

04/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.604-0 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhora Presidente, o presente mandado de segurança funda-se, ou inspira-se, como todos sabemos, em decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral em março deste ano.

Com efeito, no procedimento de Consulta formulada ao TSE (Consulta nº 1.398/DF) ficou decidido que:

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

b) Isto é, segundo o TSE, o abandono, pelo eleito, da agremiação partidária pela qual se elegeu teria como consequência imediata a legitimação do partido de origem a reivindicar a respectiva vaga, o que implica necessariamente na perda do seu mandato; noutras palavras, segundo o TSE, os mandatos eletivos

MS 26.604 / DF

pertencem aos Partidos Políticos pelos quais os representantes se elegem, e não aos eleitos;

Invocando essa decisão da Corte eleitoral, o Partido ora impetrante formulou requerimento ao Presidente da Câmara dos Deputados, pedindo-lhe que declarasse a vacância dos mandatos dos deputados que no último pleito se elegeram sob a legenda do partido, e que posteriormente se desfiliaram e aderiram a outras agremiações partidárias. O Presidente da Câmara dos Deputados indeferiu o pedido. Daí a impetração deste mandado de segurança.

Creio que a solução da controvérsia requer, ainda que de forma breve, que se revisitem umas poucas noções fundamentais de direito constitucional que estão à base de todos os regimes democráticos contemporâneos.

Refiro-me às questões pertinentes à soberania popular e à representação política, temas que, como todos sabemos, estiveram no centro das discussões travadas no curso das duas grandes revoluções de finais do século XVIII - a americana e a francesa.

A esse propósito, adianto que, num dos votos proferidos no TSE, colhi uma frase que me causa uma certa perplexidade. O ministro que a proferiu o fez como contraponto ao que afirmara o grande jurista e ex-membro desta Corte,

MS 26.604 / DF

Ministro Victor Nunes Leal, em debate realizado nos anos 50, em que S. Exa. afirmou o seguinte sobre o tema ora em discussão (expulsão do infiel):

"O Sr. Ministro Victor Nunes Leal - E esse tipo de sanção traria a vantagem de não desmentir o princípio hoje mais ou menos consagrado, de que o deputado REPRESENTA O POVO; EMBORA ESCOLHIDO PELO CRITÉRIO PARTIDÁRIO, REPRESENTA O POVO";

Já o nosso atual ministro do TSE, rebatendo a afirmação do Ministro Victor Nunes Leal, sustentou o seguinte:

"A proposição concessiva empregada pelo eminente Ministro e jurista, segundo a qual 'o deputado representa o povo, embora escolhido pelo critério partidário', deve converter-se e ser lida em termos causais: 'O DEPUTADO REPRESENTA O POVO, PORQUE ESCOLHIDO PELO CRITÉRIO PARTIDÁRIO'."

Com todas as vênias, a meu sentir, essa afirmação categórica apresenta problemas que a incompatibilizam com a inteligência que o constituinte quis dar ao nosso sistema de representação política.

É que o argumento acolhido pelo TSE coloca o partido político como o elemento central, incontestável, de toda a nossa organização política. Faz dos partidos políticos a fonte derradeira de toda a legitimidade democrática em nosso país. Esse argumento faz, a meu ver, a mais absoluta abstração daquele que, em realidade, encarna a própria soberania - o povo. E isso

MS 26.604 / DF

ficou claro nos debates ocorridos ontem e hoje, nos quais praticamente não se falou do povo, do eleitor. A soberania do povo, ou soberania popular, como é sabido, constitui o elemento-chave de todas as democracias atualmente existentes. Ao conferir essa centralidade exacerbada aos partidos políticos, o Tribunal Superior Eleitoral esqueceu-se de que a nossa organização político-constitucional é informada por um princípio capital inserido logo no § 1º do art. 1º da Constituição que diz: "*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*". O poder, portanto, na nossa organização político-constitucional, deriva diretamente do povo. O povo é que é o seu titular absoluto, a sua fonte primordial. Os partidos políticos, embora indispensáveis e extremamente importantes, são meros instrumentos através dos quais o poder se exerce, em princípio através de representantes eleitos, embora a Constituição admita algumas formas de exercício direto de poder pelo povo.

Para exercer esse poder de que é titular, o povo se serve dessa instituição importantíssima, incontornável, das democracias modernas, que são os partidos políticos. Mas isso não significa que ele, povo, renuncie, em nome do partido, à sua condição de depositário derradeiro da soberania.

MS 26.604 / DF

Aliás, Senhora Presidente, permita-me abrir aqui um parênteses, é que eu me pergunto se essa apregoada preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular encontra eco na realidade da sociedade moderna em que vivemos, sociedade de massas, conectada planetariamente, com múltiplas formas de expressão da vontade dos mais diversos segmentos sociais.

Tenho minhas dúvidas, e nesse sentido, lembro do papel crescentemente importante desempenhado nos dias atuais por organizações tais como as organizações não-governamentais.

