

27/04/2011**PLENÁRIO****MANDADO DE SEGURANÇA 30.260 DISTRITO FEDERAL****ADITAMENTO AO VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, eu vou resumir o meu voto e pedir vênias para depois juntá-lo, por escrito, mas apenas, muito rapidamente, vou pontuar algumas questões.

A primeira é registrar e parabenizar a eminente Relatora pelo brilhante voto que Sua Excelência trouxe, também o trabalho dos eminentes advogados de ambos os lados que atuaram neste mandado de segurança, bem como o voto do eminente Ministro Luiz Fux, e dizer que, aqui, nós estamos a julgar, agora, o mérito. Por enquanto, o Tribunal apenas e tão somente estava no juízo provisório da liminar, cujos critérios jurídicos e requisitos são outros que não este do momento atual que estamos passando. Plenamente cabível e possível, portanto, e normal de se acontecer que algum Ministro desta Corte conceda a liminar e, posteriormente, no mérito, altere aquele entendimento no sentido de vir a proferir um outro entendimento, porque os critérios e os requisitos são outros.

De qualquer sorte, Senhor Presidente, tenho aqui que a questão é singela e simples, como está no voto da eminente Relatora. Não há ilegalidade ou abuso de poder no ato impugnado. Por que não há? Como já votara no mandado de segurança que cito em meu voto, ao qual já aludiu a eminente Relatora, que gentilmente fez a citação daquele meu voto, é que o presidente da Câmara dos Deputados, assim como os presidentes de Assembleia Legislativa, de Câmara de Vereadores e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, recebe uma lista do Poder Judiciário Eleitoral, e essa lista diz a ordem de sucessão, e essa lista é um ato jurídico perfeito. A Constituição diz, no § 10 do artigo 14, a forma de ser impugnada, que é através da ação de impugnação de diploma, ou na forma do que dispõe o Código Eleitoral brasileiro, através do recurso

MS 30.260 / DF

contra expedição de diploma. O mecanismo para se buscar o direito que se pretende com essa impetração, a meu ver, não é esse. Então, não seria o caso, a meu ver, como não o fiz naquele julgamento de 9 de dezembro de 2010, em que restei vencido, não fiz o julgamento do pano de fundo, porque não via o abuso do poder ou a ilegalidade no ato do Presidente da Câmara.

Mas, de qualquer sorte, em meu voto, Senhor Presidente, eu adianto que também não existe o direito líquido e certo, como também o fizeram a eminente Ministra Cármen Lúcia e os eminentes Ministros Luiz Fux e Joaquim Barbosa. Não há o direito líquido e certo, esse direito líquido e certo subverteria a ordem democrática. E já fiz várias manifestações no sentido de que o Poder Judiciário tem que ser extremamente cauteloso com a seara do voto popular. Os limites de intervenção no voto popular, pelo Poder Judiciário, devem ser mínimos e exclusivos quando são afrontados os direitos fundamentais ou os valores descritos no § 9º do artigo 14 da Constituição Federal. É este o parâmetro. Nós não temos o poder de intervir na vontade popular.

Lembro-me de que fez parte de uma dada composição do Tribunal Superior Eleitoral o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros. Ele era o Corregedor da Justiça Eleitoral. E quem atuava naquela época na Justiça Eleitoral sempre ficava curioso de saber por que Sua Excelência nunca cassava ninguém, sempre era voto vencido quando tinha alguma cassação e nunca cassava nenhum prefeito, nenhum vereador, nenhum parlamentar impugnado. No último dia de sua participação no Tribunal Superior Eleitoral, teve-se, então, a resposta do por quê. Naquela sessão dos cumprimentos, na qual se fez a despedida do colega que deixava a Corte, Sua Excelência, de moto-próprio, disse: eu sei que muitos sempre ficaram curiosos por saber por que aqui atuei sem nunca ter votado pela cassação de algum mandatário diplomado e eleito. E disse Sua Excelência que o fizera porque passara grande parte de sua vida sob a ditadura e defendendo o direito do voto popular e da democracia.

