinal, mesmo sem a menção expressa à norma que hoje consta no art. 47, §7º, da Lei nº 9.096/1995, os arts. 41-A, parágrafo único, desse diploma, e 47, §7º, da Lei nº 9.504/1997 hão de se interpretados sistematicamente com ela.

12. Assim, considerando que a jurisprudência do STF apenas reconhece a perda de objeto quando a *norma* – e não o mero enunciado normativo – impugnada na ação direta tenha sido revogada ou alterada substancialmente, voto pelo prosseguimento desta ação, com exame de seu mérito pela Corte. Cito, nesse sentido, os seguintes precedentes: ADI 4140 MC, Rel. Min. Ellen Gracie; ADI 2501, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 4048 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes.

13. Ressalto, ainda, que o fato de não ter havido aditamento à petição inicial para inserir, expressamente como objeto da ação, a nova redação dada pela Lei nº 13.107/2015 aos dispositivos impugnados não abala a conclusão a que cheguei. A exigência de aditamento visa a garantir a atualidade do debate processual e do exercício jurisdicional nas ações de controle abstrato, conferindo, a este último, a maior efetividade possível. A ideia é que o STF se dedique a analisar a validade em abstrato apenas de normas ainda em vigor. Para atingir essa finalidade é que se exige do requerente a emenda da inicial em caso de alteração das normas impugnadas; ou seja, para assegurar que a discussão judicial tome por base o quadro normativo atual e se promova, assim, o exercício mais efetivo possível do controle de constitucionalidade. Nos casos, porém, em que a mudança legislativa não

ADI 5105 / DF

seja substancial, não impactando as discussões já realizadas no processo, não há motivo para se exigir a formalidade de aditamento. Nessas hipóteses, o Tribunal pode, de ofício, considerar a mudança nos *dispositivos* impugnados e controlar, ainda assim, com a atualidade devida, as *normas* impugnadas na ação, que são, substancialmente, as mesmas.

14. Há, ainda, uma última observação a ser feita acerca do conhecimento desta ação. Há dois dias, em 29.09.2015, foi publicada a Lei nº 13.165/2015, que modificou diversas regras eleitorais, inclusive sobre a criação de partidos políticos e o período para migração legítima, isto é, sem ofensa à fidelidade partidária, a essa novas legendas. Essas mudanças, embora substanciais, não afetaram, diretamente, o objeto da presente ação. O que se discute aqui - convém frisar - é se a migração de deputados federais para as novas agremiações, dando-se sem perda do cargo, possibilita o aproveitamento de sua representatividade pelo novo partido, para fins de participação no fundo partidário e na propaganda eleitoral gratuita. Pouco importa, para esse fim, qual é o período de migração aceito como exceção à regra de fidelidade partidária.

15. Assim, esta Corte pode e deve prosseguir no exame desta ADI, limitada que é, a controvérsia nela suscitada, a temática que não foi impactada diretamente pela Lei nº 13.165/2015.

II. MÉRITO

16. No julgamento das ADIs 4430 e 4795, diante do silêncio na Lei nº 9.504/1997 quanto ao tema, o STF assegurou, *“aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação”* (Rel. Min. Dias

ADI 5105 / DF

Toffoli).

17. Em seguida, o Legislativo apreciou, em regime de urgência, projeto de lei visando a negar o direito assegurado pelo STF aos novos partidos políticos. Durante o processo legislativo, foi impetrado mandado de segurança por parlamentares que alegaram que a atuação legislativa, de reação à decisão do STF nas ADIs 4430 e 4795, seria ilegítima. A Corte, por maioria, rejeitou a pretensão mandamental, garantindo o direito do Congresso Nacional de atuar como agente de interpretação e conformação constitucional. Confira-se:

Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob

ADI 5105 / DF

todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido. (MS 32033, Rel. para acórdão Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013) (grifei).

18. A lei foi, ao final, aprovada, dando ensejo à presente ação direta de inconstitucionalidade. A primeira discussão que se coloca, portanto, é saber se o Congresso Nacional poderia ter editado norma consagrando interpretação constitucional oposta à manifestada pelo Supremo pouco tempo antes. Concluindo-se que sim, será preciso avaliar a constitucionalidade substancial da norma editada pelo Congresso, que diz respeito, conforme assinalado, a regras do jogo eleitoral, mais especificamente à participação de partidos novos no fundo partidário e na propaganda gratuita.

19. Para enfrentar o tema, partirei de algumas considerações acerca da ideia contemporânea de democracia, que, a meu ver, possui três dimensões: (i) a dimensão do voto, materializada na

ADI 5105 / DF

democracia representativa; (ii) a dimensão dos direitos fundamentais, materializada na democracia constitucional; e (iii) a dimensão das razões, materializada na democracia deliberativa. Enfatizarei aqui, por apresentarem de maior relevância para o caso examinado, aspectos da democracia deliberativa e representativa, nesta ordem.

Supremacia judicial vs. diálogos institucionais

20. Como acentuado, a primeira controvérsia que a ação analisada suscita diz respeito aos limites próprios de atuação do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal na interpretação da Constituição.

21. Tradicionalmente, entendia-se que a prevalência na matéria seria do STF. Sob essa ótica, de *supremacia judicial*, a Corte teria a última palavra na definição do sentido e do alcance da Constituição e, por consequência, uma lei editada pelo Congresso consagrando interpretação oposta à acolhida pelo STF poderia ser declarada inválida com base nessa única circunstância.

22. Recentemente, contudo, essa visão tem sido atenuada, por influência da ideia de democracia deliberativa. A meu ver com razão, tem se compreendido que a supremacia judicial deve ceder espaço aos chamados *diálogos institucionais*. Nunca existiria, assim, uma decisão final e definitiva sobre determinada questão constitucional. A interpretação, ainda que consagrada pelo STF, ficaria sempre aberta ao debate público e a novas propostas.

23. Os diálogos institucionais podem se manifestar por meio de diferentes comportamentos, tanto do Congresso como do Supremo. Este último pode, por exemplo, adotar a técnica decisória de apelo ao legislador. Em resumo, verificando que alguma matéria é malversada, mas que sua correção depende de atuação do Poder

ADI 5105 / DF

Legislativo, o STF se pronuncia nesse sentido, dando ciência ao Legislativo de que há uma mudança a ser feita.

24. Uma segunda vertente de diálogo institucional é a devolução da matéria pelo STF ao Poder Legislativo. A Corte dá uma solução provisória à controvérsia apresentada em juízo e estipula um prazo para que o Congresso a proveja definitivamente. Assim, em vez de dar a última palavra, o Supremo incentiva o Congresso a, ele próprio, disciplinar o assunto.

25. O debate travado na presente ADI envolve, porém, uma terceira forma de diálogo institucional, que é a superação da jurisprudência. O STF profere decisão em determinado sentido, endossando determinada interpretação da Constituição, e o Congresso, oferecendo argumentos em resposta à Corte, edita ato normativo em sentido diverso.

26. Essa manifestação de diálogo pelo Congresso pode se dar por emenda constitucional ou por lei. A regra é que dê por emenda, como ocorreu, por exemplo, em relação: (i) à taxa municipal de iluminação pública (EC 39/2002); (ii) à progressividade das alíquotas do IPTU (EC 29/2000); (iii) à cobrança de contribuição previdenciária de servidores inativos (EC 41/2003); e (iv) ao número de vereadores por Município (EC 58/2009). Aprovada a emenda, prevalecerá a palavra do Congresso, salvo se a matéria for protegida por cláusula pétrea. Portanto, em rigor, não há supremacia judicial, pelo menos nas questões que possam ser tratadas por emenda à Constituição.

27. Já a superação da jurisprudência por lei, embora possível, se restringe aos casos em que haja mais de uma interpretação constitucional válida. A jurisprudência do STF refletiria, desse modo, uma dessas interpretações possíveis da Constituição, e o Congresso editaria lei optando por outra. Até mesmo por essa legitimidade restrita, a

ADI 5105 / DF

superação da jurisprudência por lei demanda do Congresso significativo esforço argumentativo. É preciso, em síntese, que ele explicita tanto a existência de mais de uma interpretação possível como os motivos pelos quais a interpretação por ele adotada seria melhor do que a encampada pelo STF.

28. Vale lembrar que a superação da jurisprudência por lei, como toda manifestação de diálogo institucional, se ampara na dimensão deliberativa da democracia. Por isso, exige a efetiva apresentação de argumentos, a efetiva troca de ideias entre os agentes da interpretação constitucional. *A contrario sensu*, não se admite que Congresso, simplesmente, esvazie uma decisão do STF porque quer, sem oferecer nenhum tipo de razão capaz de passar pelo crivo do debate público.

29. Aplicando essas considerações ao caso ora analisado, conclui-se que as normas impugnadas na ADI são fruto do autoritarismo do Congresso Nacional, e não do exercício legítimo de diálogo com o STF. Conforme relatado, o STF havia decidido que o partidos políticos novos têm direito a aproveitar, para fins de obtenção de maior fração do fundo partidário e do tempo de propaganda eleitoral, a representatividade dos parlamentares que para eles migrem sem perda de mandato. O Congresso editou, em seguida, regras em sentido oposto, sem se preocupar, contudo, em justificar a adoção desse entendimento.

30. O que houve, assim, foi uma tentativa de impor ao STF uma LEITURA da Constituição, sem que fosse indicado qualquer elemento que pudesse ao menos justificar a revisão da interpretação que havia sido consagrada meses antes pelo próprio Tribunal. O único argumento utilizado pelo Congresso foi o argumento de autoridade, o qual, todavia, não se sustenta em um regime democrático. Nesse contexto, a inconstitucionalidade das normas impugnadas nesta ADI pode ser atestada pela mera reiteração do julgamento proferido nas ADIs

ADI 5105 / DF

4430 e 4795. Em nome, porém, da mencionada democracia de razões que deve, mais do que a palavra desta ou daquela instituição, prevalecer, passo a indicar, expressamente, os motivos pelos quais considero que a interpretação acolhida pela Corte nas citadas ADIs se mantém, substancialmente, válida.

Democracia representativa, partidos políticos e a criação de novas agremiações

31. A dimensão representativa da democracia é diretamente afetada pela lei objeto da presente ação, que veio a compor a disciplina de divisão do fundo partidário e do tempo de propaganda eleitoral entre os partidos políticos. Afinal, o principal critério empregado no ordenamento brasileiro para a distribuição desses direitos é, justamente, a representatividade, isto é, a quantidade de votos obtidos por cada partido para a Câmara dos Deputados. Dessa forma, examinar a constitucionalidade de lei que regule a participação de partidos novos na divisão do fundo partidário e do direito de antena é, em última análise, verificar como deve ser mensurada a representatividade de uma nova agremiação.

32. Sabemos que o sistema eleitoral brasileiro adota, como regra para os cargos legislativos, o voto proporcional em lista aberta. Por esse sistema, menos de 10% dos candidatos à Câmara dos Deputados tem conseguido se eleger com votação própria^{[1][1]}. A maior parte (mais de 90%, portanto) é eleita por transferência de votos dados ao partido ou a outros candidatos do partido. Essa centralidade das agremiações políticas no sistema brasileiro gera graves problemas, a começar pelo fato de que, em geral, o eleitor não sabe quem elegeu e o eleito não saber quem o elegeu. E nada pode ser mais trágico para a representatividade democrática do que isto: o eleitor não saber de quem cobrar e o eleito não saber a quem prestar contas.

ADI 5105 / DF

33. Apesar desses efeitos deletérios, a centralidade dos partidos políticos no sistema brasileiro decorre de uma opção do poder constituinte, regulamentada pelo legislador dentro de sua margem de apreciação. Assim, a atuação do STF em defesa da democracia não pode abdicar da observância ao modelo previsto na própria Constituição para nosso sistema político. Nesse sentido, inclusive, é que a Corte decidiu, a meu ver com razão, que a desfiliação de parlamentar eleito pelo sistema proporcional deve levar, em regra, à retomada do cargo pela agremiação pela qual ele se elegeu (Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604). Ao reconhecer a denominada fidelidade partidária nos cargos preenchidos pelo sistema proporcional, o STF reforçou, em alguma medida, a centralidade dos partidos na política nacional, mas o fez para assegurar a observância, do modelo estabelecido na Constituição de 1988.

34. De todo modo - e este é o ponto central para exame da presente ADI -, o reconhecimento da fidelidade partidária pelo STF sempre contemplou a existência de hipóteses excepcionais, em que a mudança de partido político não acarretaria a perda do cargo pelo parlamentar. Dentre essas exceções, fundamentadas em valores constitucionais como o pluralismo político e a liberdade de expressão, está a criação de nova legenda, como restou reconhecido na Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

I) incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal.

ADI 5105 / DF

35. O debate instaurado nesta ação parte, portanto, do pressuposto, fruto da jurisprudência desta Corte e da Resolução do TSE, de que a criação de partido político autoriza a migração de parlamentares, sem que se possa falar em infidelidade partidária. Essa premissa - cabe lembrar - continua válida após o advento da Lei nº 13.165/2015. Tal diploma manteve a possibilidade de migração a novos partidos sem perda do cargo pelo parlamentar migrante (cf. inclusão do art. 22-A à Lei nº 9.096/1995[2][2]), ainda que de forma bem mais restrita do que vinha sendo admitido pelo STF e pelo TSE - o que poderá, inclusive, ter sua constitucionalidade discutida, mas não constitui objeto da presente ação.

36. Diante, então, da pressuposta situação de migração para partido político novo sem perda do cargo, o que se discute aqui é se a representatividade do parlamentar migrante pode ser computada, pela nova legenda, para fins de acesso ao fundo partidário e à propaganda eleitoral. Entendo que sim, por dois motivos principais, que já haviam sido vislumbrados pelo STF no julgamento das ADIs 4430 e 4795.

37. O primeiro motivo consiste na inviabilidade de um partido novo ter sua representatividade mensurada por eleições que ocorreram antes mesmo de sua criação. Diante dessa impossibilidade prática, é preciso pensar em algum mecanismo alternativo de apuração da representatividade dessas agremiações, a fim de definir sua participação no fundo partidário e na propaganda eleitoral. A consideração, para esses fins, dos deputados que tenham migrado sem perda do cargo às novas legendas parece ser o mecanismo mais razoável, até mesmo porque coerente com a regra - que, como dito, aqui é pressuposta - de manutenção dos mandatos pelos parlamentares migrantes.

38. O segundo motivo, por sua vez, diz respeito à isonomia. Há, no ordenamento, regras que permitem o aproveitamento

ADI 5105 / DF

de parlamentares migrantes, para fins de acesso ao fundo partidário e ao direito de antena, por partidos novos oriundos de fusão ou incorporação (art. 29, §7º, da Lei nº 9.096/1995). Ora, se o próprio legislador considerou que seria válido e razoável contemplar essas agremiações com um regramento especial, para que pudessem ter sua representatividade de alguma forma medida mesmo não tendo participado das últimas eleições para a Câmara dos Deputados, lógica idêntica deve se aplicar aos partidos “puramente” novos. Afinal, não há nesse particular elemento que justifique o tratamento diferenciado entre partidos novos resultantes de fusão ou incorporação e partidos novos sem essa origem.

39. Por último, vale acrescentar que a natureza das regras em jogo reforça a legitimidade da interpretação e do controle exercidos pelo STF. Isso porque as regras político-eleitorais são especialmente suscetíveis a manipulações particularistas pelos ocupantes de cargos eletivos. Mudar essas regras é, infelizmente, um dos artifícios mais comuns que as maiorias utilizam para se perpetuarem no poder. Cabe, assim, ao Judiciário o papel institucional de defesa das minorias políticas e, com isso, da preservação da ordem democrática. E é isto o que foi feito nas ADIs 4430 e 4795 e, agora, se repete.

III. CONCLUSÃO

40. Diante do exposto, voto pela procedência da ADI, reafirmando a tese que esta Corte já havia acolhido nas ADIs 4430 e 4795 e que assim sintetizo: *“os partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, têm o direito de aproveitar, para fins de participação no fundo partidário e na propaganda eleitoral gratuita, a representatividade dos deputados federais que tenham para eles migrado sem perda do mandato”*.

ADI 5105 / DF

[1][1] Nas eleições de 2014, dos 513 deputados federais apenas 36 alcançaram o quociente eleitoral por votação própria.

[2][2] “Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - grave discriminação política pessoal; e

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente”.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, entrei nessa sala hoje cheio de certezas. Estava disposto a acompanhar o voto do Ministro Luiz Fux, porque fundado num precedente importante do Supremo, ainda que por maioria. Todavia, a riqueza dos debates eliminou minhas certezas e, não fora a urgência em concluir o julgamento, eu pediria vista para examinar melhor. De modo que eu vou votar. E, em face da dúvida, vou votar acompanhando a divergência, para manter a norma atacada.

Sabemos que o acesso ao fundo partidário e ao direito de antena é matéria submetida ao princípio da reserva legal, pelo § 3º do art. 17 da Constituição.

Ora, dos debates ficou evidenciada a razoabilidade, a conveniência, a legitimidade da escolha que o legislador fez quando editou os preceitos normativos que estão aqui discutidos. Essa escolha tem a seu favor fundamentos importantes e relevantes, fundados em valores muito estimados pela Constituição, da mesma forma como existem, e como o Tribunal entendeu que existiam à época, fundamentos em sentido contrário. Se há fundamentos igualmente importantes - o Ministro Fachin colocou isso claramente no seu voto - em ambos os sentidos, seria razoável que o Supremo Tribunal Federal inibisse uma das escolhas feitas pelo legislador? Esta é a pergunta. No meu entender, não. No meu entender, se há fundamentos relevantes, todos de mesma hierarquia constitucional, em sentidos diferentes, não se pode, em princípio, inibir a escolha de um deles pelo legislador.

Sensibiliza-me muito um dos argumentos, que agora foi repetido pelo Ministro Barroso: 90%, ou mais de 90% dos candidatos eleitos em

ADI 5105 / DF

eleições proporcionais devem a sua eleição ao partido ao qual se achavam filiados à época que foram eleitos. Manter fidelidade ao partido que propiciou a sua eleição, parece-me razão importante para que se imponham certos anteparos à contínua ou a praticamente incondicional possibilidade de mudar de partidos, inconsequentemente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, Ministro Teori, nós estamos falando do direito de fazer campanha para a eleição seguinte.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo, mas nós estamos falando de uma campanha eleitoral em que o direito de antena e o fundo partidário poderá ser modificado em razão da movimentação parlamentar de um para outro partido. Esse é o raciocínio que eu quero fazer.