Tive o privilégio de assistir nos Estados Unidos da América há cerca de sete ou oito anos o papel decisivo que uma organização espontânea, que surgiu durante o processo de *impeachment* de um presidente daquele país, teve no desfecho do processo de *impeachment*. O nome da organização era "Move on".

Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária.

O outro problema que eu detecto na decisão do Tribunal Superior Eleitoral que deu origem a toda essa controvérsia tem pertinência com a questão da representação política, também um elemento decisivo dos regimes democráticos contemporâneos.

MS 26.604 / DF

O sagaz abade Emmanuel de Sieyès, constituinte francês de 1789 e talvez o mais influente teórico dos primórdios do constitucionalismo, não sem segundas intenções, discorreu largamente sobre a questão da representação política. Para Sieyès, a soberania estatal reside no povo, que ele espertamente converteu numa entidade jurídica abstrata denominada Nação. Povo e nação, para Sieyès, são a mesma coisa. A nação é soberana, mas ela detém uma personalidade jurídica distinta dos indivíduos que a compõem. Tal como as demais pessoas jurídicas, a Nação, personificada no Estado, para agir e exprimir-se, tem necessidade de dotar-se de um estatuto jurídico que institui e organiza os órgãos incumbidos de agir em seu nome. Esse estatuto jurídico é a Constituição. A Constituição, por sua vez, ao constituir o Estado, define e estrutura certos órgãos cuja função é de traduzir a vontade da nação soberana, vontade essa expressa sob a forma de leis. A função desses órgãos estatais seria, portanto, a de traduzir a vontade do povo soberano, e não as hipotéticas vontades ou interesses próprios das instituições ou corpos intermediários que, em última análise, são meros mecanismos de veiculação da vontade do titular da soberania.

Essas breves considerações que faço encontram, a meu sentir, total ressonância no art. 45 da Constituição, que

MS 26.604 / DF

estabelece: "A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo".

Daí, Senhora Presidente, se o titular derradeiro do poder é o povo, em nome de quem agem os representantes, tenho dificuldades em admitir que no nosso sistema constitucional o centro de gravidade, ou seja, a fonte de legitimidade de todo o poder esteja nos Partidos Políticos, como decidiu o Tribunal Superior Eleitoral. Não vejo como admitir, no Brasil, a existência dessa "PARTIDOCRACIA" a que fez alusão o Ministro César Asfor Rocha em seu voto no TSE. A propósito, indago: qual seria o modelo dessa PARTIDOCRACIA de que tanto fala o TSE? O modelo soviético, que vigeu na Europa Central e do Leste? O modelo cubano? Ou o longevíssimo modelo mexicano do PRI?

Em realidade, ao fazer uma opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Superior Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana. Tornou-o irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos.

Creio ser pertinente, para iluminar a discussão de tema tão capital, trazer à tona os sempre judiciosos ensinamentos do professor José Afonso da Silva, na sua conhecida obra "Direito Constitucional Positivo":

MS 26.604 / DF

"O regime representativo, no Estado burguês, procura resolver o conflito de interesses sociais por decisões da maioria parlamentar. Maioria que nem sempre exprime a representação da maioria do povo, porque o sistema eleitoral opõe grandes obstáculos a parcela ponderável da população, quanto ao direito de voto, para a composição das Câmaras Legislativas. Daí decorre que a legislação nem sempre reflete aquilo que a maioria do povo aspira, mas, ao contrário, busca sustentar os interesses da classe que domina o poder e que, às vezes, está em contraste com os interesses gerais da Nação. As classes dirigentes, embora constituindo concretamente uma minoria, conseguem, pelo sistema eleitoral, impedir a representação, nos Parlamentos, da maioria do povo, razão por que, fazendo a maioria parlamentar, obtém uma legislação favorável.

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação. As técnicas que a democracia usa para concretizar esses princípios têm variado, e certamente continuarão a variar, com a evolução do processo histórico, predominando, no momento, as técnicas eleitorais com suas instituições e o sistema de partidos políticos, como instrumentos de expressão e coordenação da vontade popular".

Se o sistema representativo, tal como o conhecemos, é responsável pelo alijamento do processo político de parcelas consideráveis da população, como sustenta o emérito professor da Universidade de São Paulo, a PARTIDOCRACIA preconizada pelo Tribunal Superior Eleitoral se constituirá, sem sombra de

MS 26.604 / DF

dúvidas, em um formidável reforço a esse processo de alheamento da cidadania em relação às questões de interesse nacional.