Cito essa passagem que Sua Excelência o Ministro Humberto Gomes teve no Tribunal Superior Eleitoral para ressaltar o que eu tenho dito em

MS 30.260 / DF

outros pronunciamentos, em outras manifestações, no sentido de atuarmos com bastante responsabilidade quando entramos na seara do voto popular e da legitimidade democrática, até porque a gestão do voto popular pelo Poder Judiciário é algo praticamente exclusivo do Brasil, são poucos os países que têm essa gestão das eleições. O Poder Judiciário Eleitoral no Brasil tem dupla função: é um Poder Judiciário, uma Justiça que cuida dos litígios mas que, paralelamente, é uma agência que administra as eleições. Na grande parte dos países democráticos, na sua maior parte, quem administra as eleições ou é o Poder Executivo, ou é o Poder Legislativo. Então, nós temos de ter todo o respeito com os poderes democráticos fundados no voto popular ao tratar da legitimidade das eleições e alterar a colocação; a classificação do voto popular é algo que a Constituição delimita.

Eu já tive oportunidade, Senhor Presidente, de votar, no Tribunal Superior Eleitoral, pela não recepção, pela Constituição de 88, do recurso contra expedição do diploma, porque, a meu ver, a Constituição de 1988 só admitiu uma forma de impugnação ao mandato popular, a prevista no § 10 do artigo 14, que é a ação de impugnação do mandato eletivo. Ela pressupõe inclusive o sigilo da ação. São questões sobre as quais devemos refletir e refletir muito.

Senhor Presidente, desenvolvo um voto - do ponto de vista mais teórico, mais aprofundado. Vou, então, ao resumo.

Não vejo direito líquido e certo. O diploma expedido é um ato jurídico que pode ser desfeito, pela via própria prevista na Constituição, no § 10 do artigo 14 - Ação de impugnação de mandato eletivo. Por sua vez, alterar isso de outra forma que não a prevista na Constituição é subverter o processo democrático e o voto popular. Já foi dito aqui que só faz coligação aquele que quer, só casa com outro partido o partido que quer casar; e tem que ser de mão dupla. O outro também tem que querer casar com o outro partido. E o povo brasileiro - também tenho dito isso reiteradas vezes - é extremamente politizado.

Uma nação, Senhor Presidente, cuja Suprema Corte atua ao vivo para toda sua população, é a prova de que o povo brasileiro é

MS 30.260 / DF

extremamente politizado e é extremamente consciente das suas liberdades e dos seus direitos, basta ver como o Judiciário é acionado. E é bastante acionado exatamente porque o povo brasileiro é cioso e consciente dos seus direitos e vai em busca e luta pelos seus direitos.

Senhor Presidente, nesse sentido, quando se faz uma coligação do partido A com o partido B, muitas vezes o eleitor deixa de votar naquele partido A, que era o seu partido, porque ele não aprova aquela coligação com o partido B, aí ele vota no partido C. As coligações surtem efeito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Espero chegar a esse estágio, em que o eleitor dará importância maior ao partido político.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O eleitor, grande parte das vezes, vota, sim, levando em consideração com quem aquele partido, A, B ou C, está casando. Muitas vezes, desilude-se e deixa de votar naquele partido. O povo é que deve definir e decidir essa ordem de classificação, não a Justiça, não o Poder Judiciário, a não ser que haja um mecanismo próprio da ação de impugnação de mandato eletivo, que é a única forma prevista na Constituição brasileira para desconstituir um diploma. É isso que diz a Constituição Brasileira no § 10:

"Art. 14 (...)

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias (...)"

Esse prazo é contado de quando?

Diz a Constituição: "(...) *quinze dias contados da diplomação*".