Restaria, Senhor Presidente, o argumento importantíssimo da questão da institucionalidade, tão profundamente, tão ricamente explorado na parte inicial do voto do Ministro Luis Fux. Ou seja, até que ponto é legítimo ao legislador, por lei ordinária, modificar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal? Esta é a pergunta. Eu concordo inteiramente com o Ministro Barroso quando afirma que, em princípio, essa modalidade de revisão da jurisprudência do Supremo por via ordinária não é legítima, sob pena de se submeter a decisão do Supremo à revisão do legislador ordinário.

Todavia, essa é uma questão delicadíssima que comporta certas relativizações. Primeiro, porque envolve uma questão a cujo respeito o Supremo ainda não tem posição definitiva. É a que diz respeito à força vinculante, não da conclusão, mas dos fundamentos das decisões. Ao que me consta, há, na jurisprudência da Casa, resistência em considerar que os próprios fundamentos das decisões tenham caráter vinculativo. Essa é uma questão importante quando se debate a respeito da força dos

ADI 5105 / DF

precedentes, como agora estamos a tratar.

Mas, Senhor Presidente, o que se deve considerar como exceção a essa possibilidade de uma lei ordinária superveniente aparentemente contrariar uma decisão do Supremo, o que se deve, sobretudo, examinar é outra razão, a que Vossa Excelência acabou de colocar, e o Ministro Barroso também: a da circunstância histórica das decisões e da própria legislação. Quando o Supremo decidiu, como decidiu no precedente de que nós estamos tratando, o fez considerando uma dada realidade social que, todavia, sofreu uma substancial modificação, especialmente no que se refere à proliferação anárquica do número de partidos políticos, com todas as consequências nefastas que todos os dias, aqui mesmo, estamos apontando. De modo que, atualmente, temos uma outra realidade. E, na realidade atual, parece ser razoável assentar a legitimidade da imposição de certos limites à criação, ou à fusão, ou à incorporação de partidos políticos, a exemplo do que fez o legislador nessas normas, cuja legitimidade estamos agora examinando.

De modo que, por essas sucintas razões, Senhor Presidente, não vendo inconstitucionalidade evidente e flagrante, prefiro cancelar a escolha feita pelo legislador.

Vou pedir vênias para acompanhar a divergência.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, enquanto ouvia o Ministro Fux desenvolver os brilhantíssimos fundamentos de seu voto, eu, que participei julgamento da ADI nº 4.430, em que acompanhei o Ministro Dias Toffoli, estava inclinada a seguir o voto de Sua Excelência, o Relator, com muita tranquilidade.

Os fundamentos agora externados pelo Ministro Fachin me fizeram, como aconteceu com o Ministro Teori, até desejar refletir melhor sobre a matéria. Mas há que votar hoje. E o fazendo hoje, concluo no sentido oposto à divergência. Acompanho, pois, o voto do eminente Relator. Convenci-me, no julgamento da ADI nº 4.430, pela inconstitucionalidade. Com relação às questões, todas teóricas, trazidas pelo Ministro Fux e da mesma forma muito bem explicitadas pelo Ministro Barroso, sigo na mesma linha e, por isso, julgo procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, sem prejuízo de continuar a refletir sobre o tema. **É como voto.**

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, inicio mais uma vez cumprimentando o eminente Relator pela profundidade de seu voto, agregando mais e melhores elementos em relação àquele voto que então proferi.

Cumprimento também os colegas pelo debate que ocorreu aqui e que está a ocorrer ao longo desta tarde, louvando as reflexões feitas a respeito de todas essas dificuldades que nosso sistema eleitoral político tem, bem como de seu esgotamento.

No que tange à ação, especificamente, trago voto escrito, Senhor Presidente. Diante do tempo que já tomei da Corte e dos elementos que já proferi no voto, que é de todos conhecido, anteriormente, vou fazer, então, a juntada.

No momento, limito-me, pedindo vênias à divergência, a acompanhar o eminente Relator.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Solidariedade em face i) do art. 1º da Lei Federal nº 12.875, de 30 de outubro de 2013, que conferiu nova redação aos arts. 29, § 6º, e 41-A da Lei Federal nº 9.096/1995; ii) do art. 2º da mesma Lei Federal nº 12.875/2013, na parte em que acresceu o § 7º ao art. 47 da Lei Federal nº 9.504/1997. Alega o proponente que estas normas estariam restringindo o acesso dos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo destinado à propaganda eleitoral.

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Lei Federal nº 12.875 de 30/10/2013

Art. 1º A Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 29. (...)

§ 6º Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.

(...)

(NR)

‘Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham

ADI 5105 / DF

seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29.' (NR)

Art. 2º O art. 47 da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 47 (...)

§ 7º Para efeito do disposto no § 2o, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6o do art. 29 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995.’ (NR)”

O autor alega que a norma impugnada teria estabelecido tratamento diferenciado entre a hipótese de mudança do parlamentar para legenda totalmente nova, criada após a realização das eleições para a Câmara dos Deputados, e o caso em que a mudança de legenda ocorra em razão de fusão ou incorporação de partidos, visto que, no primeiro caso, os “partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, não teriam qualquer tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão e muito menos acesso ao fundo partidário” (fl. 7).

O autor também aduz que os dispositivos impugnados tentam superar o entendimento firmado por este Tribunal no julgamento das ADI nº 4430/DF e nº 4795/DF, nas quais ficou assentada a inconstitucionalidade de “qualquer distinção em relação ao momento em que é auferida a representação pela agremiação partidária”.

Sustenta que “nenhuma norma que vier a regular o art. 17, § 3º, da CF/1988 poderá retirar do partido político o direito aos recursos do fundo partidário e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, porquanto esses direitos são indispensáveis à existência e ao desenvolvimento de tais

ADI 5105 / DF

agregações”. Nesse quadro, alega haver violação do art. 1º, inciso V e parágrafo único (regime democrático, representativo e pluripartidário), do art. 5º, **caput**, e do art. 17, **caput** (liberdade de criação de partidos políticos) e § 3º (direito dos partidos ao fundo partidário e à antena), todos da Constituição Federal.

De início, observo que a tramitação do Projeto de Lei nº 4.470/2012, que deu origem à Lei Federal nº 12.875, de 30/10/2013, impugnada nesta ação direta, foi objeto de análise por esta Corte no julgamento do MS nº 32.033, de relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, Relator para o acórdão o Ministro **Teori Zavascki** (Tribunal Pleno, DJe de 18/2/14).

A ação fora impetrada pelo então Senador Rodrigo Sobral Rollemberg, que alegava, em síntese:

“(1) tramitação de projeto de lei casuisticamente forjado para prejudicar destinatários certos e definidos na presente legislatura; (2) ofensa a cláusula pétrea, em virtude do esvaziamento do direito fundamental à livre criação de novos partidos e do pluralismo político, nos termos definidos pelo STF na decisão proferida na ADI 4.430; (3) esmagamento e sufocamento de novos movimentos políticos; (4) quebra do princípio da igualdade entre partidos, ainda que permitida certa gradação de tratamento diferenciado; (5) discriminação indevida pela criação de parlamentares de primeira e de segunda categorias; (6) excepcionalidade do caso”.

Naquele julgamento, **observei que o projeto de lei em questão correspondia a verdadeira “rescisória” da decisão proferida por esta Corte, em 29/06/2019, no julgamento das ADI nº 4430 e nº 4795, ambas de minha relatoria, no qual se conferiu interpretação conforme ao inciso II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504, em sua redação originária, que dispunha sobre a distribuição proporcional ao número de representantes dos partidos e coligações na Câmara dos Deputados de 2/3 (dois terços) dos horários reservados à propaganda eleitoral.**

ADI 5105 / DF

Com efeito, no julgamento das ADI nº 4430 e nº 4795, o Tribunal conferiu interpretação conforme ao referido preceito

“para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, **considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação**”.

No voto que proferi naquela assentada, o qual foi acompanhado pelos demais membros da Corte, assinalo que o “peso” do parlamentar, eleito nominalmente, deve ser considerado, para fins de representatividade, no caso de criação de novo partido político para o qual migrou o deputado (assim como nos casos de fusão e de incorporação).

Ademais, tomei como premissas para meu voto a liberdade de criação de partidos políticos (art. 17, CF/88); a paridade constitucional entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação de partidos políticos; a inviabilidade de aplicação do critério do desempenho eleitoral para os casos de criação de novas legendas partidárias; e a distinção entre a hipótese de migração direta de deputados federais para partido político novo (criação, fusão e incorporação de partido político) e a hipótese de sua migração para legenda que já participou de eleições anteriores (justa causa sem perda de mandato).

Eis que, depois de pouco mais de 1 (um) ano do julgamento das ADI nº 4430 e nº 4795, entrou em vigor a Lei Federal nº 12.875, de 30/10/2013, que acrescentou o § 7º ao art. 47 da Lei nº 9.504. Vejamos novamente o que dispõe esse preceito:

“§ 7º Para efeito do **disposto no § 2º**, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29 da

ADI 5105 / DF

Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995” (grifos nossos).

Ocorre que o § 2º do art. 47, no seu inciso I, contém o preceito ao qual esta Corte deu interpretação conforme no julgamento daquelas ações diretas. Sendo assim, o que a nova lei fez foi superar o entendimento firmado por esta Corte naquelas ADI, para, novamente, desconsiderar, para efeito do cálculo de tempo de propaganda eleitoral da nova legenda, a representatividade dos parlamentares que para ela migraram.

O § 6º do art. 29 da Lei nº 9.096/95, por seu turno, com a redação dada pela Lei Federal nº 12.875, de 30/10/2013, afirma que serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária para efeito de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão, “**em quaisquer hipóteses**”, inclusive naquela hipótese à qual nós demos interpretação conforme ao julgar as ADI nº 4.430 e nº 4.795. Por fim, o parágrafo único do art. 41-A daquela mesma lei, com a redação da Lei Federal nº 12.875, de 30/10/2013, ao tratar da fusão e da incorporação de partidos políticos, também desconsidera as mudanças de filiação partidária na distribuição dos recursos do Fundo Partidário.

Nota-se, portanto, que as normas impugnadas correspondem à superação legislativa do entendimento firmado naquela ação direta, de modo que, por meio da presente ação, o Partido Solidariedade devolve à apreciação desta Corte tema já apreciado nas ADI nº 4.430 e nº 4.795.

Ressalto que não vejo razões para rever o posicionamento exposto por mim no julgamento daquelas ações diretas de inconstitucionalidade, o qual reitero neste voto.

As alterações legislativas impugnadas têm em comum o fato de determinarem que, para efeito de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do tempo de acesso ao rádio e à televisão, devem ser considerados os votos obtidos pelo partido político nas últimas eleições para a Câmara dos Deputados, desconsiderando-se eventuais mudanças de filiação partidária, de modo que o parlamentar que migra de partido não leva consigo sua representatividade.

Conforme consignei em meu voto nas ADI nº 4.430 e nº 4.795, a

ADI 5105 / DF

problemática ora em análise, mais do que a questão acerca da titularidade do mandato político, passa pela definição das prerrogativas de que dispõe um **partido político criado no curso da legislatura da Câmara dos Deputados**, o qual, por óbvio, não terá participado das eleições em que foram eleitos os representantes do povo.

Antes de tudo, porém, é primordial termos em mente o processo histórico de formação dos partidos políticos no Brasil e sua repercussão no desenvolvimento do sistema proporcional de representação de listas abertas.

PROCESSO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL E O PROCESSO DE IMPLANTAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL (SISTEMA DE LISTAS ABERTAS)

A história dos partidos políticos no Brasil e a adoção do sistema proporcional de listas abertas demonstram, mais uma vez, a **importância do permanente debate entre “elites locais” e “elites nacionais” no desenvolvimento de nossas instituições.**

Na presente análise, essa reflexão ressalta a histórica dificuldade de surgimento e fortalecimento dos partidos nacionais, diante da inegável força das autoridades locais.

Durante o Brasil Colônia, a ideia mais próxima de posições partidárias – embora os “partidos” mais se aproximassem de “simples facções”, para usar a expressão de Afonso Arinos – se configurava no debate entre o grupo republicano, defensor da independência, e o dos “corcundas”, portugueses regressistas.

Relativamente ao Período Imperial, afirma Samuel Dal-Farra Napolini que, “nos primeiros anos de sua vida independente, a Nação brasileira não conhecia partidos propriamente ditos”(op. cit. p. 136). Foi durante o Período Regencial (1831-1840), em razão da ausência temporária do Poder Moderador, que surgiram, com força, as primeiras tendências de opinião relativamente estáveis:

“(…) [O]s restauradores unir-se-iam paulatinamente à ala

ADI 5105 / DF

moderada do pensamento liberal brasileiro (regressistas), advogando sobretudo a centralização do poder no Rio de Janeiro, enquanto uma maior autonomia para as províncias e uma interpretação ampliativa das liberdades públicas reconhecidas pela Constituição de 1824 eram princípios defendidos pela corrente oposta, a dos liberais autênticos” (NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. op. cit., p. 137).

Desses grupos surgem os dois grandes “partidos” do Império, os partidos Conservador e Liberal, que divergiam, sobretudo, em relação ao grau de centralização política do Império e ao poder deferido às províncias.

Com a República e a adoção do federalismo, sobressaem as antigas províncias, agora Estados-membros. Afonso Arinos lembra que “[a] **mentalidade republicana era federal em primeiro lugar; em segundo, anti-partidária, no sentido nacional**”, tendo a nova elite republicana verdadeira ojeriza, hostilidade aos partidos nacionais (**História e teoria dos partidos políticos no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1980. p. 53-54).

Em consequência disso, ganham poder e espaço as oligarquias rurais regionais, sobressaindo, conforme retratado por Victor Nunes Leal em sua clássica obra **Coronelismo, enxada e voto**, a chamada “política dos governadores”, cujo elo primário era a “política dos coronéis”.

Com o “coronelismo”, e seu inerente sistema de reciprocidade, dá-se a manipulação do voto pelos chefes locais, em torno dos quais se arrematavam as oligarquias locais. Nas palavras de Nunes Leal, “[e]ssa poderosa realidade reflete-se de modo sintomático na vida dos partidos, agravando os embaraços que lhes advêm da organização federativa do país” (**Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 271).

Com efeito, o eleitorado era dominado pelas situações estaduais. A base da política era o domínio dos governadores sobre o voto. Deixava-se de lado a ideia de partidos nacionais, que poderiam trazer riscos para a autonomia dos Estados, e surgiam “os famosos ‘P. R.’ [Partidos

ADI 5105 / DF

Republicanos] em quase todo o Brasil” (Afonso Arinos. op. cit. p. 57).

Como explicita Samuel Dal-Farra Napolini:

“As atividades partidárias, conquanto exista, desenvolvem-se em termos estritamente regionais, tratando-se, no mais das vezes, de grupos oligárquicos reunidos em torno de um líder ou família. As iniciativas pioneiras de partidos nacionais, todas elas genuinamente parlamentares, malogram: assim o Partido Republicano Federal[,] de Francisco Glicério (1893-1897), o Partido Republicano Conservador[,] de Pinheiro Machado (1910-1914) e o Partido Republicano Liberal[,] de Rui Barbosa. Dominam a cena política os partidos republicanos regionais dos dois Estados mais ricos da Federação, São Paulo e Minas Gerais, que, de forma praticamente ininterrupta, se revezam na presidência da República por cerca de quarenta anos” (op. cit., p. 139).

De igual modo, juridicamente, os partidos então existentes não tinham sequer disciplina específica, fundavam-se no direito geral de associação civil, regulado pelo Código Civil de 1916.

Foi somente após a Revolução de 1930 e de suas históricas consequências no Direito Eleitoral nacional, com a edição do Decreto 21.076, de 1932, primeiro Código Eleitoral brasileiro, que se passou a ter um **instrumento jurídico nacional** reconhecendo a existência jurídica dos partidos políticos e regulando seu funcionamento. De acordo com esse regramento, os partidos políticos podiam ser (art. 18): (i) permanentes, adquirindo personalidade jurídica mediante inscrição no registro a que se refere o art. 18 do Código Civil; (ii) provisórios, formados transitoriamente para disputar as eleições; ou (iii) equiparados às associações de classe legalmente constituídas. Segundo aquele dispositivo legal, eram admitidos, ainda, as candidaturas avulsas (art. 88, parágrafo único), desde que requeridas por um número mínimo de eleitores, e os partidos estaduais.

Mudanças como essas não surtiriam efeitos de um dia para o outro. Nas palavras de Afonso Arinos,

ADI 5105 / DF

“[a] nacionalização dos partidos só poderia vir mais tarde. Não estava, ainda, dentro da mentalidade da época. Seria fruto da evolução natural do pensamento político e também da experiência centralizadora da ditadura” (op. cit. p. 63, grifos nossos).

Como esperado, o domínio dos partidos estaduais perdurou. Como lembra Samuel Dal-Farra Napolini, não obstante o surgimento de algumas novas legendas, derivadas de rupturas nas oligarquias locais produzidas pelo Movimento de 1930, tais como o Partido Democrático Paulista e o Partido Libertador Gaúcho,

“[esses] tímidos avanços refletem, a bem da verdade, muito da origem social e ideológica dos revolucionários, divididos entre o movimento *tenentista*, reformador, mas, por essência, avesso ao pluralismo e aos partidos políticos, e *oligarquias regionais*, como a mineira e a gaúcha, que enxergavam na Revolução apenas um instrumento para apear do poder federal a elite cafeeicultora paulista” (op. cit., p. 142).

Com o golpe de 1937, um dos primeiros atos do Estado Novo foi a edição do Decreto-lei nº 37, de 2 de dezembro de 1937, que dissolveu compulsoriamente todos os partidos políticos, cominando penas severas a seus transgressores.

Esse decreto-lei somente foi revogado com a edição, **em 1945** - já no final da ditadura Vargas, mas se beneficiando de sua influência centralizadora, do **Decreto-lei nº 7.586**, também conhecido como “Lei Agamenon Magalhães”, com o qual, **finalmente, se passou a exigir dos partidos políticos uma atuação em âmbito nacional**. Segundo Afonso Arinos,

“[n]este ponto a influência centralizadora do Estado Novo foi benéfica. Aquilo que não tinha conseguido a Constituinte de 1934 – o reconhecimento solene dos partidos como instrumento

ADI 5105 / DF

de governo e a imposição do seu caráter nacional – a Constituição de 1946 já encontra feito, através da lei eleitoral da ditadura.

E, achando o caminho aberto, não teve mais que conservá-lo, o que fez sem dificuldades. Foi, não há dúvida, um grande passo, o do decreto 7.586.