Senhora Presidente, deixo de lado o terreno movediço em que trafegam ao mesmo tempo o Direito Constitucional e a Filosofia Política, e passo ao exame da controvérsia sob o ângulo do direito constitucional positivo. Nessa seara, meu entendimento coincide com aquele externado nestes autos pelo eminente Procurador-Geral da República, com os diversos votos que capitanearam os precedentes da Corte sobre a matéria (MS 20.927 e 23.405) e com o voto vencido externado pelo Ministro Marcelo Ribeiro, do TSE. Ou seja, não me parece adequado resolver a questão posta nos autos à luz de princípios supostamente implícitos na nossa Constituição. A razão para isso é muito simples. É que, a meu ver, o constituinte de 1988 disciplinou conscientemente a matéria, e fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, que previa a perda do mandato nesses casos. Optou, nos artigos 55 e 56 da Constituição, por dizer de maneira exaustiva quais são as hipóteses de perda do mandato pelo parlamentar eleito pelo voto popular. Dentre essas hipóteses, não figura a perda por infidelidade partidária, como bem já decidiu esta Corte diversas vezes.

MS 26.604 / DF

Cito, a propósito, voto do meu ilustre antecessor, Ministro Moreira Alves, no MS 20.927:

"Com a Emenda Constitucional nº 25/85, deixou de existir esse princípio de fidelidade partidária, e, em razão disso, a mudança de Partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado o inciso V do artigo 35 que enumerava os casos de perda de mandato.

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

Também comunga desse entendimento o ilustre e querido jurista, professor Sérgio Sérvulo da Cunha, que, também citando José Afonso da Silva, sustenta o seguinte:

"Ao partido, e a mais ninguém, compete aplicar sanção por quebra de fidelidade partidária (...). Ao contrário, então, da Constituição anterior, a nova não prevê a possibilidade da perda do mandato em função de infidelidade partidária. Segundo José Afonso da Silva, além de não admitir a perda do mandato em face de infidelidade partidária, a Constituição vai mais longe, estabelecendo vedação nesse sentido. Deveras, no art. 15, a Lei Fundamental, 'declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo'. Já a Constituição anterior não só exigia que os partidos reclamassem

MS 26.604 / DF

disciplina dos seus membros como previa a perda do mandato do parlamentar que deixasse o partido pelo qual fora eleito ou descumprisse as diretrizes legitimamente estabelecidas pela direção partidária".

Por outro lado, entendo que a impetração esbarra-se num outro obstáculo de peso, que é o princípio do devido processo legal. Postulou-se junto ao presidente da Câmara dos Deputados pura e simplesmente a destituição dos deputados ditos trãnsfugas. O Presidente da Câmara indeferiu o pedido, por falta de base constitucional. Note-se, porém, que mesmo nas hipóteses em que a Constituição Federal expressamente prevê a perda de mandato parlamentar, como bem sustentou o ministro Eros Grau, ela assegura aos interessados a ampla defesa, antes que medida tão grave seja tomada. Daí a pergunta: é razoável decretar-se, como pedem os partidos impetrantes, a perda do mandato parlamentar unicamente com base nos dados objetivos fornecidos pelos partidos interessados, que trouxeram aos autos a prova da desfiliação? Não se examinarão as possíveis causas (certamente, algumas nobres, outras bem menos!) dessa desfiliação? Tem relevância apenas a conduta ética individual do parlamentar ou, ao contrário, também importam eventuais desvios programáticos ou acordos espúrios firmados pela organização partidária?

Pelo visto, a impetração silencia-se completamente a respeito dessas indagações. E isso, a meu sentir, retira da

MS 26.604 / DF

postulação os requisitos de liquidez e certeza indispensáveis ao seu deferimento.

Assim, Senhora Presidente, por mais que eu comungue dos anseios generalizados em prol de uma moralização da vida político-partidária do nosso país, não vejo como fazê-lo nos termos propostos na impetração, razão pela qual eu denego a segurança, pedindo vênias aos que votam pela concessão.

Caso se venha a atingir a maioria pela concessão da segurança, acolho na integralidade, por maiores que sejam as dificuldades que ela engendra, a proposta do Procurador-Geral da República no sentido de que a decisão só produza efeitos *ex nunc*. O que me comanda a fazê-lo é, sobretudo, o princípio da segurança jurídica, uma vez que em pelo menos três precedentes, um deles já com a presença de boa parte da atual composição, esta Corte decidiu que a Constituição Federal não autoriza a perda de mandato do eleito que pratica infidelidade partidária ou que se desfilia do partido pelo qual foi eleito.

Eu peço vênias ao Min. Celso de Mello por não poder acompanhá-lo na proposta de modulação dos efeitos, de modo que ela só venha a produzir efeitos a partir da decisão do TSE. Faço isso em primeiro lugar por que nós estamos em sede de Mandado de Segurança em que se impugna um ato de autoridade pública. Ora a decisão do TSE é seguramente anterior ao ato da autoridade

MS 26.604 / DF

pública supostamente coator, que é o indeferimento pelo presidente da Câmara dos Deputados

Por outro lado, como bem definiu o min. Celso de Mello em seu voto, que eu acompanho em linhas gerais, apenas não o acompanhando na conclusão, o min. Celso de Mello defendeu que o que assegurou aos deputados a possibilidade de mudança de partido foi a jurisprudência do STF, jurisprudência essa que se encontra plenamente válida até esta data. Logo, não vejo como retroagir essa eventual decisão concessiva a março de 2007.

É assim como eu voto.