Essa é a forma de se alterar. O que recebeu aquele que é hoje o primeiro suplente de uma coligação? Recebeu um diploma dizendo que ele é o primeiro suplente. Isso é enviado pela Justiça Eleitoral aos parlamentos de todo o País. Os parlamentos de todo País, com base nessa ordem, chamam o primeiro, o segundo, o terceiro, conforme haja uma vaga, duas vagas ou três vagas. E é nesta ordem que a Justiça, o próprio

MS 30.260 / DF

Judiciário - é verdade, numa função administrativa - enunciou.

Daí, Senhor Presidente, eu aprofundo a minha abordagem com questões relativas ao resultado prático de uma decisão de alterar a ordem. Isso, evidentemente, traz, no mundo político, uma alterabilidade, uma instabilidade extremamente grave, tanto é que os governos de Estado, os prefeitos municipais, que já tinham situações consolidadas, tiveram que reajustar os seus secretários municipais, os seus secretários de Estado, em razão da insegurança que se criou sobre quem assume a suplência, quem assume o mandato numa Câmara de Vereadores, quem assume o mandato de deputado federal ou o estadual numa Assembleia Legislativa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Toffoli, permita-me só uma consideração?

É verdade, e essa questão foi posta já anteriormente, quando eu trouxe, inclusive, o pedido de liminar naquela assentada de dezembro; eu chamava a atenção para a mudança ocorrida a partir do entendimento deste Tribunal e também do Tribunal Superior Eleitoral quanto ao tema da fidelidade partidária, quando se afirmou que o mandato pertencia ao partido.

Na ocasião, também tive a oportunidade de ressaltar que essa linha e essa decisão traduzem uma mudança significativa na nossa sistemática. Não são poucos os políticos militantes que dizem que, pelo menos no contexto da Constituição de 88, essa revisão da jurisprudência foi a primeira grande reforma política realizada, porque impossibilitou a prática que os espanhóis chamam de "transfugismo", o denominado troca-troca partidário.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – O julgamento nesse caso é modelar, talvez um dos mais expressivos do Tribunal na seara política. Isso tem implicações: definir realmente a quem pertence o

MS 30.260 / DF

mandato.

O próprio TSE, numa das suas resoluções, chegou a afirmar, e afirma, que a mudança de partido, no âmbito da coligação, configura também infidelidade partidária para os fins de perda do mandato.

Então, vejam que nós temos situações de difícil conciliação nessa sistemática.

Agora, a partir do magnífico voto da eminente Relatora, e daqueles que me precederam, resulta claro que aqui também nós temos uma temática extremamente sensível de segurança jurídica. A verdade é que se tem praticado o instituto da coligação.

Acho que esse é o momento de reflexão. É por isso que faço essa breve interrupção no seu voto. A pergunta é a seguinte: O Tribunal avançou para discutir, com a seriedade que fez a partir do precedente, inicialmente, do Ministro Marco Aurélio, naquele caso da chamada Cláusula de Barreira (ADI 1.351), quando os *obiter dicta* indicavam que o Tribunal iria rever a jurisprudência quanto à fidelidade partidária?

Parece que aqui estamos diante, na verdade, de uma temática, sem medo de errar, eu diria, que pode traduzir até mesmo numa revisão, numa *mutação constitucional*. É nesse contexto que nós temos, talvez, de ler a realidade da coligação. Porque, de fato, ela se tornou algo de exótico no sistema.

Os estudiosos – depois nós vamos falar sobre isso – que lidam com esse tema, e eu destaco o notável Professor Walter Costa Porto, por exemplo, mostram que esse nosso modelo é muito singular, o modelo de lista aberta. E fica ainda mais singular, tanto que se diz que existiria, em algum momento, mais um país que teria esse modelo, a Finlândia; às vezes se apontam um ou outro, mas com singularidade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A Alemanha também tem base proporcional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas é base proporcional com lista fechada. Estou a dizer o modelo de lista aberta.