O processo histórico da nacionalização dos partidos achou neste diploma uma acolhida estimulante para seu desenvolvimento. As condições gerais eram mais favoráveis a essa acolhida. Progredira a mentalidade partidária e se enriquecera com a experiência de 1932-1937” (op. cit. p. 80).

Procurava-se, então, estimular a mentalidade partidária nacional, impondo a criação de partidos em bases nacionais (LEAL, Victor Nunes. op. cit., p. 262). Buscava-se, com isso, diminuir a força das elites regionais, afastando-se, juntamente com os partidos estaduais, a sombra das disputas locais e a possibilidade de captura do poder central por partido de caráter (interesse) fracionário.

Inegavelmente, a ausência de representatividade histórica dos partidos políticos brasileiros e o permanente debate sobre a contraposição entre a unidade nacional e a força das elites locais refletem no próprio desenvolvimento do sistema de representação proporcional brasileiro.

Os fatos de não se conhecer um verdadeiro sistema partidário de âmbito nacional (presente o mundo real) - embora esse seja necessário para assegurar a unidade da Nação - e de se ter, primordialmente, uma base eleitoral regional revelam a necessidade de se conferir, embora adotando o sistema proporcional, representação às elites locais por intermédio do voto uninominal em circunscrição que coincide com os estados da federação.

Como já salientado, o sistema proporcional no Brasil teve seu início em 1932, com o Código Eleitoral, consubstanciado pelo Decreto nº 21.076, sob a égide da Constituição de 1891, que consagrava o princípio da representatividade.

Contudo, ainda durante o Império, ilustres como o maranhense João

ADI 5105 / DF

Mendes de Almeida e o cearense José de Alencar, em razão dos reflexos das ideias de representação que afluíam na Europa, já defendiam a tese da representação proporcional.

Como informa Juliano Machado Pires, em dissertação sobre o processo de implantação da representação proporcional no Brasil, em 1870, João Mendes de Almeida, eleito deputado pela província de São Paulo, apresentou o Projeto de Lei nº 251, propondo que o país adotasse a “representação pessoal com voto contingente”, que consistia na “divisão dos votos por classe e dependendo da quantidade e do tipo de votos recebidos, os candidatos seriam separados em três tipos de turmas, chamadas de especiais, gerais ou subsidiárias”. Embora sequer tenha sido discutida, a proposta “demonstra a presença dos pensamentos de representação proporcional entre os parlamentares brasileiros” (**A invenção da lista aberta: o processo de implantação da representação proporcional no Brasil.** Dissertação apresentada ao Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro/ IUPERJ para a obtenção da titulação de Mestre em Ciência Política. Brasília: 2009. fl. 22).

Três anos depois, em 1873, José de Alencar, parlamentar pelo Ceará, apresentou um projeto de reforma eleitoral, abordando, de forma profunda, a questão da representação das minorias e a necessidade de um sistema apto a viabilizar “a genuína representação”. Mas, nas palavras do escritor:

“Há anos que o autor desta obra se ocupou da questão eleitoral, base do governo representativo.

Em janeiro de 1859 inseriu no *Jornal do Commercio* alguns artigos no desígnio de resolver o difícil problema da representação da minoria. Propunha o meio prático de restrição do voto de modo a deixar margem suficiente para que fosse também apurado o voto das fracções.

Em termos mais positivos, o número de votados devia ser inferir ao número de eleitos na proporção conveniente para garantir uma representação à minoria sem risco da maioria” (**Systema representativo.** ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal,

ADI 5105 / DF

1996. p. 3).

Os questionamentos de Alencar acerca do sistema eleitoral brasileiro vieram a refletir, inicialmente, na edição do Decreto nº 2.675, de 1875, conhecido como Lei do Terço, e, finalmente, no Código Eleitoral de 1932.

A Lei do Terço foi assim chamada porque os eleitores votavam em dois terços do número total de candidatos a serem eleitos, sendo dois terços dos cargos preenchidos pela maioria e um terço, pela minoria. Essa foi a primeira formulação legal de representação das minorias no Brasil.

Com a edição da Lei nº 3.029, de 1881, denominada Lei Saraiva – que recebeu essa denominação porque o Conselheiro Saraiva foi o responsável pela reforma eleitoral, tendo encarregado Rui Barbosa de redigir o projeto da nova lei –, aboliram-se as eleições indiretas, adotadas desde 1821, **introduzindo-se, assim, as eleições diretas e por distrito para deputados da Assembleia Nacional.**

Precursor do sistema proporcional na República, Assis Brasil publicou, em 1893, seu principal livro, **Democracia representativa – do voto e do modo de votar**, escrito como justificativa para mais um projeto de reforma da legislação eleitoral brasileira. Nas ainda atuais palavras de Assis Brasil, que se autointitulava “*representante da Nação*”:

“Antes de tudo, e não tendo em vista se não o mais elementar espírito de justiça, parece claro que a maioria dos eleitores deve fazer a maioria dos representantes, mas não a unanimidade da representação **se esta representação é nacional e não de um partido, ela deve refletir, tanto quanto possível como hábil miniatura, a situação geral, a soma das opiniões do povo que compõem a nação.** A minoria tem o direito de ser representada, e é preciso reconhecê-lo e satisfazê-lo” (**Democracia representativa - do voto e do modo de votar.** 3. ed, refundida, Lisboa: Guillard, Aillaud & C.a, pref. 1893. p. 131, grifos nossos).

Defendia, ainda, Assis Brasil a necessidade de formação de uma

ADI 5105 / DF

única circunscrição nacional como instrumento de se obter o que chamava de “*nacionalização do voto e da representação*”. Mas teve de ceder dessa proposição, em razão da vasta extensão do país, preferindo, por fim, a representação por Estado,

“pois não é de esperar que jamais se estabeleça unidade de collegio neste incommensurável colosso, cujas provincias, federadas por um **vinculo mais sentimental do que politico**, são mais diversas em muitos casos entre si do que algumas nações independentes em relação a outras e encerram muitas d’ellas mais territorio ou mais população do que quasi todos os Estados soberanos da America Latina” (op. cit. p. 213-214, grifos nossos).

Assis Brasil reconhecia a dificuldade para a emergência de verdadeiros partidos políticos no País, ponderando, não obstante, que tal razão não se poderia transformar em um empecilho ao desenvolvimento de um sistema de representação, pois

“[a] divisão dos cidadãos em partidos se torna fenômeno inevitável logo que a vida nacional começa a formalizar-se, ainda que não mui nitidamente. A existência de partidos é, pois, um fato com o qual se tem de contar necessariamente na evolução das nações” (**apud** BROSSARD, Paulo (org.). **Ideias políticas de Assis Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989. v. 3. p. 317-335).

Com efeito, embora a adoção do sistema proporcional seja obra do Código Eleitoral de 1932, resultado da Revolução de 1930, foram as obras de Assis Brasil que, “desde os primórdios do regime republicano até as vésperas da Revolução, [focalizaram e expuseram] assim o máximo problema político da Nação, jamais resolvido e que nunca se tentara resolver integral e racionalmente” (CABRAL, João C. da Rocha. **Código Eleitoral da República dos Estados Unidos do Brasil** - Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. p. 6).

ADI 5105 / DF

Juliano Machado Pires cita interessante detalhe desse momento histórico, que bem demonstra a importância para Assis Brasil do sistema por ele defendido:

“Antes de tomar posse, Vargas já articulava a escolha dos nomes que iriam integrar o ministério do Governo Provisório. Escolhe Assis Brasil para a pasta da Agricultura, Indústria e Comércio. Conforme Vargas escreveu em seu diário, a escolha e a própria nomeação de Assis se deram sem que o líder do Partido Libertador tivesse sido consultado. Getúlio não quis correr o risco de ouvir uma resposta negativa (VARGAS, 1995). Assis Brasil aceitou por telegrama a oferta.

Os jovens adeptos do Partido Libertador reagiram mal ao convite. Eles não aceitavam que o propagandista da república e líder civil dos maragatos e tenentistas aceitasse ser auxiliar do ‘*nouveau riche* da República’. Afinal, para esses jovens, o correto seria o contrário. Em visita ao jornal Estado do Rio Grande, órgão oficial do P. L., Assis disse ao jornalista Mem de Sá, então com 26 anos, ‘olhe, menino, saiba que todo homem tem seu preço. Eu tenho o meu. Não é o Ministério da Agricultura, não. É o Código Eleitoral, que considero a Carta de Alforria do povo brasileiro. Vou arrancá-la do Governo; é o meu preço’. (SÁ, 1973, p. 124-125). Augusto Ribeiro, (2001, p. 137) em um livro pró-Vargas, afirma que Assis Brasil teria dito: ‘Getúlio vai nos dar a anistia, o voto secreto e o voto proporcional. É por isso que lutamos há tanto tempo!’” (op. cit. p. 50-51).

Foi assim, sob forte influência do sistema proposto por Assis Brasil, que o primeiro Código Eleitoral brasileiro foi publicado, na forma do Decreto-lei nº 21.076, em 24 de fevereiro de 1932, trazendo uma série de inovações à legislação eleitoral, como o voto secreto, a Justiça Eleitoral e o voto feminino, mas, principalmente, o primeiro modelo de representação proporcional do país.

Segundo Assis Brasil, a referida legislação “tem muito de original; não é cópia de lei alguma, começa por isto: somos o primeiro país do

ADI 5105 / DF

mundo que fez um Código Eleitoral” (op. cit. v. 2, p. 184).

A representação proporcional estava disposta no art. 58 do Decreto e, já nessa época, enunciavam as ideias de quociente eleitoral e quociente partidário. O quociente eleitoral era determinado pela divisão entre o “número de eleitores que concorreram à eleição” e o “número de lugares a preencher no círculo eleitoral, desprezada a fração”. Já para a determinação do quociente partidário, dividia-se, pelo quociente eleitoral, o “número de votos emitidos em cédulas sob a mesma legenda, desprezada a fração”. A votação acontecia em dois turnos simultâneos e cada eleitor podia votar, no primeiro turno, em um só nome e, no segundo turno, em vários, a depender do número de lugares a preencher. Consideravam-se eleitos em primeiro turno aqueles candidatos que alcançassem o quociente eleitoral e, na ordem da votação obtida, tantos candidatos registrados sob a mesma legenda quanto indicasse o quociente partidário. Em segundo turno, eram eleitos os demais candidatos mais votados, até que fossem preenchidos todos os lugares não preenchidos no primeiro turno.

De acordo com o Código de 1932, o eleitor votava em um candidato e essa votação pessoal recebida pelo candidato seria útil à legenda na hora de se dividir as vagas do segundo turno (restos após a aplicação dos quocientes).

O sistema adotado era, em verdade, um sistema misto: proporcional no primeiro turno e majoritário no segundo, pois contemplava a eleição, em segundo turno, dos mais votados entre os que não haviam alcançado o quociente eleitoral.

Ademais, o Decreto 21.076/32 permitia, ainda, a apresentação de candidaturas avulsas, sem vinculação à legenda partidária, o que somente foi vedado na década de 40.

A Constituição de 1934 manteve a importância do regime representativo. O seu art. 23 determinou que os representantes do povo na Câmara dos Deputados fossem eleitos mediante sistema proporcional.

Mas, como salienta Vitor Nunes Leal, “as críticas ao código eleitoral, suscitadas pelos pleitos de maio de 1933 e outubro de 1934, motivaram a

ADI 5105 / DF

promulgação de outro – lei nº 48, de 4 de maio de 1935” (op. cit. p. 158).

Com efeito, a Lei nº 48, de 1935, modificou o Código Eleitoral de 1932, **passando-se a adotar o sistema que hoje conhecemos como de listas abertas**, de forma que as cédulas eleitorais passavam a conter apenas um único nome, dando novos contornos ao sistema eleitoral brasileiro.

Dos debates travados acerca do projeto de lei que resultou nas referidas alterações, colhidos do estudo realizado por Juliano Machado Pires, sobressaem importantes contribuições para a presente análise.

Cite-se, por oportuno, trecho do debate em torno do voto uninominal:

“Barreto Campelo – [...] O Código colheu o voto natural do brasileiro, o voto espontâneo, o voto primitivo, que é o voto uninominal. Na verdade, a maneira instintiva, primária e humana de votar é o voto individual.

Pedro Aleixo – Não conheço outro voto que não seja individual; mesmo dentro das organizações é sempre assim.

Barreto Campelo – Não é exato; o voto de partido é voto de consórcio; não se vota aí de homem para homem.

Pedro Aleixo – Mas é sempre de modo individual que se vota, preferindo este ou aquele partido.

Barreto Campelo – O voto de legenda é completamente oposto ao princípio individualista; é uma forma coletivista, em oposição à individualista (DPL, 1935, p. 1201-1206)” (op. cit. p. 110).

Ainda sobre a escolha do sistema proporcional, vale mencionar a defesa de João Villasbôas da adoção do sistema de listas fechadas, de forma que a ordem de votação dos candidatos fosse aquela dada no registro pelos respectivos partidos. O sistema proposto, no entanto, foi combatido por Pedro Aleixo:

“João Villasbôas – A classificação deve ser dada pelos partidos. Se o partido arca com a responsabilidade de colocar

ADI 5105 / DF

determinados candidatos na cabeça das cédulas, em primeiro turno, se ele tem a certeza de que não serão vitoriosos nas urnas todos os candidatos e de que fará, apenas, um representante, por que não assume a responsabilidade da colocação de todos os demais nomes?

Adolfo Bergamini – Por ordem preferencial partidária?

Pedro Aleixo – Meu receio é que fossemos instituir dentro dos partidos a possibilidade de abusos pelas direções partidárias. Preferi entregar aos eleitores do partido a escolha dos seus candidatos a deixar que a direção partidária fique discricionariamente dispendo da colaboração dos candidatos (DPL, 1935, p.1227-1229)” (op. cit. p. 115).

Embora a Lei nº 48 nem sequer tenha sido colocada em prática, pois, em 10 de novembro de 1937, antes das eleições previstas, houve a deflagração do regime ditatorial do Estado Novo e uma nova Constituição foi outorgada - da qual se depreende que os representantes do povo eram eleitos indiretamente -, **a novidade do sistema de listas abertas passou a estar presente em toda legislação eleitoral brasileira.**

Completando, ainda, o sistema eleitoral proporcional utilizado até os dias atuais, com a publicação do Decreto-Lei 7.586, de 28 de maio de 1945, foi, finalmente, extinta a possibilidade de candidaturas avulsas, **ganhando os partidos políticos o monopólio do lançamento de candidaturas, exigindo-se, em contrapartida, a atuação em âmbito nacional.**

O sistema eleitoral brasileiro de representação proporcional de lista aberta surgiu, portanto, desses embates, resultado que foi da conjugação de nossa ausência de tradição partidária com a força das nossas bases eleitorais regionais: **diante das dificuldades históricas de desenvolvimento de forças partidárias nacionais, não havia como forçar os eleitores do país a votar em partidos.**

Como já asseverava Assis Brasil, “[é] assim o caso brasileiro um d’aquelles em que a natureza das cousas sanciona a quebra dos principios” (op. cit. p. 214).

ADI 5105 / DF

Diante dessa realidade, diferentemente de outros modelos proporcionais, na maiorias das vezes de listas fechadas, desenvolveu-se, no Brasil, sistema proporcional peculiar e diferenciado - sistema semelhante, segundo informa Scott Mainwaring, é adotado, com certas diferenças, na Finlândia e no Chile.

Na prática, esse modelo, **fruto da cultura política brasileira**, contribuiu, em muito, para o processo de personalização do voto e, em consequência, para a continuidade do enfraquecimento dos partidos políticos. Como destaca Olavo Brasil de Lima Júnior, esse modelo

“encorajava a vida partidária, mas, ao mesmo tempo, incentivava o desenvolvimento de fortes lideranças individuais, criando um espaço propício ao confronto entre partidos e líderes, o que acarretaria o enfraquecimento dos primeiros diante das grandes lideranças individuais” (**Partidos Políticos brasileiros – 1945 a 1964**. Rio de Janeiro: Graal, 1983, p. 56).

Esse continua a ser nosso sistema atual.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, dando sequência ao modelo adotado desde 1932, estabeleceu, em seu art. 45, o sistema proporcional para as eleições de deputados federais, de deputados estaduais e de vereadores. Não adentrou o texto constitucional no modelo especificamente a ser adotado, embora, durante os debates da Assembleia Nacional Constituinte, se tenha tentado adotar modelos específicos, como o sistema distrital misto.

Pessoalmente, entendo que a conjugação do sistema proporcional de listas abertas e de votação uninominal com a exigência constitucional de partidos nacionais, com bases distritais nas unidades da Federação – Estados-membros e Distrito Federal –, é, acima de tudo, **solução adequada à representação federativa no âmbito da Nação**.

Em verdade, entendo que se trata de um **sistema de freios e contrapesos, *mutatis mutandis***, similar àquele necessário para garantir a independência e a harmonia entre os Poderes do Estado (art. 2º da Constituição).

ADI 5105 / DF

Explico: exige-se dos partidos o caráter nacional, mas se permite que sejam eles formados pelas elites/bases regionais. Ao mesmo tempo, confere-se ao povo/eleitor a possibilidade de, ao eleger seus representantes parlamentares, fazer uso do voto uninominal, garantindo-se, assim, que o representante eleito represente sua base eleitoral, os interesses locais, mas sem riscos para a Nação, **já que essa representação se dá no âmbito de uma plataforma ideológica nacional** – o partido nacional.

Ao mesmo passo não se dá aos partidos o poder de dispor sobre a ordem da lista, **evitando a criação de uma elite política nacional**.

Além disso, impede-se a formação de uma “elite nacional” também pela impossibilidade de candidaturas ao Parlamento pelo “distrito da Nação”. Não existem “deputados nacionais”. Os distritos são os Estados e o Distrito Federal.

Como se vê, o sistema de votação uninominal, de lista aberta de candidatos, traz consequências e questionamentos de difícil equacionamento, não se admitindo, nessa seara, afirmações absolutas ou que desconsiderem as peculiaridades que resultam desse sistema.

Minha conclusão é que, em nosso sistema proporcional, não há como afirmar, simplesmente, que a representatividade política do parlamentar está atrelada à legenda partidária para a qual foi eleito, ficando, em segundo plano, a legitimidade da escolha pessoal formulada pelo eleitor por meio do sufrágio.

Pelo contrário, em razão das características próprias do sistema de listas abertas, diversas daquelas das listas fechadas, **o voto amealhado dá prevalência à escolha pessoal do candidato pelo eleitor, em detrimento da proposta partidária**.

Como explicita Maurizio Cotta, a escolha do sistema partidário não se resume à forma de decidir quais são os eleitos; a escolha entre o sistema de listas abertas e listas fechadas significa também decidir qual o aspecto da representação que se quer ressaltar (**Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: UnB, 2010. v. 2. p. 1.105).

Desse modo, embora a filiação partidária seja condição de

ADI 5105 / DF

elegibilidade (art. 14, § 3º, V, CF/88), não se admitindo candidaturas avulsas, **o voto só na legenda partidária é apenas uma faculdade do eleitor** (art. 176 do Código Eleitoral), **opção exercida por uma minoria de eleitores**. Conquanto se faculte a possibilidade do voto de legenda, a verdade é que **o voto do eleitor brasileiro, mesmo nas eleições proporcionais, em geral, se dá em favor de determinado candidato**.

Basta ver os números das últimas eleições para deputado federal (2014): segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, do total de votos válidos, 8,37% foram de legenda e 91,63%, votos nominais.

Bem por isso, o “peso” do parlamentar, eleito nominalmente, deve ser considerado, sim, para fins de representatividade no caso de criação de novo partido político para o qual migre o deputado (assim como nos casos de fusão e de incorporação).

O CAPUT DO ART. 17 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE AS HIPÓTESES DE CRIAÇÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS

Além das razões acima, para chegar à conclusão do meu voto, tomo ainda por base, em resumo, os seguintes preceitos:

- A) a liberdade de criação de partidos políticos (art. 17, CF/88);
- B) a paridade constitucional entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação de partidos políticos;
- C) a inviabilidade de aplicação do critério do desempenho eleitoral para os casos de criação de novas legendas partidárias;
- D) a distinção entre a hipótese de migração direta de deputados federais para partido político novo (criação, fusão e incorporação de partido político) e a hipótese de migração para legenda que já participou de eleições anteriores (justa causa sem perda de mandato).

Como salienta a sempre clássica lição de Giovanni Sartori, o pluralismo político “indica uma diversificação do poder e, mais

ADI 5105 / DF

precisamente, a existência de uma pluralidade de grupos que são ao mesmo tempo independentes e não-inclusivos” (**Partidos e sistema partidários**. Ed. Brasileira. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982. p. 34).

Na atualidade, são os partidos políticos os principais entes pluralistas. Conseqüências diretas do pluralismo, as agremiações partidárias constituem fundamento próprio da República Federativa do Brasil, conforme inscrito no art. 1º, V, da Lei Fundamental.

Mereceram, por isso, na Constituição de 1988, atenção e disciplina especial, tendo-se destacado sua relevância no processo eleitoral, estabelecendo-se, inclusive, como condição de elegibilidade a filiação partidária (CF, art. 17).

A Carta da República consagra, ademais, logo na cabeça do art. 17 da Carta Maior, **a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos**, limitada essa liberdade à necessidade de resguardar os valores da soberania popular, do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana. **Vide:**

“Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

- I - caráter nacional;
- II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
- III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;
- IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.”

Tal inovação não passou despercebida nos debates da Assembleia Nacional Constituinte. Nas palavras do Deputado Francisco Rossi:

“Por oportuno, lembramos, nossa proposta contempla a possibilidade da livre criação de partidos. Essa medida,

ADI 5105 / DF

fundamental na construção de uma sociedade democrática e pluralista, harmoniza-se, de forma incontestável, com a criação dos distritos e, nestes, com o voto majoritário e proporcional, elementos essenciais para a ativação do processo de criação de agremiações partidárias.”

Como bem acentuou o Ministro **Gilmar Mendes** na ADI nº 1.351, é o partido político que figura como ponte entre a sociedade e o Estado, seja no momento eleitoral, seja nos demais aspectos da atividade política.

Vide:

“Os partidos políticos são 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 Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral. 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 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.”

Se o processo eleitoral deve representar o instrumento mediante o qual as diversas e variáveis alternativas políticas, sociais e econômicas são apresentadas ao conjunto de eleitores, que apontarão suas preferências com o exercício do sufrágio, são os partidos políticos, nesse contexto, que viabilizam o aporte de ideias plurais.

Como salienta Fávila Ribeiro, o partido político, em consonância com o postulado do pluralismo político,

ADI 5105 / DF

“[c]orresponde antes de tudo a uma exigência da democratização do poder político de modo a que se possa refletir a pluralidade de opiniões no ambiente da sociedade, tornando possível o pacífico revezamento das investidas governamentais aplicando o método da determinação aritmética das tendências majoritárias” (op. cit. p. 222).

Daí a relevância do pluripartidarismo e do estímulo constitucional à formação e ao desenvolvimento das agremiações partidárias como sujeitos do processo eleitoral.

Por outro lado, como já apontava Maurice Duverger, primeiro autor a estudar as influências dos sistemas eleitorais no processo político, é própria da representação proporcional a capacidade de multiplicar o número de partidos, favorecendo a criação de novos e a cisão dos existentes (*Os Partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970).

Extraio, portanto, do **princípio da liberdade de criação e transformação de partidos**, contido no **caput** do art. 17 da Constituição da República, o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, **na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão e de distribuição dos recursos do Fundo Partidário, leva consigo a representatividade dos deputados federais que para ela migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos.**

Destaque-se que não se está a falar apenas em liberdade abstrata de criação, no sentido formal de não se estabelecerem obstáculos a sua formação, mas, especialmente, no seu sentido material de viabilizar a permanência e o desenvolvimento dessas novas agremiações.

Ora, o direito constitucional das agremiações aos “recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”, consagrado no art. 17, § 3º, da Constituição, é de inegável relevância para a existência e o desenvolvimento dos partidos políticos. Mais ainda o é para os partidos recém-criados, consistindo a propaganda eleitoral gratuita em momento oportuno para a nova

ADI 5105 / DF

legenda se fazer conhecida, expondo ao público em geral as propostas políticas de seus candidatos.

Nesse sentido, Sérgio Sérvula da Cunha e Roberto Amaral apontam que a opção do Constituinte por uma sociedade pluralista tem **conteúdo prescritivo**, de forma que a tentativa de conter a proliferação e a atuação dos entes plurais seria incompatível com o texto constitucional. Nas palavras dos autores, afirmar

“que uma sociedade deve ser pluralista não significa fixar-se uma determinação numérica, (...) dentro da qual se permite a convivência dos diferentes; Significa, ao contrário, o dever de criar e manter esse espaço de convivência; restringi-lo, direta ou indiretamente, corresponde a ferir o princípio pluralista” (CUNHA, Sérgio Sérvulo da; AMARAL, Roberto. **Manual das eleições**. 2. ed. São paulo: Saraiva, 2002. p. 603.)

Com efeito, o impedir que o parlamentar fundador de novo partido leve consigo sua representatividade, para fins de divisão do tempo de TV e rádio e distribuição dos recursos do Fundo Partidário, esbarra, exatamente, no princípio da livre criação de partidos políticos, pois atribui, em última análise, um **desvalor ao mandato do parlamentar que migra para o novo partido, retirando-lhe parte das prerrogativas de sua representatividade política**. Restaria, em evidência, desestimulada a criação de novos partidos, **em especial por parte daqueles que já ocupam mandato na Câmara Federal**.

Ressalte-se, ademais, que a liberdade de criação de agremiações foi prevista, constitucionalmente, ao lado da liberdade de fusão, de incorporação e de extinção de partidos. Recebeu, portanto, o mesmo patamar constitucional dos direitos de fusão e incorporação, cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar essa equiparação existente no sistema constitucional.

Sendo assim, diante da explicitação operada pelo § 4º do art. 47 da Lei das Eleições de que “o número de representantes de partido que tenha resultado de **fusão** ou a que se tenha **incorporado** outro

ADI 5105 / DF

corresponderá à **soma dos representantes que os partidos de origem** possuíam na data mencionada no parágrafo anterior”, deve-se aplicar entendimento semelhante em relação à hipótese de criação de novo partido, de forma a **preservar a paridade constitucional entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação de partidos políticos**.

É bem verdade que, segundo o § 3º do art. 47 da Lei 9.504/97, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados será a **resultante da eleição**. Segundo essa regra, o número de representantes de cada partido na Câmara Federal, que serve de base para o cálculo do tempo de televisão e de rádio, é aquele definido pela última eleição para deputado federal.

De início, a redação originária do § 3º do art. 47 da Lei 9.504/97 estabelecia que “a representação de cada partido na Câmara dos Deputados será a existente na data de início da legislatura que estiver em curso”.

Como explicita Olivar Coneglian:

“Houve grande discussão no Congresso Nacional sobre um ponto polêmico da Lei das Eleições: qual data deveria ser considerada para se saber o número de representantes da Câmara? Havia aqueles que queriam como data a última possível para mudança de partido em tempo de regularizar a filiação partidária, ou seja, um ano antes de cada eleição. Esse critério favoreceria os partidos que tivessem grande número de novas filiações, em detrimento dos partidos que perdessem filiados.

Um segundo critério se manteve à tona e integrou o projeto da lei por muito tempo: uma média entre o número de deputados que cada partido elegeu com o número de deputados existente no último dia da filiação partidária.

Mas mesmo esse critério acabou se esvaindo, e prevaleceu por fim o critério consagrado pelo § 3º, no sentido de que a representação é aquela existente no início da legislatura em curso” (**Lei das Eleições comentada**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 264).

ADI 5105 / DF

Nesses termos, a Resolução nº 21.610/04 do Tribunal Superior Eleitoral, com a redação conferida pela Resolução nº 21.834/04, estabeleceu que

“a representação de cada partido político na Câmara dos Deputados será a existente em 1º de fevereiro de 2003, considerando-se o número de deputados que tomaram posse nessa data e a legenda à qual estavam filiados no momento da votação” (art. 30, § 1º).

Como o deputado federal eleito por um partido ainda poderia mudar para outro até o início da legislatura, na sequência, a Lei nº 11.300, de 2006, alterou o dispositivo legal, passando a fazer a previsão hoje vigente de que “a representação de cada partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição”.

Sabe-se que o objetivo dessa regra era exatamente evitar alterações partidárias rotineiras após o pleito, com o objetivo evidente de se aumentar a participação da legenda, seja quanto aos recursos do Fundo Partidário, seja quanto ao tempo de propaganda partidária e eleitoral. Tal prática servia para aumentar a base daquelas legendas que saíam vencedoras da disputa ao cargo majoritário e passavam, pois, a ter um alto poder de sedução. Essa realidade era prática recorrente, pública e notória.

Foi exatamente nessa toada que a legislação vinculou a proporcionalidade da representação na Câmara dos Deputados, para o cálculo do tempo de rádio e TV, ao início da legislatura em curso, e, posteriormente, com a alteração promovida pela Lei nº 11.300/06, ao resultado da eleição. Já não adiantava a mudança de partido após o pleito para aumentar ou diminuir o tempo de rádio e televisão a que cada partido teria direito, já que tal contabilização passou a ser feita levando-se em conta o resultado das votações.

Contudo, tal quadro sofreu substancial alteração.

Com efeito, esta Suprema Corte, confirmando o posicionamento do

ADI 5105 / DF

Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1.398/DF, de 27/3/07, e alterando o entendimento consolidado no MS nº 20.927, de 1989, consagrou o **princípio constitucional da fidelidade partidária**, entendendo que a troca de partido por parlamentar eleito por dada agremiação enseja a essa o direito de reaver o mandato perdido, em face da caracterização da infidelidade partidária, de forma que as modificações de legendas resultam na perda do mandato. (MS nº 26.602/DF, Rel. Min. **Eros Grau**; MS nº 26.603/DF, Rel. Min. **Celso de Mello**; MS nº 26.604/DF, Rel. Min. **Cármem Lúcia**; MS nº 26.890/DF, Rel. Min. **Celso de Mello**).

Por outro lado, foram fixadas justas causas aptas a legitimarem a mudança de legenda e, **dentre essas causas, sobressaem, exatamente, o nascimento de novo partido político legalmente constituído no Estado pluripartidário brasileiro e a fusão ou a incorporação de partidos.**

Com esse espírito, em observância ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos mandados de segurança citados, o Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Resolução nº 22.610, de 2007, disciplinou o processo de perda de cargo eletivo, bem como o de justificação de desfiliação partidária, definindo as seguintes hipóteses de justa causa para a mudança partidária:

“Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - **Considera-se justa causa:**

I) incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal.”

Com efeito, se o parlamentar resolve participar da criação de nova legenda ou migrar para novo partido, tudo com a chancela deste Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, e em

ADI 5105 / DF

consonância com o pluralismo político e a liberdade de criação de partidos, não há que se falar em **infidelidade partidária**.

Os debates relativos à fidelidade partidária são, sem dúvida, relevantes para o deslinde da questão aqui posta, especialmente no que toca à criação de novas legendas e à legítima migração de parlamentares para novel partido. **Entretanto, a pergunta a ser respondida, na presente análise, não é se o mandato pertence ao eleito (mandato livre) ou ao partido (mandato partidário)**. Não se está a discutir a titularidade do mandato, mas **a representatividade do parlamentar que, legitimamente, migra para um partido recém-criado**.

Ora, se se entende que a criação de partido político autoriza a migração dos parlamentares para novel legenda, sem que se possa falar em infidelidade partidária ou em perda do mandato parlamentar, essa mudança resulta, de igual forma, **na alteração da representação política da legenda originária**.

Prestigiando a Constituição da República, o pluralismo político e o nascimento de novas legendas, não é consonante com o espírito constitucional retirar dos parlamentares que participarem da criação de novel partido a representatividade de seu mandatos e as benesses políticas que deles decorrem. Fazer isso seria o mesmo que dizer que **os parlamentares que migram para uma nova legenda mantêm o mandato mas não mais carregam, durante toda a legislatura sequente, a representatividade que lhes conferiram seus eleitores**.

Desse modo, não há “autêntica” liberdade de criação de partidos políticos se não se admite que os fundadores de uma nova agremiação que detenham mandato parlamentar possam contar com sua representatividade para a divisão do tempo de propaganda e a distribuição dos recursos do Fundo Partidário. Permitir que isso ocorra significa desigualar esses parlamentares de seus pares.

Cumprindo observar, ademais, que a **Lei das Eleições, ao adotar o marco da última eleição para deputados federais para fins de verificação da representação do partido (art. 47, § 3º, da Lei 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda**.

ADI 5105 / DF

Essa limitação somente faz sentido quando aplicada aos partidos políticos que já tenham participado de eleição e não tenham logrado eleger representantes na Câmara dos Deputados. **Situação bastante distinta é a daqueles partidos políticos criados após finda a eleição e que, por óbvio, dela não participaram.**

Ora, se o partido novo não pôde participar de qualquer certame, como poderia ele se submeter a um critério de desempenho?

Aplicando-se tal critério, um partido novo que já nasça com representação na Câmara dos Deputados deverá aguardar novas eleições para a Câmara Federal para, somente a partir da representação obtida nesse pleito, participar da divisão proporcional do tempo de propaganda eleitoral na TV e no rádio. Ou seja, um partido criado, por exemplo, **nesta legislatura**, independentemente das suas dimensões e da representação atual, somente passaria a contar com o tempo de propaganda eleitoral de forma proporcional **após as eleições de 2018**. O novo partido ficaria com sua representação **em suspenso** até a realização de novas eleições para deputado federal, **em condições de subpartido pelo período de quatro anos**.

A toda evidência, esse entendimento resulta em forte obstáculo direcionado às agremiações partidárias recém-criadas, desconsiderando-se, ainda, a dimensão desses partidos e a representação de seus quadros parlamentares.

O resultado de eleição anterior não pode ter o efeito de afastar, para pleito eleitoral diverso, a representatividade adquirida por partido novo, que, evidentemente, não tomou parte do referido pleito. Aqui **o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem a novo partido político, recém criado.**

Observe-se que as normas impugnadas conferem ao partido novo, que já nasce e conta com parlamentares, o mesmo tratamento conferido aos partidos já rejeitados pelo voto popular e que, por isso, não contam com representação na Câmara Federal. Situações que, em meu sentir, não

ADI 5105 / DF

se equiparam.

Com efeito, conforme já salientado anteriormente, **a Constituição Federal distinguiu os partidos que têm representação no Congresso Nacional daqueles que não têm essa representação**, concedendo certas prerrogativas exclusivamente às agremiações que gozam de representatividade nacional (art. 5º, LXX, a; art. 103, VIII; art. 53, § 3º; art. 55, §§ 2º e 3º; art. 58, § 1º).

Todavia, **não faz a Lei Maior distinção em relação ao momento em que é auferida a representação pela agremiação partidária, se resultante da eleição ou de momento posterior**. A Carta Maior exige a representação, mas não faz nenhum tipo de restrição em relação ao momento em que o partido a adquire. Sendo assim, **não poderia fazê-lo o legislador ordinário nos casos de criação, fusão e incorporação, haja vista o princípio da liberdade de criação e transformação dos partidos políticos contido no *caput* do art. 17 da Constituição Federal**.

Dessa forma, conquanto admitida a distinção entre partidos políticos com e sem representação no Congresso Nacional, entendo que não há respaldo constitucional para a adoção de tratamento distinto entre os partidos que gozam dessa representação, **penalizando as agremiações recém-criadas que a adquiram pela migração de parlamentares de outros partidos, ainda que em momento posterior à realização das eleições nacionais**.

Se esse fosse o caso, os novos partidos, durante toda a legislatura em que criados, estariam impedidos de ajuizar ação direta de inconstitucionalidade e mandado de segurança coletivo, bem como de oferecer representação em face de parlamentares pela prática de atos passíveis de perda de mandato, ainda que contassem com parlamentares em seus quadros e que fossem, por isso, dotados de representação no Congresso Nacional.

Compare-se, ademais, a criação de partido novo com a fusão de legendas em momento posterior às eleições. Nesse caso, **a agremiação resultante da fusão de legendas também não participa do pleito eleitoral pertinente**. No caso de fusão, desaparecem dois partidos para

ADI 5105 / DF

formar um terceiro, que não se confunde com nenhuma das agremiações que lhe dão origem, podendo, inclusive, contar com programa partidário completamente distinto do desses. Nesse caso, contudo, ainda que esse partido também não tenha participado de eleições gerais para a Câmara dos Deputados, tal como na hipótese de criação de partido, conforme disposição expressa no § 4º do art. 47 da Lei das Eleições, ele preserva a representatividade dos partidos que o originam.

Não há razão, portanto, para conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão, já que ambas as possibilidades detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, **caput**, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema.

Em última análise, privilegiar o resultado eleitoral, nesses casos, demonstra o não vislumbramento da existência de partidos para além das eleições, conduzindo, indiretamente, a um **processo de desmotivação e desmobilização para a criação de novas agremiações partidárias**, pois, ainda que contem com representantes parlamentares, elas sofrerão, em seu nascedouro, limitações a seu pleno exercício.