MS 30.260 / DF

Agora, dentro da lista aberta, colocamos a coligação, portanto ampliamos e, num sincretismo, somamos realidades muito diversas, como foi destacado na tribuna.

Nós sabemos – as pesquisas indicam também – que há um grau de conscientização política, mas ninguém consegue acompanhar este modelo, o que se efetiva nas eleições proporcionais. Ninguém consegue. Tanto é que em todas as pesquisas realizadas após dois, três meses, um ano, dois anos das eleições, nas quais se pergunta em quem se votou para deputado federal, há uma certa perplexidade. Agora imaginem como este eleitor vai fazer as conexões das implicações do seu voto nesta salada de letras que são as coligações.

Então, essa é uma ponderação para que a gente faça um julgamento reflexivo aqui, porque não vale a pena apenas cancelar a ideia da coligação, como se nós estivéssemos a tratar de algo normal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas uma indagação que faria a mim mesmo. Será que me lembro, no tocante às eleições, da coligação referente ao partido do candidato em relação ao qual sufraguei o número? Será que parei para perceber a existência de coligação? Por que existe essa figura, como Vossa Excelência disse, exótica, no cenário nacional? Porque não há, infelizmente, partidos com plataformas definidas, partidos ideologicamente identificáveis. Imaginávamos, no passado, que havia um, mas a realidade acabou demonstrando que não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. Então, só queria concluir para clamar um pouco por uma atitude reflexiva em relação a esse tema; uma atitude crítica em relação a esse tema. E se dirá: "Ah, mas nós aqui estamos a defender as minorias". Óbvio que as minorias podem ser defendidas de outra maneira, com a modelagem do próprio sistema eleitoral.

Agora não ignoro – e acho extremamente importante que não ignoremos a realidade em curso, uma realidade histórica –, que há essa

MS 30.260 / DF

prática da coligação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência me permite? Falou em exotismo das coligações. As coligações, no Brasil, são um subproduto do sistema proporcional de votação para os cargos parlamentares - deputados, vereadores -, por quê? Porque o sistema proporcional propicia a formação de alianças, chamadas coligações, como condição para o alcance do quociente eleitoral e, subsequentemente, do quociente partidário. É por isso que a coligação ou as coligações têm expressa previsibilidade constitucional, § 1º do artigo 17 da Constituição.

E se elas são episódicas, também não se estranhe. Elas têm a duração da própria eleição. São tão episódicas quanto a eleição para as quais se formaram. Por quê? Porque os partidos são parcelas de opinião pública, são facções. Cada partido é um pedaço de opinião pública do ponto de vista ideológico. Cada partido é expressão do pluralismo político de que trata a Constituição no inciso V do artigo 1º. Então, não pode haver coligação permanente. O que se diz que é ponto de fragilidade das coligações, criticando-se as coligações porque elas são efêmeras, ora, elas não podem deixar de ser efêmeras, porque os partidos existem, como parcelas destacadas de opinião pública, para funcionar sozinhos, autonomamente.

Então, eu não vejo esse exotismo na figura da coligação porque ela é um subproduto, exatamente, do regime proporcional de votação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Desculpe, é exótico. E é exótico, exatamente, por isto, porque se se tem um sistema proporcional e a proporcionalidade se faz em relação aos partidos, isso já é um arranjo dentro de um arranjo; Vossa Excelência citou bem o artigo 17, § 1º, mas aqui, de novo, nós tivemos um arranjo fruto da emenda da desverticalização, esse acréscimo e a menção às coligações.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Quando a Justiça Eleitoral ou o Judiciário avança sobre a seara da