Esclareço, por fim, que o entendimento aqui defendido **se restringe** aos casos de deputados federais que migram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda criada após as últimas eleições para a Câmara Federal. Nesses casos, embora o partido recém-criado não tenha sido submetido às eleições, conta com representantes eleitos. Desse modo, ocorrida a migração legítima de parlamentares para o novel partido, devem eles levar consigo parte da outorga democrática expressa pelo eleitorado: **a representatividade dos seus membros, circunstância essa que impõe novo fator de divisão do tempo de rádio e TV e dos recursos do Fundo Partidário.**

Situação diversa é aquela em que parlamentares migram de seus partidos de origem para agremiações que já tenham participado de pleitos anteriores. Nessas hipóteses, embora o deputado possa manter seu mandato, caso seja reconhecida a justa causa para a troca de partido, não há transferência de representatividade, pois **não se trata de alteração**

ADI 5105 / DF

partidária decorrente da criação de partido novo, reconhecida e estimulada constitucionalmente, mas, sim, de casos pessoais e individuais de troca de partido.

Em meu sentir, permitir que as normas impugnadas subsistam em nosso ordenamento jurídico seria deixar de lado a representatividade de partidos que já nascem, ao receber parlamentares oriundos de outros partidos, com força política nacional, frustando, assim, sua participação nos processos eleitorais de forma compatível e condizente com a representatividade política que ostentam e com a legitimidade popular recebida por seus membros das urnas.

Por fim, conforme já assinalado no início deste voto, o entendimento aqui adotado está em consonância a jurisprudência firmada por este Tribunal no julgamento da ADI nº 4.430, que possui a seguinte ementa:

“Ações diretas de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto da ADI nº 4.430 e da ADI nº 4.795. Artigo 45, § 6º, e art. 47, incisos I e II, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições). Conhecimento. Possibilidade jurídica do pedido. Propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Inconstitucionalidade da exclusão dos partidos políticos sem representação na Câmara dos Deputados. Violação do art. 17, § 3º, da Constituição Federal. Critérios de repartição do tempo de rádio e TV. Divisão igualitária entre todos os partidos que lançam candidatos ou divisão proporcional ao número de parlamentares eleitos para a Câmara dos Deputados. Possibilidade constitucional de discriminação entre partidos com e sem representação na Câmara dos Deputados. Constitucionalidade da divisão do tempo de rádio e de televisão proporcionalmente à representatividade dos partidos na Câmara Federal. Participação de candidatos ou militantes de partidos integrantes de coligação nacional nas campanhas regionais. Constitucionalidade. **Criação de novos partidos políticos e as alterações de representatividade na Câmara dos Deputados. Acesso das novas legendas ao rádio e à TV proporcionalmente**

ADI 5105 / DF

ao número de representantes na Câmara dos Deputados (inciso II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97), considerada a representação dos deputados federais que tenham migrado diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação. Momento de aferição do número de representantes na Câmara Federal. Não aplicação do § 3º do art. 47 da Lei 9.504/97, segundo o qual, a representação de cada partido na Câmara Federal é a resultante da última eleição para deputados federais. Critério inaplicável aos novos partidos. Liberdade de criação, fusão e incorporação de partidos políticos (art. 17, caput, CF/88). Equiparação constitucional. Interpretação conforme.

(...)

2. A exclusão da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão das agremiações partidárias que não tenham representação na Câmara Federal representa atentado ao direito assegurado, expressamente, no § 3º do art. 17 da Lei Maior, direito esse indispensável à existência e ao desenvolvimento desses entes plurais e, sem o qual, fica cerceado o seu direito de voz nas eleições, que deve ser acessível a todos os candidatos e partidos políticos.

(...)

5. A história dos partidos políticos no Brasil e a adoção do sistema proporcional de listas abertas demonstram, mais uma vez, a importância do permanente debate entre 'elites locais' e 'elites nacionais' no desenvolvimento de nossas instituições. O sistema eleitoral brasileiro de representação proporcional de lista aberta surgiu, exatamente, desse embate, resultado que foi da conjugação de nossa ausência de tradição partidária com a força das nossas bases eleitorais regionais.

6. Extrai-se do princípio da liberdade de criação e transformação de partidos políticos contido no caput do art. 17 da Constituição da República o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a

ADI 5105 / DF

representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos. Não há razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º, Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema. Se se entende que a criação de partido político autoriza a migração dos parlamentares para a novel legenda, sem que se possa falar em infidelidade partidária ou em perda do mandato parlamentar, essa mudança resulta, de igual forma, na alteração da representação política da legenda originária. Note-se que a Lei das Eleições, ao adotar o marco da última eleição para deputados federais para fins de verificação da representação do partido (art. 47, § 3º, da Lei 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda. Nesse caso, o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém criado. Essa interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos políticos (art. 17, caput, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro.

7. Continência entre os pedidos da ADI nº 4.430 e da ADI nº 4.795. Uma vez que se assenta a constitucionalidade do § 6º do art. 45 da Lei 9.504/97 e que o pedido maior, veiculado na ADI nº 4.430, autoriza o juízo de constitucionalidade sobre os vários sentidos do texto impugnado, inclusive aquele referido na ADI nº 4.795, julga-se parcialmente procedente o pedido da ADI nº 4.430, no sentido de i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados” contida na cabeça do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97 e ii) dar interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do §

ADI 5105 / DF

2º do art. 47 da mesma lei, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação. Por conseguinte, fica prejudicado o pedido contido na ADI nº 4.795". (ADI 4.430, de **minha relatoria**, Tribunal Pleno, DJ de 19/9/13).

Por todas essas razões, **voto pela procedência do pedido da presente ação direta**, de modo que se declare a inconstitucionalidade i) do art. 1º da Lei Federal nº 12.875, de 30 de outubro de 2013, que conferiu nova redação aos arts. 29, § 6º, e 41-A da Lei Federal nº 9.096/1995; e ii) do art. 2º da mesma Lei Federal nº 12.875/2013, na parte em que acresceu o § 7º ao art. 47 da Lei Federal nº 9.504/1997.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, estou em posição contrária, porque fui voto vencido no outro julgamento, juntamente com o Ministro Joaquim Barbosa. Fui muito restritiva em meu voto, numa interpretação constitucional que fiz sobre a possibilidade de esses partidos poderem se formar carreando não só o tempo de televisão como, neste caso, também o acesso ao fundo partidário.

Como disse, fui voto vencido. Embora não convencida, vou pedir vênia à divergência para acompanhar o Relator por uma questão: a questão institucional, parece-me que se torna mais importante do que o que pus naquele julgamento. E, neste caso também, não acho que tenha havido mudança tão substancial, porque nós discutíamos naquela ocasião o excesso de partidos que se formavam e as condições em que se formavam.

Um dos fundamentos do meu voto era exatamente o de que a pessoa foi eleita a partir e com toda a estrutura partidária. Exemplifico, por exemplo, na questão das candidaturas de mulheres, uma denúncia que me chega com muita frequência: a dificuldade das mulheres em serem eleitas ocorre porque elas nunca compõem os quadros dirigentes, não lhes dão acesso ao tempo de televisão, e, portanto, elas não conseguem nem mostrar seus dados, independente das questões culturais, de preconceito ou do qualquer outro item.

Entretanto, o partido é essencial. Essa a escolha constitucional, democracia representativa partidária. Não pesam dúvidas sobre isso.

A despeito, portanto, do que penso ser legítimo e que declinei no voto proferido naquele outro julgamento, tendo, como antes afirmado, ficado vencido pela maioria, por respeito à instituição do Supremo Tribunal Federal e à decisão agora contrariada por uma lei ordinária, sem que me tenham sido apresentadas razões para uma outra interpretação constitucional, considero válidas as considerações postas no voto do

ADI 5105 / DF

Ministro-Relator, o Ministro Luiz Fux, no sentido de que não haveria porque descumprir o que foi o fundamento da decisão final do julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Daí não poder considerar correta, constitucionalmente, esta legislação, contrariamente ao que decidido por este Supremo Tribunal.

Isso o que me leva a votar no sentido da procedência da presente ação, acolhendo os fundamentos que este Supremo definiu recentemente. Mesmo tendo ficado vencida naquele julgamento, o Supremo adotou uma interpretação naquela ocasião e haverá ela de ser acatada, não tendo vindo a estes autos qualquer razão para a superação daqueles fundamentos expostos.

Acompanho o Relator.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (VOGAL):

1. Discute-se na presente ação direta a validade constitucional do art. 1º da Lei Nacional nº 12.875 de 30.10.2013 (DOU de 31.10.2013), que alterou o art. 29, § 6º e ao art. 41-A da Lei Nacional nº 9.096/1995, e o art. 2º da mesma Lei, na parte em que acresceu o § 7º ao art. 47 da Lei nacional nº 9.504/1997.

Dispõem as normas impugnadas:

“Art. 1º - A Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 29.’

§ 6º Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão...’ (NR)

‘Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário:

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29.” (NR)

ADI 5105 / DF

Art. 2º O art. 47 da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 47.....

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1o, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

I - 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram;

II - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualmente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram”.

2. O Autor argumenta que a norma impugnada contrariaria os arts. 2º, inc. V e parágrafo único (regime democrático, representativo e pluripartidário); 5º, *caput*, e 17, *caput* (liberdade de criação de partidos políticos) e § 3º (direito dos partidos ao fundo partidário e à antena), da Constituição.

Alega que com as alteração promovidas pela lei impugnada, no art. 29, § 6º e 41-A da Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995), as agremiações criadas após a eleição para a Câmara dos Deputados não teriam acesso aos recursos do fundo partidário (fl. 10, doc. 2).

Aponta descumprimento ao decidido por este Supremo Tribunal no *“julgamento comum da ADI 4430/DF3 e da ADI 4795 MC/DF4, [em que se] debateu sobre o rateio do tempo de propaganda eleitoral entre partidos políticos (inclusive aqueles formados após as eleições)”*.

ADI 5105 / DF

Alteração das normas impugnadas pela Lei 13.107 de 2015:
preservação do objeto

3. Cumpre registrar terem sido as normas impugnadas alteradas, em 2015, pela Lei n. 13.107 (24.3.2015).

4. A norma do § 6º do art. 29 (da Lei n. 9.096/95) passou a constituir o § 7º do mesmo artigo. Prevalece, portanto, em vigor:

Lei 9.096/95, art. 29, § 7º:

“Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão”.

5. Também o parágrafo único do art. 41-A foi alterado pela Lei n. 13.107/2015, com a exclusão de sua parte final que favorecia apenas partidos fundidos ou incorporados:

“Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário: (Norma vigente, alterada pela Lei nº 12.875, de 2013)

I - 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e (Norma vigente, incluída pela Lei nº 12.875, de 2013)

II - 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. (Norma vigente, incluída pela Lei nº 12.875, de 2013);

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29. (Norma revogada pela Lei 13.107/2015, que havia sido incluída pela Lei

ADI 5105 / DF

nº 12.875, de 2013);

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses". (Norma vigente, alterada pela Lei nº 13.107, de 2015)

6. Apesar de mantido pela Lei 13.107/15, o art. 47 da Lei n. 9.504/97 teve a parte final do seu § 7º alterada nos moldes do art. 41-A da Lei 9.906/95:

"Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo (Norma original em vigor).

(...)

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013)

I - 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram; (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013)

II - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualmente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram. (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013)

(...)

§ 7º Para efeito do disposto no § 2º, serão desconsideradas as

ADI 5105 / DF

*mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, **ressalvado o disposto no § 6º do art. 29 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995.*** (Norma revogada pela Lei 13.107/2015, que havia sido incluída pela Lei nº 12.875, de 2013);

§ 7º Para efeito do disposto no § 2º, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária em quaisquer hipóteses". (Norma vigente, alterada pela Lei nº 13.107, de 2015).

Nas duas últimas alterações, promovidas pela Lei n. 13.107/2015, a lei desconsiderou, para rateio da maior parte do fundo partidário e da propaganda eleitoral, qualquer mudança de filiação partidária (fosse caso de fusão, incorporação ou criação de partidos).

7. Ausente alteração substancial dos comandos normativos, senão pelo reforço da alegada inconstitucionalidade (que, na forma da norma anterior, sequer contempla partidos fundidos ou incorporados com a maior parte do fundo partidário e da propaganda eleitoral) não se há cogitar de prejuízo ao objeto desta ação (c.f. ADI n. 514, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 31.3.2008).

Mérito

8. O Autor afirma inconstitucionais as normas por não garantirem aos partidos, criados após a eleição para a Câmara dos Deputados, o rateio de 95% do fundo partidário (inc. II do art. 41-A da Lei n. 9.096/95) e de 8/9 do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na TV (incs. I e II do §2º do art. 47 da Lei n. 9.504/97).

9. A matéria em discussão foi apreciada por este Supremo Tribunal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4.430 e 4.795, em 29.6.2012, quanto ao direito de antena dos partidos políticos (acesso à propaganda eleitoral no rádio e na televisão).

Naqueles julgados, este Supremo Tribunal assentou quanto ao tema:

ADI 5105 / DF

a) a impossibilidade de exclusão de partidos sem representatividade na Câmara dos Deputados, do acesso à propaganda eleitoral no rádio e na televisão;

b) a constitucionalidade da divisão de parte do tempo de rádio e de televisão proporcionalmente à representatividade dos partidos na Câmara Federal, para a transmissão da propaganda partidária;

c) para fins de acesso proporcional ao tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, o partido recém-criado (assim como aqueles objeto de fusão ou incorporação) leva a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ele migrarem.

10. Este Supremo Tribunal concluiu, expressamente, “*não haver razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º, Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88)*” (ementa na ADI n. 4.430).

Confira-se nos termos da ementa daquele julgado:

“Ações diretas de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto da ADI nº 4.430 e da ADI nº 4.795. Artigo 45, § 6º, e art. 47, incisos I e II, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições). Conhecimento. Possibilidade jurídica do pedido. Propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Inconstitucionalidade da exclusão dos partidos políticos sem representação na Câmara dos Deputados. Violação do art. 17, § 3º, da Constituição Federal. Critérios de repartição do tempo de rádio e TV. Divisão igualitária entre todos os partidos que lançam candidatos ou divisão proporcional ao número de parlamentares eleitos para a Câmara dos Deputados. Possibilidade constitucional de discriminação entre partidos com e sem representação na Câmara dos Deputados. Constitucionalidade da divisão do tempo de rádio e de televisão proporcionalmente à representatividade dos partidos na Câmara Federal. Participação de candidatos ou militantes de partidos

ADI 5105 / DF

integrantes de coligação nacional nas campanhas regionais. Constitucionalidade. Criação de novos partidos políticos e as alterações de representatividade na Câmara dos Deputados. Acesso das novas legendas ao rádio e à TV proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados (inciso II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97), considerada a representação dos deputados federais que tenham migrado diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação. Momento de aferição do número de representantes na Câmara Federal. Não aplicação do § 3º do art. 47 da Lei 9.504/97, segundo o qual, a representação de cada partido na Câmara Federal é a resultante da última eleição para deputados federais. Critério inaplicável aos novos partidos. Liberdade de criação, fusão e incorporação de partidos políticos (art. 17, caput, CF/88). Equiparação constitucional. Interpretação conforme.

1. O não conhecimento da ADI nº 1.822/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, por impossibilidade jurídica do pedido, não constitui óbice ao presente juízo de (in)constitucionalidade, em razão da ausência de apreciação de mérito no processo objetivo anterior, bem como em face da falta de juízo definitivo sobre a compatibilidade ou não dos dispositivos atacados com a Constituição Federal. A despeito de o pedido estampado na ADI nº 4.430 se assemelhar com o contido na ação anterior, na atual dimensão da jurisdição constitucional, a solução ali apontada não mais guarda sintonia com o papel de tutela da Lei Fundamental exercido por esta Corte. O Supremo Tribunal Federal está autorizado a apreciar a inconstitucionalidade de dada norma, ainda que seja para dela extrair interpretação conforme à Constituição Federal, com a finalidade de fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa.

2. A exclusão da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão das agremiações partidárias que não tenham representação na Câmara Federal representa atentado ao direito assegurado, expressamente, no § 3º do art. 17 da Lei Maior, direito esse indispensável à existência e ao desenvolvimento desses entes plurais e, sem o qual, fica cerceado o seu direito de voz nas eleições, que deve ser

ADI 5105 / DF

acessível a todos os candidatos e partidos políticos.

3. A solução interpretativa pela repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita de forma igualitária entre todos os partidos partícipes da disputa não é suficiente para espelhar a multiplicidade de fatores que influenciam o processo eleitoral. Não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo. Embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política. Os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, em consonância com o princípio da democracia e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de privilégio não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. O critério de divisão adotado – proporcionalidade à representação eleita para a Câmara dos Deputados – adéqua-se à finalidade colimada de divisão proporcional e tem respaldo na própria Constituição Federal, que faz a distinção entre os partidos com e sem representação no Congresso Nacional, concedendo certas prerrogativas, exclusivamente, às agremiações que gozam de representatividade nacional (art. 5º, LXX, a; art. 103, VIII; art. 53, § 3º; art. 55, §§ 2º e 3º; art. 58, § 1º).

4. O conteúdo do art. 45, § 6º, da Lei nº 9.504/97 não afronta a exigência de observância do caráter nacional pelos partidos políticos, reforçando, ao contrário, as diretrizes de tal exigência constitucional, ao possibilitar ao partido político que se utilize, na propaganda eleitoral em âmbito regional, da imagem e da voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional. Cabe à Justiça Eleitoral ponderar sobre eventuais abusos e excessos na participação de figuras nacionais nas propagandas locais.

5. A história dos partidos políticos no Brasil e a adoção do sistema proporcional de listas abertas demonstram, mais uma vez, a importância do permanente debate entre “elites locais” e “elites nacionais” no desenvolvimento de nossas instituições. O sistema eleitoral brasileiro de representação proporcional de lista aberta surgiu, exatamente, desse embate, resultado que foi da conjugação de

ADI 5105 / DF

nossa ausência de tradição partidária com a força das nossas bases eleitorais regionais.

6. Extrai-se do princípio da liberdade de criação e transformação de partidos políticos contido no caput do art. 17 da Constituição da República o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos. Não há razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º, Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema. Se se entende que a criação de partido político autoriza a migração dos parlamentares para a novel legenda, sem que se possa falar em infidelidade partidária ou em perda do mandato parlamentar, essa mudança resulta, de igual forma, na alteração da representação política da legenda originária.

Note-se que a Lei das Eleições, ao adotar o marco da última eleição para deputados federais para fins de verificação da representação do partido (art. 47, § 3º, da Lei 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda. Nesse caso, o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém criado. Essa interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos políticos (art. 17, caput, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro.

7. Continência entre os pedidos da ADI nº 4.430 e da ADI nº 4.795. Uma vez que se assenta a constitucionalidade do § 6º do art. 45 da Lei 9.504/97 e que o pedido maior, veiculado na ADI nº 4.430, autoriza o juízo de constitucionalidade sobre os vários sentidos do

ADI 5105 / DF

texto impugnado, inclusive aquele referido na ADI nº 4.795, julga-se parcialmente procedente o pedido da ADI nº 4.430, no sentido de i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados” contida na cabeça do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97 e ii) dar interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do § 2º do art. 47 da mesma lei, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação. Por conseguinte, fica prejudicado o pedido contido na ADI nº 4.795” (ADI n. 4430, Relator o Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 19.9.2013, grifos nossos).

11. Embora tenha posição mais restritiva quanto ao acesso de novos partidos ao direito de antena e aos recursos do fundo partidário, construída sobre o pilar da efetiva legitimação democrática das agremiações políticas, ressalvo meu convencimento, mas tenho que, por coerência jurídica, o mesmo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta n. 4.430 há de aplicar-se também quanto à distribuição do fundo partidário.

12. Consta do voto condutor, naquela Ação Direta de Inconstitucionalidade:

“Extraio, portanto, do princípio da liberdade de criação e transformação de partidos, contido no caput do art. 17 da Constituição da República, o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que para ela migraram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos.

Destaque-se que não se está a falar apenas em liberdade abstrata de criação, no sentido formal de não se estabelecerem obstáculos a sua formação, mas, especialmente, no seu sentido material de viabilizar a

ADI 5105 / DF

permanência e o desenvolvimento dessas novas agremiações.

Como já ressaltado à exaustão na primeira parte desse voto, o direito constitucional das agremiações ao 'acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei', consagrado no art. 17, § 3º, da Constituição, é de inegável relevância para a existência e o desenvolvimento dos partidos políticos. Mais ainda o é para os partidos recém-criados, consistindo a propaganda eleitoral gratuita em momento oportuno para a nova legenda se fazer conhecida, expondo ao público em geral as propostas políticas de seus candidatos.

Nesse sentir, Sérgio Sérvola da Cunha e Roberto Amaral apontam que a opção do Constituinte por uma sociedade pluralista tem conteúdo prescritivo, de forma que a tentativa de conter a proliferação e a atuação dos entes plurais seria incompatível com o texto constitucional. Nas palavras dos autores, afirmar

'que uma sociedade deve ser pluralista não significa fixar-se uma determinação numérica, (...) dentro da qual se permite a convivência dos diferentes; Significa, ao contrário, o dever de criar e manter esse espaço de convivência; restringi-lo, direta ou indiretamente, corresponde a ferir o princípio pluralista' (CUNHA, Sérgio Sérvola da; AMARAL, Roberto. Manual das eleições. 2. ed. São paulo: Saraiva, 2002. p. 603.)

Com efeito, impedir que o parlamentar fundador de novo partido leve consigo sua representatividade, para fins de divisão do tempo de TV e rádio, esbarra, exatamente, no princípio da livre criação de partidos políticos, pois atribui, em última análise, um desvalor ao mandato do parlamentar que migrou para o novo partido, retirando-lhe parte das prerrogativas de sua representatividade política. Restaria, em evidência, desestimulada a criação de novos partidos, em especial por parte daqueles que já ocupam mandato na Câmara Federal.

Ressalte-se, ademais, que a liberdade de criação de agremiações foi prevista, constitucionalmente, ao lado da liberdade de fusão, de incorporação e de extinção de partidos. Recebeu, portanto, o mesmo patamar constitucional dos direitos de fusão e incorporação, cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar essa equiparação do sistema constitucional .

ADI 5105 / DF

Sendo assim, diante da explicitação operada pelo § 4º do art. 47 da Lei das Eleições de que “o número de representantes de partido que tenha resultado de fusão ou a que se tenha incorporado outro corresponderá à soma dos representantes que os partidos de origem possuíam na data mencionada no parágrafo anterior”, deve-se aplicar entendimento semelhante em relação à hipótese de criação de novo partido, de forma a preservar a paridade constitucional entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação de partidos políticos.

É bem verdade que, segundo o § 3º do art. 47 da Lei 9.504/97, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados será a resultante da eleição. Segundo essa regra, o número de representantes de cada partido na Câmara Federal, que serve de base para o cálculo do tempo de televisão e de rádio, é aquele definido pela última eleição para deputado federal.

De início, a redação originária do § 3º do art. 47 da Lei 9.504/97 estabelecia que “a representação de cada partido na Câmara dos Deputados será a existente na data de início da legislatura que estiver em curso”.

Como explicita Olivar Coneglian: “Houve grande discussão no Congresso Nacional sobre um ponto polêmico da Lei das Eleições: qual data deveria ser considerada para se saber o número de representantes da Câmara? Havia aqueles que queriam como data a última possível para mudança de partido em tempo de regularizar a filiação partidária, ou seja um ano antes de cada eleição. Esse critério favoreceria os partidos que tivessem grande número de novas filiações, em detrimento dos partidos que perdessem filiados.

Um segundo critério se manteve à tona e integrou o projeto da lei por muito tempo: uma média entre o número de deputados que cada partido elegeu com o número de deputados existente no ultimo dia da filiação partidária.

Mas mesmo esse critério acabou se esvaindo, e prevaleceu por fim o critério consagrado pelo § 3º, no sentido de que a representação é aquela existente no início da legislatura em curso” (Lei das Eleições Comentada. 5. ed. Curitiba:Juruá, Nesses termos, a Resolução nº 21.610/04 do Tribunal Superior Eleitoral, com a redação conferida pela Resolução nº 21.834/04, estabeleceu que “a representação de cada

ADI 5105 / DF

partido político na Câmara dos Deputados será a existente em 1º de fevereiro de 2003, considerando-se o número de deputados que tomaram posse nessa data e a legenda à qual estavam filiados no momento da votação” (art. 30, § 1º).

Como o deputado federal eleito por um partido ainda poderia mudar para outro até o início da legislatura, na sequência, a Lei nº 11.300, de 2006, alterou o dispositivo legal, passando a fazer a previsão hoje vigente de que “a representação de cada partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição”.

Sabe-se que o objetivo dessa regra era exatamente evitar alterações partidárias rotineiras após o pleito, com o objetivo evidente de se aumentar a participação da legenda, seja quanto aos recursos do Fundo Partidário, seja quanto ao tempo de propaganda partidária e eleitoral. Tal prática servia para aumentar a base daquelas legendas que saíam vencedoras da disputa ao cargo majoritário e passavam, pois, a ter um alto poder de sedução. Essa realidade era prática recorrente, pública e notória.

Foi exatamente nessa toada que a legislação vinculou a proporcionalidade da representação na Câmara dos Deputados, para o cálculo do tempo do rádio e da TV, ao início da legislatura em curso, e, posteriormente, com a alteração promovida pela Lei nº 11.300/06, ao resultado da eleição. Já não adiantava a mudança de partido após o pleito para aumentar ou diminuir o tempo de rádio e televisão a que cada partido teria direito, já que tal contabilização passou a ser feita levando-se em conta o resultado das votações.

Contudo, tal quadro sofreu substancial alteração. Com efeito, esta Suprema Corte, confirmando o posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1.398/DF, de 27/3/07, e alterando o entendimento consolidado no MS nº 20.927, de 1989, consagrou o princípio constitucional da fidelidade partidária, entendendo que a troca de partido por parlamentar eleito por dada agremiação enseja a essa o direito de reaver o mandato perdido, em face da caracterização da infidelidade partidária, de forma que as modificações de legendas resultam, em consequência, na perda do mandato. (MS nº 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MS nº 26.604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia; MS nº 26.890/DF, Rel.

ADI 5105 / DF

Min. Celso de Mello).

Por outro lado, foram fixadas justas causas aptas a legitimarem a mudança de legenda e, dentre essas causas, sobressaem, exatamente, o nascimento de novo partido político legalmente constituído no Estado pluripartidário brasileiro e a fusão ou a incorporação de partidos.

Com esse espírito, em observância ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos mandados de segurança citados, o Tribunal Superior Eleitoral, por meio da Resolução nº 22.610, de 2007, disciplinou o processo de perda de cargo eletivo, bem como o de justificação de desfiliação partidária, definindo as seguintes hipóteses de justa causa para a mudança partidária: “Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. § 1º - Considera-se justa causa: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV) grave discriminação pessoal”.

Com efeito, se o parlamentar resolve participar da criação de nova legenda ou migrar para novo partido, tudo com a chancela deste Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, e em consonância com o pluralismo político e a liberdade de criação de partidos, não há que se falar em infidelidade partidária.

Os debates relativos à fidelidade partidária são, sem dúvida, relevantes para o deslinde da questão aqui posta, especialmente no que toca à criação de novas legendas e à legítima migração de parlamentares para o novel partido. Entretanto, a pergunta a ser respondida, na presente análise, não é se o mandato pertence ao eleito (mandato livre) ou ao partido (mandato partidário). Não se está a discutir a titularidade do mandato, mas a representatividade do parlamentar que, legitimamente, migra para um partido recém-criado.

Ora, se se entende que a criação de partido político autoriza a migração dos parlamentares para a novel legenda, sem que se possa falar em infidelidade partidária ou em perda do mandato parlamentar, essa mudança resulta, de igual forma, na alteração da representação política da legenda originária.

ADI 5105 / DF

Prestigiando a Constituição da República, o pluralismo político e o nascimento de novas legendas, não é consonante com o espírito constitucional retirar dos parlamentares que participarem da criação de novel partido a representatividade de seu mandatos e as benesses políticas que deles decorrem. Fazer isso seria o mesmo que dizer que os parlamentares que migram para uma nova legenda mantêm o mandato mas não mais carregam, durante toda a legislatura sequente, a representatividade que lhes conferiram seus eleitores.

Desse modo, não há “autêntica” liberdade de criação de partidos políticos se não se admite que os fundadores de uma nova agremiação que detenham mandato parlamentar possam contar com sua representatividade para a divisão do tempo de propaganda. Permitir que isso ocorra significa desigualar esses parlamentares de seus pares.

Cumprir observar, ademais, que a Lei das Eleições, ao adotar o marco da última eleição para deputado federal para fins de verificação da representação do partido (art. 47, § 3º, da Lei 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda. Essa limitação somente faz sentido quando aplicada aos partidos políticos que já tenham participado de eleição e não tenham logrado eleger representantes na Câmara dos Deputados. Situação bastante distinta é a daqueles partidos políticos criados após finda a eleição e que, por óbvio, dela não participaram.

Ora, se o partido novo não pôde participar de qualquer certame, como poderia ele se submeter a um critério de desempenho?

Aplicando-se tal critério, um partido novo que já nasça com representação na Câmara dos Deputados deverá aguardar novas eleições para a Câmara Federal para, somente a partir da representação obtida nesse pleito, participar da divisão proporcional do tempo de propaganda eleitoral na TV e no rádio. Ou seja, um partido criado, por exemplo, nesta legislatura, independentemente das suas dimensões e da representação atual, somente passaria a contar com o tempo de propaganda eleitoral de forma proporcional após as eleições de 2014. O novo partido ficaria com sua representação em suspenso até a realização de novas eleições para deputado federal, em condições de subpartido pelo período de quatro anos.

A toda evidência, esse entendimento resulta em forte obstáculo

ADI 5105 / DF

direcionado às agremiações partidárias recém-criadas, desconsiderando-se, ainda, a dimensão desses partidos e a representação de seus quadros parlamentares.

O resultado de eleição anterior não pode ter o efeito de afastar, para pleito eleitoral diverso, a representatividade adquirida por partido novo, que, evidentemente, não tomou parte do referido pleito. Aqui o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém criado.

No meu entender, o fato de a novel agremiação e o seu programa partidário não terem ainda passado pelo chamado “teste das urnas” não é suficiente para ensejar a inconstitucionalidade da interpretação aqui defendida. Se por um lado, a legenda ainda não participou da eleição, afastar a aplicação do inciso II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97 seria conferir ao partido novo, que já nasce e conta com parlamentares, o mesmo tratamento conferido aos partidos já rejeitados pelo voto popular e que, por isso, não contam com representação na Câmara Federal. Situações que, no meu sentir, não se equiparam.

Com efeito, conforme já salientado anteriormente, a Constituição Federal distinguiu os partidos que têm representação no Congresso Nacional daqueles que não têm essa representação, concedendo certas prerrogativas, exclusivamente, às agremiações que gozam de representatividade nacional (art. 5º, LXX, a; art. 103, VIII; Art. 53, § 3º; Art. 55, §§ 2º e 3º; Art. 58, § 1º).

Todavia, não faz a Lei Maior distinção em relação ao momento em que é auferida a representação pela agremiação partidária, se resultante da eleição ou de momento posterior. A Carta Maior exige a representação, mas não faz nenhum tipo de restrição em relação ao momento em que o partido a adquire. Sendo assim, não poderia fazê-lo o legislador ordinário nos casos de criação, fusão e incorporação, haja vista o princípio da liberdade de criação e transformação dos partidos políticos contido no caput do art. 17 da Constituição Federal.

Dessa forma, conquanto admitida a distinção entre partidos

ADI 5105 / DF

políticos com e sem representação no Congresso Nacional, entendo que não há respaldo constitucional para a adoção de tratamento distinto entre os partidos que gozam dessa representação, penalizando as agremiações recém-criadas que a adquiram pela migração de parlamentares de outros partidos, ainda que em momento posterior à realização das eleições nacionais.

Se esse fosse o caso, os novos partidos, durante toda a legislatura em que criados, estariam impedidos de ajuizar ação direta de inconstitucionalidade e mandado de segurança coletivo, bem como de oferecer representação em face de parlamentares pela prática de atos passíveis de perda de mandato, ainda que contassem com parlamentares em seus quadros e que fossem, por isso, dotados de representação no Congresso Nacional.

Compare-se, ademais, a criação de partido novo com a fusão de legendas em momento posterior às eleições. Nesse caso, a agremiação resultante da fusão de legendas também não participa do pleito eleitoral pertinente. No caso de fusão, desaparecem dois partidos para formar um terceiro, que não se confunde com nenhuma das agremiações que lhe dão origem, podendo, inclusive, contar com programa partidário completamente distinto do desses. Nesse caso, contudo, ainda que esse partido também não tenha participado de eleições gerais para a Câmara dos Deputados, tal como na hipótese de criação de partido, conforme disposição expressa no § 4º do art. 47 da Lei das Eleições, ele preserva a representatividade dos partidos que o originam.

Não há razão, portanto, para conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão, já que ambas as possibilidades detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema.

Em última análise, privilegiar o resultado eleitoral, nesses casos, demonstra o não vislumbramento da existência de partidos para além das eleições, conduzindo, indiretamente, a um processo de desmotivação e desmobilização para a criação de novas agremiações partidárias, pois, ainda que contem com representantes parlamentares, elas sofrerão, em seu nascedouro, limitações ao seu pleno exercício.

ADI 5105 / DF

Esclareço, por fim, que o entendimento aqui defendido se restringe aos casos de deputados federais que migram diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda, criada após as últimas eleições para a Câmara Federal. Nesses casos, embora o partido recém-criado não tenha sido submetido às eleições, conta com representantes eleitos. Desse modo, ocorrida a migração legítima de parlamentares para o novel partido, devem eles levar consigo parte da outorga democrática expressa pelo eleitorado: a representatividade dos seus membros, circunstância essa que impõe novo fator de divisão do tempo de rádio e TV. Situação diversa é aquela em que parlamentares migram de seus partidos de origem para agremiações que já tenham participado de pleitos anteriores. Nessas hipóteses, embora o deputado possa manter seu mandato, caso seja reconhecida a justa causa para a troca de partido, não há transferência de representatividade, pois não se trata de alteração partidária decorrente da criação de partido novo, reconhecida e estimulada constitucionalmente, mas, sim, de casos pessoais e individuais de troca de partido.

Para concluir, no meu sentir, declarar a inconstitucionalidade da interpretação questionada pelos autores da ADI nº 4.795 seria deixar de lado a representatividade de partidos que já nascem, ao receber parlamentares oriundos de outros partidos, com força política nacional, frustando, assim, sua participação nos processos eleitorais de forma compatível e condizente com a representatividade política que ostentam e com a legitimidade popular recebida por seus membros das urnas.

Por todas essas razões, reputo constitucional a interpretação que reconhece aos partidos criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados o direito à devida proporcionalidade na divisão do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão prevista no inciso II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, devendo-se considerar, para tanto, a representação dos deputados federais que, embora eleitos por outros partidos, migrarem direta e legitimamente para a novel legenda na sua criação.

Essa interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos (art. 17, caput, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes

ADI 5105 / DF

parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro”. (voto condutor da ADI 4430, Relator o Ministro Dias Toffoli).

13. Este Supremo Tribunal Federal decidiu com força vinculante que

“a Lei das Eleições, ao adotar o marco da última eleição para deputados federais para fins de verificação da representação do partido (art. 47, § 3º, da Lei 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda. Nesse caso, o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém criado. Essa interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos políticos (art. 17, caput, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro” (ementa da ADI 4430).

Concluiu então que

“na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos.

Não há razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º, Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema. Se se entende que a criação de partido político autoriza a migração dos parlamentares para a novel legenda, sem que se possa falar em infidelidade partidária ou em perda do mandato parlamentar, essa mudança resulta, de igual forma, na alteração da representação política da legenda originária” (ementa da ADI n. 4.430).

14. Firmada aquela interpretação constitucional, igual conclusão se

ADI 5105 / DF

impõe para a distribuição dos recursos do fundo partidário , também baseada na representatividade dos partidos na Câmara dos Deputados.

15. Tem-se, no Brasil, atualmente trinta e cinco partidos políticos com registro no TSE. Enfatizei no julgamento da ADIn n. 4430:

“Tenho certeza de que qualquer brasileiro, até neste recinto aqui, dificilmente vai conseguir saber a que se propõe, como foi feito e em que condições cada qual desses partidos. E este é um temor muito grande, porque a Constituição fala em partidos, mas, na verdade, às vezes, nós temos apenas a legenda. Vi situações em que se oferecia a legenda a alguém, quer dizer, o nome de um partido e depois se negociava, tanto o Fundo Partidário, que hoje não é desprezível, quanto o tempo de propaganda; o que é o contrário da ética constitucional que se pretende com esse sistema de representação” (voto por mim proferido na ADI n. 4.430, Relator o Ministro Dias Toffoli, Dje 19.9.2013, Tribunal Pleno).