MS 30.260 / DF

organização política, o Congresso acaba dando uma resposta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, isto é um **diálogo institucional**, faz parte de um processo. Como também esse Tribunal reagiu e fez uma reflexão em relação ao problema da fidelidade partidária, até no contexto de mudanças intensas, quer dizer, a desvalorização completa. Eu lembrava do sistema de partidos políticos, daquela célebre sessão de 1989 e do voto do Ministro Francisco Rezek em que, acompanhando a maioria que se formou, ele dizia, se referindo, então, ao voto do Ministro Celso de Mello: “talvez o futuro venha a lhe dar razão”, como vem a ocorrer, porque depois nós tivemos toda a sorte de *transfuguismo*, inclusive a compra de passes – pelo menos, isso foi imputado, o aluguel de passes, o aluguel de mandato e tudo mais. Veja, foi nesse contexto que o Tribunal fez a revisão de jurisprudência. Claro, isso é um processo de diálogo institucional: veio a interpretação do TSE sobre a verticalização, veio a reação do Congresso contra a desverticalização, e aí então é que vem a menção à coligação. Mas, continua a ser um elemento heterodoxo nesse processo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas, eminente Ministro Gilmar, havia no ADCT, já na Constituição originária, no art. 13, § 3º, inciso II, menções a coligações quando se tratou das eleições para o Governo do Estado do Tocantins.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Do Estado do Tocantins, expressamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas, eu vejo, absolutamente, podemos ter nossas opiniões sobre aquilo que seria melhor ou pior para a Nação - aquilo a que nós temos direito, a nossa opinião pessoal -, mas ao julgar nós temos que estar submetidos à Constituição, e exóticas ou não, gostemos ou não gostemos, as coligações estão previstas na Constituição em dois dispositivos: no

MS 30.260 / DF

provisório, no art. 13, § 3º, inciso II, e no corpo principal, através da emenda 52 no § 1º, do art. 17. Goste-se ou não das coligações, elas têm previsão constitucional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vamos prosseguir nesta discussão, mas eu só gostaria de ressaltar, voltar ao ponto do debate, que é o seguinte: a rigor, desde que nós – esse mesmo argumento valeria para a questão da fidelidade partidária – colocamos em debate a questão da fidelidade partidária, houve, realmente, uma revisão deste contexto normativo em que se insere a discussão. Agora, eu reconheço que toda a sistemática – e daí a necessidade, talvez, de ajuste quanto ao resultado –, eleitoral permite a chancela do modelo de coligação. Agora, dizer que tudo isto guarda relação com o sistema constitucional representativo, aí me parece uma questão digna de dúvida, de reflexão; é esse o ponto para o qual eu gostaria de chamar a atenção, para não sair daqui uma mensagem unânime, unívoca, no sentido de que nós estamos num quadro de normalidade; não, não estamos! Há algo de patológico nas coligações proporcionais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite um aparte? Eu ousaria afirmar que o exotismo das coligações não está nelas mesmas, até porque elas têm assento constitucional, conforme foi ressaltado aqui muito bem por diversos Ministros que me precederam. O exotismo está no fato de que elas não guardam nenhuma coerência ideológica ou programática quando se constituem. Aí é que está o exotismo, a meu ver.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E nós temos poder para glosar isso?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não, não podemos, porque nós estamos em face...

MS 30.260 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é, fiz questão de ressaltar no final do voto que muito embora não seja o melhor dos mundos democráticos, nessa sede nós não podemos fazer reforma política.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Perfeito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu não gostaria de interromper esse debate muito profundo, mas eu gostaria de saber o resultado do voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Agradeço. Evidentemente refletirei sobre as ponderações aqui feitas, mas, em relação ao debate, gostaria, também, de, nessa oportunidade, dizer que se estivesse aqui na Corte na época daquele julgamento da fidelidade, teria acompanhado o Ministro Eros Grau, porque estaria coerente com o que eu tenho votado aqui, nessa ponderação que temos de fazer em relação à nossa atividade judicante e à atividade democrática dos Poderes Legislativo e Executivo, que são fundados no voto popular. E de voto popular aqui se trata, sobre ordem de classificação. Eu não vejo aqui, mesmo agora, evidentemente, quando já foi formado o julgamento, e a Corte constitucional firmou o julgamento da fidelidade partidária, mas mesmo partindo da concordância com aquela decisão, mesmo sobre a premissa, e muito bem destacou o voto da eminente Ministra Cármen Lúcia e penso que também o Ministro Luiz Fux em seu voto, faz essa distinção, que ela não influencia o caso concreto, por quê? No caso concreto, o próprio partido concordou em atuar com um outro partido em coligação. Então a classificação é dada por um ato de vontade e aqui, muitas vezes, também eu tenho em algumas oportunidades falado da ideia de que nós temos que às vezes retomar algumas lições da teoria geral do direito. Fiquei muito feliz aqui, Ministra Cármen Lúcia, quando Vossa Excelência falou de negócio jurídico, muitas vezes nos esquecemos da Lei de Introdução, da Teoria Geral do Direito.

MS 30.260 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATOR) - Eu citei Canotilho...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Porque é exatamente disso que se trata, de um ato de vontade, voluntário e lícito dos partidos, de dizer, não importa a ordem de classificação, pode ser que só um partido eleja e está aproveitando os votos do que ficou suplente ou que ficou na última colocação, porque há uma lógica na colocação da coligação e essa lógica impõe a ordem da vontade popular, pelo sistema proporcional que temos.

Se esse sistema é o melhor do mundo, ou ele é exótico, ou ele é uma jabuticaba que só existe no Brasil, ao julgar uma causa, eu não me vejo com competência de dizer se isso é bom ou ruim, porque está fundado na Constituição brasileira. Posso até opinar, convidado para debater isso no Congresso Nacional. Posso expor o meu ponto de vista pessoal, debater isso numa academia e trocar ideias com setores da sociedade brasileira sobre a melhor forma de organização política do País, mas, aqui, eu estou submetido à Constituição, e a Constituição consagra o sistema proporcional. Consagra as coligações, e os pactos foram feitos sabendo-se que essa era a forma de se proceder quando houvesse a necessidade de substituição de um titular por um suplente originado de uma votação em coligação - se chama o primeiro suplente independentemente do partido.

Então, Senhor Presidente, eu reafirmo o voto que já proferira naquele julgamento, também naquela oportunidade em sede de cautelar, não era julgamento definitivo. Trago voto por escrito em que chego à mesma conclusão dos votos aqui já proferidos, com a vênua de eventuais futuras divergências, mas sem prejuízo das reflexões a que sempre somos convidados - e o debate do Colegiado impõe isso -, as nossas reflexões sobre as divergências que legitimam e que muitas vezes se projetam para o futuro como uma necessidade de mudança, sem dúvida nenhuma, e são necessárias para também subsidiar - e muitas vezes eu disse isso, por exemplo, no voto proferido naquele caso de investigação de paternidade, do qual o eminente Ministro Luiz Fux pediu vista -, muitas vezes as leis

MS 30.260 / DF

são também construídas em razão dos debates desenvolvidos nesta Corte, e naquela oportunidade eu trouxe uma série de exemplos concretos, tanto de decisões judiciais desta Corte que implicaram leis promulgadas pelo Congresso e sancionadas pelo Poder Executivo. De tal sorte que, realmente, eu levo em plena consideração as reflexões que me foram colocadas pelos apartes dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio - e, historicamente, a exemplo de que eles levaram realmente a uma viragem depois de jurisprudência ou de posições políticas no parlamento -, mas aqui eu não vejo, em razão da segurança jurídica também, como conceder a ordem e, por isso, e com os fundamentos que depois farei juntar no voto escrito, peço vênia às eventuais divergências que venham a se formar para acompanhar os votos já proferidos neste julgamento.

Conheço também do pedido; vejo legitimidade; acompanho, na preliminar, a eminente Relatora e denego a ordem.