16. Ainda naquela assentada (ADIn n. 4.430), asseverei que *“a democracia representativa é objetivamente cogitada, fomentada e exercida na prática político-partidária, legitimando-se ela pelo resultado obtido nas urnas”,* concluindo pela *“razoabilidade do critério utilizado pela norma do art. 47, § 2º, parte final do inc. II, que expressamente reserva a maior parte do tempo de propaganda no rádio e na TV, considerando ‘no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram’”*.

Observei ainda, que *“a associação entre o tempo de propaganda eleitoral no rádio e na TV e o número de candidatos eleitos para a Câmara dos Deputados por determinada coligação homenageia o esforço conjunto dos partidos para a superação do quociente eleitoral e partidário, calculado segundo os arts. 106 a 108 do Código Eleitoral brasileiro”*. Constam dos fundamentos de meu voto, cabíveis também para a presente análise:

“A Constituição da República não cogitou da formação dos partidos políticos apartada da necessária legitimação de sua ideologia segundo o inafastável aval do eleitor, titularizando-os com os

ADI 5105 / DF

mandatos eletivos, conforme decidido por este Supremo Tribunal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 3.999 e 4.086 (sobre fidelidade partidária).

Retomando as palavras do Ministro Joaquim Barbosa, Relator naquelas ações, o partido político é 'a entidade de arregimentação exclusiva da vontade popular'.

Tem-se, portanto, que o sistema constitucional-eleitoral está construído e tem se efetivado cada vez mais, sobre a ideia da representação partidária, ou pluripartidária, no termos do caput do art. 17 da Constituição.

10. Recentemente, questão análoga à presente veio a este Supremo Tribunal, no Mandado de Segurança n. 31.184, cuja medida liminar foi indeferida pelo Relator, Ministro Ayres Britto, que afirmou a impossibilidade de novo partido ver-se incluído na distribuição de vagas nas Comissões Permanentes e Temporárias da Câmara dos Deputados, exatamente em razão de não ter passada pela legitimação em eleição popular:

'Ora, o partido autor da presente ação de segurança não participou de nenhuma eleição popular. Não contribuiu para a eleição de nenhum candidato. Não constou do esquadro ideológico ou de filosofia política de nenhuma eleição em concreto. Não submeteu a nenhum corpo de eleitores o seu estatuto ou programa partidário. Ainda não passou pelo teste das urnas, enfim, porque não ungido na pia batismal do voto. Não vejo, portanto, como reconhecer a sua equiparação em tudo e por tudo, com partidos e coligações já dotados de representantes por eles mesmos (partidos e coligações) submetidos, com êxito, ao corpo eleitoral do País.

Numa frase, não tenho como fazer do reconhecimento da legitimidade das novas filiações a ele, partido acionante, um atestado de pré-existência à atual legislatura. Como se protagonista fosse do processo eleitoral que redundou na eleição popular, diplomação e posse dos atuais membros da Câmara dos Deputados.

12. Ante o exposto, indefiro a liminar, sem prejuízo de uma mais detida análise quando do julgamento do mérito'.

Quer-se com isso evidenciar que a democracia representativa é objetivamente cogitada, fomentada e exercida na prática político-

ADI 5105 / DF

partidária, legitimando-se ela pelo resultado obtido nas urnas.

11. A candidatura avulsa dos detentores de mandato eletivo não é admitida em nosso sistema jurídico. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.530, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ 21.11.2003, este Supremo Tribunal suspendeu a eficácia do § 1º do art. 8º da Lei n. 9.504/1997, segundo o qual “aos detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, ou de Vereador, e aos que tenham exercido esses cargos em qualquer período da legislatura que estiver em curso, é assegurado o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados”.

O critério adotado pela Lei n. 9.504/1997 (eleição para a Câmara dos Deputados) não contraria o sistema presidencialista de governo (majoritário), por objetivar a efetivação da democracia representativa, vinculada aos partidos e aos arranjos partidários, sem os quais não haveria candidatos nem eleições e em razão dos quais os mandatários são eleitos, até mesmo para as chefias do Poder Executivo.

É na composição da Câmara dos Deputados que se pode delinear, com maior precisão (quantitativa e qualitativa), os contornos da democracia representativa e, por conseguinte, da soberania popular:

‘O preâmbulo [da Constituição de 1988] já exprimiu essa ideia quando declarou que os representantes do povo, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte promulgavam a Constituição; e no art. 2º se diz que o poder que emana do povo é exercido por seus representantes. Tem-se aí o princípio básico da democracia representativa. Que povo é esse que é representado pela Câmara dos Deputados? Não há de ser o corpo eleitoral, que não constitui o povo, mas simples técnica de designação de agentes governamentais por via eleição. ‘Povo’ é um coletivo que exprime os membros da sociedade estatal com todas as suas qualidades e defeitos, com todas as suas circunstâncias’ (SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. 5 ed. São Paulo: Malheiro, 2008. p. 389).

12. Raul Machado Horta [3][3] observa que ‘o sistema de partidos repercute de igual modo no funcionamento do regime presidencial, tornando mais flexíveis as relações entre o Presidente e o Congresso, ou concorrendo para abrandar as dimensões imperiais do poder presidencial, em regime de pluripartidarismo’.

ADI 5105 / DF

São essas conformações políticas que, não raro ultrapassando as pessoas dos próprios partidos e resvalam para as coligações, viabilizam o acesso ao poder. É o Autor mesmo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.430 que observa:

‘dos 513 (quinhentos e treze) deputados federais eleitos em 2006, apenas 100 (cem) obtiveram seus mandatos por legendas partidárias que não estavam coligadas e tal ocorrência só se deu apenas em doze estados (Bahia, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, além do Amapá, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, mencionados na exemplificação antes apresentada). Vale destacar, também, que apenas treze partidos elegeram deputados federais de forma isolada, sem coligação: PMDB, PSDB, PFL, PSB, PDT, PPS, PV, PL, PRONA, PP, PTB, PTC e PSC’

Esse argumento não refuta, antes reafirma a razoabilidade do critério utilizado pela norma do art. 47, § 2º, parte final do inc. II, que expressamente reserva a maior parte do tempo de propaganda no rádio e na TV, considerando ‘no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram’.

A distribuição considera a expressividade das alianças políticas arregimentadas em prol de um menor número de candidatos e que, por essa mesma razão, passam a contar com maior tempo de propaganda no rádio e na TV.

13. De se relevar que, nesse cenário, os partidos coligados deixam de ser isoladamente considerados, observadas as prerrogativas das coligações, em função das quais se define a distribuição dos mandatos para a legislatura, conforme decidiu este Supremo Tribunal no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 30.260 e 30.272, de minha relatoria:

“MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. ORDEM DE SUBSTITUIÇÃO FIXADA SEGUNDO A ORDEM DA COLIGAÇÃO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE PERDA DO OBJETO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. (...) 3. As coligações são

ADI 5105 / DF

conformações políticas decorrentes da aliança partidária formalizada entre dois ou mais partidos políticos para concorrerem, de forma unitária, às eleições proporcionais ou majoritárias. Distinguem-se dos partidos políticos que a compõem e a eles se sobrepõe, temporariamente, adquirindo capacidade jurídica para representá-los. 4. A figura jurídica derivada dessa coalizão transitória não se exaure no dia do pleito ou, menos ainda, apaga os vestígios de sua existência quando esgotada a finalidade que motivou a convergência de vetores políticos: eleger candidatos. Seus efeitos projetam-se na definição da ordem para ocupação dos cargos e para o exercício dos mandatos conquistados. 5. A coligação assume perante os demais partidos e coligações, os órgãos da Justiça Eleitoral e, também, os eleitores, natureza de superpartido; ela formaliza sua composição, registra seus candidatos, apresenta-se nas peças publicitárias e nos horários eleitorais e, a partir dos votos, forma quociente próprio, que não pode ser assumido isoladamente pelos partidos que a compunham nem pode ser por eles apropriado. 6. O quociente partidário para o preenchimento de cargos vagos é definido em função da coligação, contemplando seus candidatos mais votados, independentemente dos partidos aos quais são filiados. Regra que deve ser mantida para a convocação dos suplentes, pois eles, como os eleitos, formam lista única de votações nominais que, em ordem decrescente, representa a vontade do eleitorado. 7. A sistemática estabelecida no ordenamento jurídico eleitoral para o preenchimento dos cargos disputados no sistema de eleições proporcionais é declarada no momento da diplomação, quando são ordenados os candidatos eleitos e a ordem de sucessão pelos candidatos suplentes. A mudança dessa ordem atenta contra o ato jurídico perfeito e desvirtua o sentido e a razão de ser das coligações. 8. Ao se coligarem, os partidos políticos aquiescem com a possibilidade de distribuição e rodízio no exercício do poder buscado em conjunto no processo eleitoral. 9. Segurança denegada' (STF, MS 30.260, de minha relatoria, DJe 29.8.2011).

Partindo dessas premissas, há que se respeitar a segurança jurídica dos partidos políticos e das coligações, cujo tempo de

ADI 5105 / DF

propaganda eleitoral tenha sido definido pelo resultado das eleições pretéritas para a Câmara dos Deputados.

Daí porque, não obstante não se possa invocar direito adquirido a manutenção de regimes jurídicos, também não há como se desconsiderar o ato jurídico aperfeiçoado nos termos do art. 47, § 2º, inc. II, segundo o resultado das últimas eleições para a Câmara dos Deputados.

Desse modo, a associação entre o tempo de propaganda eleitoral no rádio e na TV e o número de candidatos eleitos para a Câmara dos Deputados por determinada coligação homenageia o esforço conjunto dos partidos para a superação do quociente eleitoral e partidário, calculado segundo os arts. 106 a 108 do Código Eleitoral brasileiro.

O caráter nacional do partido político é concebido não mais pelo número de parlamentares eleitos, mas pelo ‘apoio de eleitores’, nos termos do art. 7º, § 1º, da Lei n. 9.096/1995:

‘Art. 7º, § 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles’.

Esse critério, apesar de afeto à legislação ordinária, tem raízes constitucionais, como leciona José Afonso da Silva:

‘A Constituição, contudo, não indicou quando o partido se considera nacional. As normas constitucionais revogadas impunham critérios para que assim fosse tido. Era uma regra de funcionamento, segundo a qual os partidos dependiam da obtenção de 3% do eleitorado nacional, distribuídos pelo menos em 5 estados com um mínimo de 2% em cada um deles. A Constituição de 1988 não o disse, deixou essa questão para a lei, quando estabeleceu como um dos preceitos a serem por eles observados o funcionamento parlamentar de acordo com a lei’ (SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. 5 ed. São Paulo: Malheiro, 2008. p. 239-240, grifos nossos).

14. O critério do § 2º do art. 49 da Lei das Eleições, no qual se

ADI 5105 / DF

prevê divisão igualitária do tempo de propaganda no rádio e na televisão para a realização de segundo turno (20 minutos), não desautoriza aquele entendimento por não haver, no caso, concorrência senão entre dois partidos (ou coligações de partidos).

Essa previsão melhor se coaduna e maior efetividade dá à disputa eleitoral pelo sistema exclusivamente majoritário (único em que se cogita da realização de segundo turno). Essa situação, portanto, é diversa e assim diversamente tratada pelo legislador ordinário, sem desbordar da razoabilidade ou proporcionalidade juridicamente consideradas.

15. Quanto à alegação de que haveria afronta ao princípio da igualdade, é de se encarecer que a conclusão de que todos os partidos são iguais perante a lei não é o mesmo que ‘os partidos são absolutamente iguais uns aos outros’, como pretende o Autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.430.

Tampouco autoriza concluir que todos os partidos formalmente constituídos fazem jus à distribuição igualitária de tempo gratuito de propaganda no rádio e na televisão (ou a qualquer outro direito).

Desse entendimento não divergiu o julgado do Supremo Tribunal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.351 e 1.354. Importante salientar o que ressaltou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento daquelas ações, nas quais se discutiu a constitucionalidade da chamada ‘cláusula de barreira’:

‘Quando se colocou o debate (...) sobre a cláusula de barreira, embora o tema não fosse exatamente esse – não era diretamente essa questão, mas apenas a chamada cláusula de barreira à brasileira -, tive a oportunidade de dizer que aquele modelo que levava à inanição dos partidos parecia-me inconstitucional. Embora não me parecesse inconstitucional a adoção de uma cláusula de barreira, que de fato dissesse que o partido que não atingisse um determinado quorum, um determinado número de votos, um determinado percentual não participaria da distribuição de mandatos.

O problema é que, naquele modelo, nós acabáramos por levar – e isso foi observado nos vários votos, inclusive, creio que no voto do Relator – o partido ao desaparecimento por inanição, porque lhe negávamos a participação na vida parlamentar’ (grifos nossos).

ADI 5105 / DF

Não é o que se tem na espécie, em que se analisa a constitucionalidade do critério de distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV, adotado pelo art. 47 da Lei n. 9.504/1997. Essa circunstância não se confunde sequer com a propaganda partidária específica que se sujeita aos critérios do arts. 45 a 49 da Lei n. 9.096/1995.

16. Teve-se no voto do Ministro Cezar Peluso, proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351, e citado pelo autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.430:

‘Toda desigualdade se funda em algum critério. A idade, por exemplo, é critério de desigualação. É um critério legal e constitucional, quando, por exemplo, seja caso de medir a capacidade civil das pessoas.

Neste caso, o critério da idade tem toda adequação para estabelecer diferenças de tratamento. O uso do critério tem de ser examinado à luz da sua finalidade.

O que temos no caso? Temos um critério de desigualdade baseado no número de votos atribuídos ou imputáveis aos partidos políticos como tais, isto é, qualidade atribuída aos partidos políticos nas razões de sua existência e, em particular, na razão de sua capacidade jurídica específica de apresentar e eleger candidatos.

Portanto, se esse critério fosse usado com a finalidade de restringir a existência ou essa capacidade dos partidos, eu não teria nenhuma dúvida em aceitá-lo, porque vejo aí uma conexão lógico-jurídica entre o critério e a consequência’.

A utilização do critério legal (votos obtidos na última eleição para a Câmara dos Deputados) condiz com a capacidade do partido ‘de apresentar e eleger candidatos’, sem ingerência na atividade partidária.

Observou-se no parecer da Procuradoria-Geral da República:

‘os percentuais adotados (2/3 para os partidos com representação na Câmara dos Deputados e 1/3 igualmente para os que não a têm) insere-se dentro do poder de conformação do legislador ordinário, especialmente porque não revelam em si, desproporcionalidade’ (parecer, fl. 12).

18. Segundo Canotilho, o princípio da igualdade é afrontado

ADI 5105 / DF

quando ‘existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: I- fundamento sério; II- não tiver um sentido legítimo; III- estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável’ (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.), o que não ocorre na espécie.

A evidência de que o critério legal em análise não condiciona a atividade partidária decorre da possibilidade de um partido político existir ainda que sem qualquer candidato eleito no Congresso Nacional, desde que preenchidos os critérios legais quanto ao apoio nacional, entre outros.

A contrario sensu e pelo que se defende pela invocação do princípio da igualdade de oportunidades, a desconsideração da representatividade efetiva do partido subjugaria o interesse coletivo ao interesse partidário, em inegável inversão de valores constitucionais.

(...)

Pelo exposto, conheço, em parte, da ação de inconstitucionalidade na Ação Direta n. 4430, julgando-a improcedente na parte conhecida. E julgo improcedente a Ação Direta n. 4795. É o meu voto” (ADI 4430, Relator o Ministro Dias Toffoli, Dje 19.9.2013, Tribunal Pleno).

17. Prevaleceu, contudo, entendimento mais flexível, a aplicar-se também na espécie, para se assegurar igual tratamento aos que se submeteram àquele julgado e ao presente, ambos os processos com objeto igual, alcançando-se, portanto, distribuição proporcional do fundo partidário consideradas as mudanças de filiação partidária nos casos de criação de partidos.

18. Pelo exposto, voto pela **procedência dos pedidos**.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, tal como já manifestei nos debates, diferentemente inclusive da ministra Cármen, eu faço a evolução ou involução inversa.

Já disse, de público, da qualidade do voto do eminente Relator. E teria folga, sem dúvida, em acompanhá-lo, mas vislumbro, tal como já demonstrou o ministro Fachin em seu cuidadoso e percuciente voto, realmente uma reanálise dos próprios fatos e das próprias circunstâncias. E a mim me parece que o legislador fez essa reavaliação, tendo em vista reflexões que vêm de todo lado, críticas a propósito dessa temática.

A mim não me impressiona se a provocação que vem ao Tribunal - e muitas vezes essa é a forma de fazê-lo - decorre de uma emenda constitucional ou de uma lei. Vamos ter inúmeros exemplos, certamente, de leis que foram editadas e, às vezes, até de uma forma imperceptível, acabamos validando-as ou invalidando-as, tendo por parâmetro ou não a jurisprudência do Tribunal.

Só para falar numa ADI, a de nº 3.772, que cuidava da questão dos professores, da aposentadoria, a Lei nº 11.301. E a Súmula nº 726 do Tribunal dizia:

"PARA EFEITO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORES, NÃO SE COMPUTA O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO FORA DA SALA DE AULA."

Essa Lei veio em sentido contrário, lei ordinária e a consideramos constitucional, contrariando a própria Súmula do Supremo Tribunal

ADI 5105 / DF

Federal. Certamente, se formos perscrutar, vamos encontrar inúmeros exemplos nesse sentido, como também muda a jurisprudência do Tribunal e muitas vezes, estou dizendo, a mudança da legislação é um acicate para que o Tribunal assuma uma postura reflexiva.

Para notar uma mudança significativa, da qual participou no primeiro e no segundo momento o ministro Marco Aurélio, o caso dos crimes hediondos. Veja que o Tribunal fez uma leitura da Lei dos Crimes Hediondos dizendo que ela era plenamente constitucional, com o voto vencido de Vossa Excelência e, depois, o Tribunal fez uma releitura - talvez passados dez anos - e declarou o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos inconstitucional. Claro que, para isso, houve uma série de provocações por parte dos próprios juízes, do Ministério Público, dos advogados, que trouxeram os casos novamente até o Tribunal a fim de que houvesse essa reflexão.

Um caso curioso, interessante, até disse que, se fosse nos Estados Unidos, seria cantado em prosa e verso. Vossa Excelência há de lembrar, ministro Marco Aurélio, que esse foi um *habeas corpus* feito por um preso e trazido ao Supremo por um preso. Seria um novo caso Gideon, se fosse visto nessa perspectiva. Ele mesmo impetrou o *habeas corpus* e trouxe a matéria e Vossa Excelência foi, então, relator dessa matéria, que revisitou essa temática. Portanto, a rigor, são múltiplas as formas de revisão.

Professor Peter Häberle, inclusive, destaca que, na sociedade aberta dos intérpretes da constituição, tem um papel decisivo quem pode provocar a Corte, porque só por essa forma é que se terá a oportunidade de uma revisão. Daí, a importância, inclusive, de uma nova deliberação legislativa do Congresso Nacional, como já demonstrou aqui, em sua avaliação, o ministro Fachin e acaba de fazê-lo o ministro Teori Zavascki. Então, a mim me parece que esse é um dado importante. É curioso também que, no próprio campo hermenêutico, o professor Peter Häberle diz, seguindo num texto que é magnífico e que já foi, creio, traduzido

ADI 5105 / DF

para o português, *Zeit und Verfassung* (Tempo e Constituição). Ele diz que vivemos um dilema porque, diz: nós partimos de uma aproximação em relação a uma dada interpretação, que se chama de pré-compreensão, e depois chegamos a um resultado dessa interpretação. Depois de todas essas avaliações, as mais complexas possíveis, chegamos a um resultado, que ele chama de pós-compreensão. E ele diz: depois de todo esse debate, a pós-compreensão é a pré-compreensão do futuro, portanto, voltamos ao processo. Veja que interessante. Por isso, não há essa coisa da última palavra ou da palavra que prevalece nesse processo extremamente complexo.

Então, a mim me parece que, a rigor, não há nada de novo quanto a esse fato. A rigor, é uma reavaliação que o legislador faz calcado na experiência colhida e veja que, nessa esfera, sobretudo - claro que o mundo está numa prodigiosa transformação -, nesses últimos anos, temos tido mudanças enormes. A decisão nossa foi de 2012 e já se percebe que, de alguma forma, envelheceu, porque não são poucas as críticas que se vêm fazendo a esse processo de criação, transformação de partidos e manipulação desses privilégios que a legislação muito justamente outorga aos partidos, mas que têm sido objeto de muito abuso, como se tem destacado.

De modo que fico com a impressão de que estamos a nos respaldar na decisão tomada na ADI da relatoria do ministro Toffoli e eu estou afirmando com toda a clareza que acompanhei Sua Excelência, portanto, estou fazendo uma nova análise, uma nova reflexão. Ainda hoje pela manhã, tive oportunidade de dizer ao ministro Fux, a despeito do brilhantismo de seu voto, que é inegável, que eu faria essa reanálise, essa viagem de volta, em cima, inclusive, das experiências que colhemos nesses anos e que estão materializadas nesse projeto, agora Lei. Veja, chamamos a atenção ao fato de que agremiações com pouca experiência nos embates eleitorais vão estimulando artificialmente a criação de novas legendas para se pensar numa fusão, com distorção do propósito

ADI 5105 / DF

representativo.

E um outro dado, que nunca é demasiado ressaltar, não podemos esquecer que, a despeito, às vezes até das distorções, da irrelevância que marca o partido entre nós, a filiação partidária é requisito para eleição. Já foi apontado, também, que não há eleição, especialmente no modelo da eleição proporcional, quase que nós não temos casos exemplares de eleição em que a votação do candidato atinge o quociente eleitoral, ele depende do voto da legenda. Então, com todas as distorções, isso é fundamental.

Também, tem de se notar, na linha de Smend e defendida depois por Hesse, que os partidos têm uma missão importantíssima, quase sagrada, que é a da formação da unidade do Estado. Isso é fundamental. Se nós, ao invés de caminhar nesse..., daí a legitimidade dessa densificação que faz o legislador para que não impeça a criação de partidos, mas para que haja algum tipo de exigência, sob pena de se tornar algo banal, como hoje estamos a verificar.

E, veja, as armadilhas da vida intelectual. Nós imaginávamos que estávamos dando uma resposta - e certamente demos - adequada ao fenômeno do transfuguismo, com a caracterização da fidelidade partidária como um valor, que poderia levar até mesmo ao comprometimento do mandato. Claro que não tínhamos a alternativa de - o ministro Toffoli até tem ressaltado isso -, que talvez a solução realmente a mais perfeita ou pelo menos a menos imperfeita seria ter fechado todas as portas e ter dito que sair do partido vai envolver a perda do mandato. O sujeito terá de, na verdade, sair do partido e se qualificar no mundo partidário. Em suma, o Tribunal entendeu que era viável que não se desse a perda do mandato nos casos de notória perseguição, distorção do programa partidário, que pode acontecer e, também, para fundar uma outra agremiação. Essa válvula de escape é aquela que tem sido agora utilizada com maior frequência, levando à distorção do sistema, como

ADI 5105 / DF

sabemos. Vinte e cinco parlamentares migram de uma legenda originária, pela qual foram eleitos, para essa legenda, que pode ser inclusive uma legenda de passagem, como estamos vendo nesse desenho. Já há uma pré-combinação de uma fusão, lá na frente, com uma instituição partidária que será criada. Veja, não se trata de aglutinação de partidos existentes, objeto da nossa discussão de ontem. E isso leva à redução significativa do direito de antena dessa instituição originária, da perda do fundo e de transferência para essa outra instituição. É evidente e não há negar que, em alguns casos, vamos ter distorções. Ah, mas cinquenta parlamentares migraram para essa nova agremiação. Se o fizessem por motivos claramente ideológicos.... E, veja, estamos a assistir essa mudança agora em relação à Rede Sustentabilidade, que se está formando a partir do conceito de um partido de base, em que os parlamentares estão migrando sabendo que, em princípio, estão em vigor as condições estabelecidas na Lei, logo, sem essa portabilidade.

E há outra pergunta que me ocorre. Tem de haver exigência de uma fundamentação reiterada do legislador para a mudança. Nós sabemos que, na prática, é difícil se exigir isso. O que podemos fazer? Avaliar, talvez, os projetos, as justificativas, as exposições de motivos. Mas claro que isso é insuficiente. O que nos cabe é fazer uma análise objetiva das razões da Lei. Haveria justificativa para a mudança? Até porque, do contrário, podemos, como estamos fazendo, declarar a inconstitucionalidade da norma, mas essa é uma forma relativamente pacífica, tranquila, de diálogo institucional.

Aqui, não estamos tendo o fenômeno, que já ocorreu de, editada a decisão do Supremo declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 1, como já ocorreu em alguns estados, edita-se uma Lei nº 2, de teor idêntico; não é disso que se cuida. O próprio legislador - e aí já o demonstrou o ministro Fachin - fez uma reavaliação da situação. Até poderíamos discutir os critérios de proporcionalidade se, de fato, o tempo dividido, atribuído seria adequado às circunstâncias e tudo mais; mas não é disso

ADI 5105 / DF

que se cuida, não é esse o fundamento.

De maneira completa, ou vamos para o vício formal, ou dizemos que houve uma contrariedade à jurisprudência. Poderíamos discutir o critério de distribuição do fundo; mas não é disso que se cuida. Estamos simplesmente dizendo que, na linha da jurisprudência desenhada na ADI anterior, temos de seguir. Então, não me parece que se possa seguir esse caminho. É preciso de, realmente, nesse caso, valorizar a reanálise feita e os fatos que sobejam nesse tipo de matéria. Se levarmos em conta os fatos legislativos, que precisam de ser considerados, certamente é legítima a reanálise, como fizemos na situação da fidelidade partidária, em que havia vastíssima jurisprudência do Tribunal, até arrimada em elementos históricos, dizendo claramente que a infidelidade partidária não poderia afetar o mandato.

Ontem, inclusive, a ministra Cármen Lúcia encerrou o voto citando uma passagem notável do ministro Francisco Rezek, em que ele diz que se filiava à maioria, mas estava certo de que o futuro daria razão à minoria que, como o ministro Paulo Brossard, identificava o vício que levaria à perda do mandato na infidelidade. Ele dizia: já os desenhos que aí se colocam não são promissores em termos de quadros partidários - nós estávamos, portanto, em 90, não é? Portanto, era 1990, e ele já dizia: vou-me filiar à posição majoritária, certo de que quem tem e terá razão no futuro é a corrente minoritária, tendo em vista exatamente o desenho que depois se realizou. Ontem, a ministra Cármen trouxe isso como encerramento do voto, essa citação, até que nós já trouxemos também em vários debates.

De modo que, Senhor Presidente, primeiro compreenderia que os contextos normativos em que se deu a mudança, quer dizer, a primeira reflexão em 2012 e agora - o ministro Fachin demonstrou isso muito bem, também o ministro Teori -, são diversos.

ADI 5105 / DF

Por outro lado, é certo que a reavaliação, que nós próprios fazemos dessa realidade e que estamos vivendo a realidade do Tribunal Superior Eleitoral - o ministro Marco Aurélio, que passou por lá e teve várias presidências, também certamente vivenciou todo esse quadro, como já manifestou inclusive em seus pronunciamentos de posse, nos pronunciamentos inaugurais na própria Corte -, temos conseguido piorar o sistema, inclusive, com essas flexibilizações.

Chamei a atenção de que as mudanças têm de continuar livres. As pessoas podem continuar criando novos partidos, atendidos os requisitos legais. Mas é claro que isso há de envolver algum risco, especialmente porque esse privilégio, essa prerrogativa que se outorga ao partido, por exemplo, do tempo do direito de antena ou do fundo partidário, tem um lastro na ideia da representatividade haurida nas urnas. Isso não se pode transformar em ativo pessoal de cada parlamentar; do contrário, dissolvemos a própria ideia de partido-democracia, que está na base do nosso sistema. Tanto é que sequer aceitamos o candidato isolado, nem para eleições majoritárias.

Por isso, a mim me parece que aqui há, sim, fundamentos; não fundamentos que o legislador trouxe-nos para apreciar, mas que decorrem do novo quadro normativo suficiente a declarar a constitucionalidade da norma.

Assim, pedindo todas as vênias ao eminente Relator e àqueles que o acompanharam, acompanho o voto do ministro Fachin e o do ministro Teori Zavascki.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, vejo com enorme simpatia todo e qualquer diploma legal que, de certa forma, venha a inibir a troca de partidos e a criação de novos, no que chegou no Brasil ao inimaginável. Mas estou vinculado ao Direito posto, principalmente, às normas constitucionais de regência da matéria.

Quanto ao vício de forma, não posso assentá-lo no que o Congresso Nacional teria aprovado a alteração das Leis nº 9.096/95 e também nº 9.504/97, contrariando jurisprudência do Supremo. A ordem natural das coisas direciona no sentido de observarem-se os pronunciamentos deste Tribunal, mas não interdita a atividade precípua de outro Poder, como é o caso do Legislativo quanto à normatização. Não há o vício articulado, porque a Constituição Federal, nos artigos 102, § 2º, e 103, § 3º, é bem clara ao revelar que as decisões em processos objetivos têm eficácia abrangente quanto aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, não havendo referência a Poder.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que ocorre? Se se trata de omissão de órgão administrativo, é dado determinar a prática de certo ato; mas, se se trata de Poder, apenas cabe cientificá-lo quanto à mora.

Presidente, a vida partidária é dinâmica e, no contexto de dinamismo, tem-se o fundo partidário e o acesso gratuito ao rádio, à televisão para a propaganda partidária. Isso ocorre considerada a representação do partido político na Câmara dos Deputados. Se formos à Constituição Federal, veremos que, em preceito decorrente do Poder Constituinte originário, previu-se a importância da representação do partido na Câmara dos Deputados. Refiro-me ao que se contém no § 1º do artigo 58, a revelar que a Mesa Diretora e também as Comissões serão compostas, observando-se, tanto quanto possível, a representação do partido político na Casa, e, portanto, na Câmara.

Não posso placitar as alterações verificadas na Lei nº 9.096/95, no

ADI 5105 / DF

que, mediante nova redação do § 6º do artigo 29, excluíram-se, da participação no Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão, as novas siglas, o mesmo ocorrendo no tocante à Lei nº 9.504/97. Não posso placitar essas alterações no que encerram mesclagem extravagante, ou seja, a admissão, como válida, da criação de novos partidos, da migração de um partido para outro, mas assentando que esses fenômenos não terão repercussão maior quanto ao fundo partidário e ao direito de antena. Chegaria, se assim não fizesse, à incongruência, ou seja, admitiria, por exemplo, a migração e a nova representação de um partido sem conferir a consequência natural, ou seja, a participação no fundo, assentando que, mesmo com a migração, mesmo tendo perdido a envergadura em termos de representação, o partido originário continua a ter direito ao rateio do fundo como se o parlamentar o continuasse integrando.

Por isso, reafirmo a posição que adotei, inclusive no Tribunal Superior Eleitoral, no que tive a oportunidade de me defrontar com processo administrativo em que o Partido requerente, o Solidariedade, pediu a reserva da cota parte, dele partido. Concluo que a alteração verificada – não desconheço que o objetivo foi o melhor possível, como ressaltado pelo ministro Gilmar Mendes – conflita com a representatividade agasalhada no Texto Maior, que é o da Constituição.

Por isso, acompanho o Relator, julgando procedentes os pedidos iniciais formalizados.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço *vênia* ao eminente Ministro Relator, **que proferiu *belíssimo voto* neste** processo de controle normativo abstrato, para, **acompanhando** a divergência, **julgar improcedente** a presente ação direta **e, desse modo, confirmar a plena validade constitucional** das normas legais ora impugnadas.

É o meu voto.

01/10/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, tenho expressado uma profunda preocupação com aquilo que tenho chamado - e o disse em pleno Congresso Nacional, numa audiência pública - de hiperpartidarismo no Brasil. Já ultrapassamos, de longe, o pluripartidarismo, que é algo normal, existente em vários países democráticos do mundo.

Queria expressar as minhas mais profundas reservas, eminente Decano, quanto a alterações casuísticas pontuais que, não raro, reagem ao surgimento de novas forças políticas no cenário eleitoral. E, não raro, essas reações partem de partidos hegemônicos que impedem o surgimento de novos partidos, mais consentâneos, quiçá, com a opinião pública dominante na sociedade.

Vejo que, ontem e hoje, apreciamos exatamente certas alterações pontuais casuísticas na legislação eleitoral que ficam devendo uma mudança mais sistemática em nosso sistema político. Entendo que o Congresso nos deve, sem dúvida nenhuma, e deve à sociedade brasileira essa mudança sistemática. Eu pessoalmente tenho, repito, profundas reservas a esse tipo de alterações pontuais e casuísticas.

Tenho também uma preocupação que foi manifestada pelo eminente Relator, Ministro Luiz Fux, com relação àquilo que Sua Excelência chama de atentado à dignidade da jurisdição. Também concordo com o nosso Decano que, embora exista um certo diálogo entre as instituições - isso modernamente se instaurou, como bem lembrou o Ministro Roberto Barroso -, em matéria de interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra. Não cabe ao Poder Legislativo reagir a decisões relativas à interpretação constitucional, sobretudo, tomadas em controle abstrato de constitucionalidade, mediante alterações da legislação ordinária.

ADI 5105 / DF

No entanto, neste caso, Ministro Fux - Vossa Excelência já é vencedor na sua brilhante proposição e conta com seis votos a favor - , preciso manter a coerência com o meu voto de ontem. E é por isso que ousou divergir de Vossa Excelência neste caso e julgar também improcedente a Ação.

O que acontece no caso que estamos examinando hoje? Hoje estamos verificando exatamente que uma lei ordinária, que é a Lei Federal 12.875, de 2013, alterou certos dispositivos da Lei 9.096, de 1995, e também da Lei 9.504, de 1997, alterando a distribuição das verbas do fundo partidário e também do acesso ao direito de antena. E, como disse o Ministro Teori Zavascki, é uma alteração que, a meu ver, não apresenta nenhuma excepcionalidade; é algo que o legislador ordinário poderia, dentro da razoabilidade, certamente, propor à sociedade e fazer alteração mediante uma mudança na legislação ordinária.

E hoje, eminentes Pares, estamos nos defrontando com um problema exatamente igual ao que votamos ontem. Ontem examinamos a alteração que a Lei 13.107, de 2015, introduziu exatamente nesses dois mesmos diplomas: na Lei 9.096/95 e na a Lei 9.504/97. E ontem nós placitamos e consideramos constitucional que a Lei ordinária dissesse que só podem fundar novos partidos aqueles não filiados a partidos políticos. Está dentro da lógica do sistema. É algo razoável.

E dissemos mais, que só podem fundir-se partidos com cinco anos de existência. Uma preposição perfeitamente lógica e razoável. Não é extravagante, tanto como essa alteração que se propõe agora mediante esta Lei ora examinada, que é a Lei 12.875. Dentre as várias alternativas propostas ou que poderiam ser potencialmente sugeridas, esta é uma alternativa, *data venia*, razoável.

E penso, eminente Ministro Luiz Fux, que não afronta de forma central a decisão que nós tomamos na ADI 4.430, aliás, tomada há mais de dois anos e meio, porquanto ela foi decidida, julgada no dia 29/6/2012. Nesses dois anos e meio, o substrato fenomenológico alterou-se fundamentalmente. Se já tínhamos um hiperpartidarismo, como eu o chamei - já o chamava quando era Presidente do TSE, -, hoje, não sei, nós

ADI 5105 / DF

temos uma aberração no plano partidário. A cada dia, surgem novos partidos com as designações mais bisonhas, e que são incompatíveis até com a seriedade, *data venia*, do ambiente político democrático.

Por essas razões, Ministro Fux, louvando, e digo a Vossa Excelência que guardarei o voto de Vossa Excelência até para, se Vossa Excelência me permitir, transmiti-los aos meus alunos como um *leading case*, em matéria constitucional, porquanto Vossa Excelência aqui esgotou o assunto, no que diz respeito não apenas na supremacia dos pronunciamentos da Suprema Corte com relação aos demais Poderes, sem excluir o diálogo institucional que deve e existe de fato, como também Vossa Excelência aqui magistralmente mostra que não é possível que determinadas maiorias oprimam as minorias e impeçam o surgimento de alternativas políticas.

De modo que, pedindo máxima vênia a Vossa Excelência, filio-me à divergência para julgar improcedente a presente Ação.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.105

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : SOLIDARIEDADE

ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei nº 12.875, de 30 de outubro de 2013, vencidos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Plenário, 01.10.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário