

MANDADO DE SEGURANÇA 32.033 DISTRITO FEDERAL

VOTO

I - O MANDADO DE SEGURANÇA PARA VEDAR A DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA

Após o deferimento da liminar neste mandado de segurança, alguma polêmica foi instaurada nos meios de comunicação a partir da pressuposição de que a medida teria sido heterodoxa, não orientada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e invasiva da competência reservada pela Constituição ao Poder Legislativo. Demonstrar-se-á, portanto, a absoluta impropriedade dessas posições.

Deve-se destacar que, considerada a estatura do tema, tanto a impetração como a medida liminar deferida são assuntos ordinários na jurisprudência da Corte há algum tempo. O cabimento de mandado de segurança preventivo na defesa do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo veiculador de proposição tendente a abolir cláusulas pétreas foi aventado, pela primeira vez, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, no MS 20.257, impetrado por senadores da República contra a tramitação de Proposta de Emenda à Constituição que aumentava a duração dos mandatos dos prefeitos, vice-prefeitos e vereadores municipais de 2 (dois) para 4 (quatro) anos.

Nesse caso, **julgado em 1980**, os impetrantes eram os senadores Itamar Franco e Antonio Mendes Canale, os quais requeriam o impedimento da tramitação das Propostas de Emendas Constitucionais 51 e 52, ambas de 1980, assim como da Emenda 3 às referidas propostas. Argumentavam que a proposição de elevação a duração dos mandatos municipais não poderia ser objeto de deliberação, ante o disposto no art. 47, § 1º, da Carta vigente à época, que dispunha: *“não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República”*.

O Ministro Décio Miranda, relator do MS 20.257, julgava prejudicado o *writ* e era acompanhado pelos ministros que votaram até o pedido de vista do Min. Moreira Alves. No entanto, ao trazer seu voto-

vista, acompanhado pela maioria da Corte, Moreira Alves expôs o que continua a ser a jurisprudência pacífica do Supremo sobre o assunto:

“No § 1º do artigo 47 da Constituição Federal [de 1967/69], preceitua-se que:

‘Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República’.

Objeto de deliberação significa, sem a menor dúvida, objeto de votação, porque é neste momento que se delibera a favor da emenda ou contra ela.

Por outro lado, se a direção dos trabalhos do Congresso cabe ao Presidente do Senado; se este, pelo próprio Regimento Comum do Congresso Nacional (artigo 73), pode, liminarmente, rejeitar a proposta de emenda que não atenda ao disposto no artigo 47, § 1º, da Constituição (e quem tem poder de rejeição liminar o tem, igualmente, no curso do processo); e se a Constituição alude a objeto de deliberação (o que implica dizer que seu termo é o momento imediatamente anterior à votação), não há dúvida, a meu ver, de que, a qualquer tempo, antes da votação, pode a Presidência do Congresso, convencendo-se de que a proposta de emenda tende a abolir a Federação ou a República, rejeitá-la, ainda que não o tenha feito inicialmente.

Cabível, portanto, no momento em que o presente mandado de segurança foi impetrado, sua impetração preventiva, uma vez que visava ele a impedir que a Presidência do Congresso colocasse em votação a proposta de emenda. Aprovada esta, o mandado de segurança – como tem entendido esta Corte – se transforma de preventivo em restaurador da legalidade.

3. Afastada essa preliminar, também não acolho a outra – que é de mérito –, com a qual fundamentam seus votos os eminentes colegas que estão indeferindo o pedido.

Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra.

Diversa, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua apresentação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que se falar, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia

ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga.

4. Considero, portanto, cabível, em tese, o presente mandado de segurança”.

O acórdão do mencionado MS 20.257, cuja redação ficou a cargo do Min. Moreira Alves, ficou assim ementado:

“Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república.

Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fatos. Mandado de segurança indeferido.” (D.J. de 27.02.1981, RTJ 99/1.031).

A partir de então, a jurisprudência da Corte pacificou-se no sentido do cabimento do mandado de segurança como instrumento para a defesa do direito público subjetivo do parlamentar a não deliberar sobre proposta tendente a abolir cláusulas pétreas.

Em 1984, o Supremo Tribunal conheceu do MS 20.452, Relator o Ministro Aldir Passarinho, por meio do qual o Senador da República Severo Fagundes Gomes, o Deputado Federal Airton Sandoval Santana e o Vice-Governador de São Paulo, Orestes Quércia, impugnavam a votação da proposta de Emenda Constitucional 5, de 1983, conhecida como “Emenda Dante Oliveira”. **Ressalte-se que o Vice-Governador foi excluído da lide por ilegitimidade ativa, restando claro, portanto, que a legitimidade para a impetração de mandado de segurança contra a tramitação de propostas de emendas constitucionais é apenas dos parlamentares.**

Já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Ministro Celso de Mello, no MS 21.642, de modo didático, explicitou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria:

“O controle de constitucionalidade tem por objeto lei ou emenda constitucional promulgada. Todavia, cabe ser exercido em caso de projeto de lei ou emenda constitucional quando a Constituição taxativamente veda sua apresentação ou a deliberação. Legitimidade ativa privativa dos membros do Congresso Nacional”.
(grifei)

O Supremo Tribunal deixava claro que a legitimidade para a impetração de mandado de segurança como instrumento de controle prévio de constitucionalidade de proposições legislativas tendentes a abolir cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF) é exclusiva dos parlamentares, os quais possuem o direito de não se submeterem à deliberação de propostas desse viés. A legitimidade ativa, na hipótese, é apenas dos parlamentares, conforme o Tribunal teve a oportunidade de frisar ainda em 1991:

“Mandado de segurança requerido pelo Impetrante na

qualidade de cidadão brasileiro, contra ato de Comissão da Câmara dos Deputados, tendente a possibilitar a adoção da pena de morte, mediante consulta plebiscitária.

Falta de legitimidade ativa do Requerente, por falta de ameaça concreta a direito individual, particularizado em sua pessoa.” (D.J. de 02.8.91, R.T.J. 139/783).

Se é certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de exercer essa espécie de controle prévio de constitucionalidade de propostas legislativas que atentem contra as cláusulas pétreas da Constituição, **também é verdade que a Corte é extremamente prudente na utilização dessa competência, visto que a mantém como uma espécie de *competência reserva*, a ser utilizada apenas quando a proposição for realmente ofensiva às cláusulas pétreas.**

Em 1996, os deputados federais Jandira Feghali (PC do B/RJ), Sérgio Miranda (PC do B/MG), Matheus José Schmidt Filho (PDT/RS), Sandra Meira Starling (PT/MG), Alexandre Aguiar Cardoso (PSB), Agnelo Santos Queiroz Filho (PC do B/DF), Aldo Silva Arantes (PC do B/GO), Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho (PT/SP), Haroldo Borges Rodrigues Lima (PC do B/BA), Humberto Sérgio Costa Lima (PT/PE), Inácio Francisco de Assis Nunes Arruda (PC do B/CE), José Aldo Rebelo Figueiredo (PC do B/SP), Luiz Lindbergh Farias Filho (PC do B/RJ), Maria do Socorro Gomes Rodrigues (PC do B/PA), Miro Teixeira (PDT/RJ) e Ricardo Krachineski Gomyde (PC do B/PR) impetraram mandado de segurança preventivo contra o processamento da PEC 33-A/95, que tratava da Reforma da Previdência.

O Min. Marco Aurélio conheceu do *writ*, com base na pacífica jurisprudência da Corte, e concedeu a liminar determinando a suspensão do trâmite da referida proposição legislativa, nos seguintes termos:

“presente a guarda da ordem jurídico-constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, concedo a liminar pleiteada a fim de que a Câmara dos Deputados, até o julgamento final deste mandado de

segurança, abstenha-se da prática de qualquer ato concernente à tramitação da proposta de emenda constitucional 33-A/95". (MS 22.503 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 14.4.1996)

Cumprе ressaltar que, muito embora não haja confirmado a liminar concedida pelo relator, o Tribunal conheceu do mandado de segurança na parte que dizia respeito à alegação de violação constitucional, fazendo a clara distinção entre esta matéria e a doutrina dos atos *interna corporis*, relacionados à interpretação do regimento interno das Casas Legislativas.

Confira-se a ementa do julgamento de mérito:

“MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, RELATIVO À TRAMITAÇÃO DE EMENDA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIVERSAS NORMAS DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 60, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

PRELIMINAR: IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO AOS FUNDAMENTOS REGIMENTAIS, POR SE TRATAR DE MATÉRIA *INTERNA CORPORIS* QUE SÓ PODE ENCONTRAR SOLUÇÃO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO, NÃO SUJEITA À APRECIACÃO DO PODER JUDICIÁRIO; CONHECIMENTO QUANTO AO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

MÉRITO: REAPRESENTAÇÃO, NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA, DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL DO PODER EXECUTIVO, QUE *MODIFICA O SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, ESTABELECE NORMAS DE TRANSIÇÃO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS (PEC Nº 33-A, DE 1995).*

I - Preliminar.

1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu à discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao par. único do art. 43 e ao § 3º do art. 118, estava prejudicada nos

termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o n. 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa.

A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do relator – matéria de fato – e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matérias prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão *interna corporis* do Poder Legislativo, não sujeita à reapreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nesta parte.

2. Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao § 5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há ínsita uma questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

II - Mérito.

1. Não ocorre contrariedade ao § 5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V).

2. É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto.

3. Mandado de segurança conhecido em parte, e nesta parte indeferido". (MS 22.503, Red. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 6.6.1997)

Relembro, ainda, que, em 1997, os deputados federais Jaques Wagner, Hélio Pereira Bicudo, Arlindo Chinaglia Júnior, Sandra Meira Starling e Miguel Soldatelli Rosseto impetraram o MS 22.972 com vistas a obstar o processamento da PEC 20-A/95, que tinha por objeto instituir o Parlamentarismo no país, alegando a violação de diversos princípios fundamentais constantes da ordem constitucional brasileira.

Nesse caso, o Min. Néri da Silveira, relator, conheceu do mandado de segurança, nos termos da jurisprudência do Tribunal. Indeferiu, todavia, a liminar por não vislumbrar presentes, na hipótese, os seus pressupostos autorizadores (MS 22.972, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 2.2.1998)

O Min. Néri da Silveira também conheceu do MS 21.311 impetrado por José Genoíno e outros deputados federais contra a tramitação da PEC 1/1988, que visava a instituir a pena de morte no Brasil, nos casos de roubo, sequestro e estupro, seguidos de morte. Na espécie, o relator assim se pronunciou:

"(...) decidi pela não suspensão da tramitação da Proposta de Emenda em exame, por não caracterizada, àquela altura, *periculum in mora*. (...) Na espécie, haveria tempo suficiente ao julgamento do mandado de segurança, antes de estar a Proposta de Emenda Constitucional em condições de ser submetida ao Plenário". (MS 22.972, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 25.5.1999)

Adiante, o Min. Néri da Silveira reconheceu estar prejudicado o mandado de segurança, em razão do arquivamento da proposição legislativa atacada.

É digno de nota que, entre os deputados federais impetrantes dos mandados de segurança referidos, estão várias das figuras políticas mais importantes do país, as quais são ou já foram governadores de Estado,

senadores da República, deputados federais, ministros de Estado, entre outros cargos.

A jurisprudência clara, uníssona e antiga da Corte, somada ao comprovado conhecimento que dela possuem os atores centrais da vida política brasileira, tem o condão de demonstrar que a impetração de mandado de segurança com vistas ao trancamento do trâmite de proposta legislativa ofensiva à cláusula pétrea da Constituição é algo que está inserido na tradição constitucional brasileira, por fazer parte da rotina do nosso sistema político-constitucional há mais de 30 anos.

Por essa razão, em ocasiões anteriores tive a oportunidade de consignar que tal utilização do mandado de segurança, por parlamentar, a fim de obstar a deliberação de proposição legislativa ofensiva às cláusulas pétreas significa uma verdadeira doutrina brasileira do mandado de segurança (MS 24.356, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 12.09.2003).

a) A impetração de mandado de segurança para suspender a tramitação de projeto de lei violador de cláusulas pétreas

Quanto às alegações de que essas vedações apenas devem incidir sobre propostas de emendas constitucionais, parece evidente que uma leitura sistemática da Carta de 1988 e da história da criação do controle judicial de constitucionalidade conduz-nos à admissão do controle, também, dos projetos de lei.

Eu mesmo tive a oportunidade de atuar como relator, sucedendo ao eminente Min. Néri da Silveira, em caso em que **o Plenário desta Corte conheceu de mandado de segurança impetrado por parlamentar contra a tramitação de projeto de lei alegadamente violador de cláusula pétrea.**

Cuidava-se de mandado de segurança preventivo, impetrado pelo deputado federal Rubens Bueno, contra a eventual deliberação do Projeto de Lei 5.483/2001, enviado pelo Poder Executivo, com proposta de nova redação ao art. 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, concernente à disciplina de convenções e acordos coletivos. Em meu voto,

acompanhado de forma unânime pelo Tribunal, assentei:

“O controle de constitucionalidade preventivo de emenda constitucional foi admitido, entre outros, no MS nº 20.257 (Rel. Min. Moreira Alves), tendo-se assentado, então, que quando “*a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição*” (RTJ 99, p. 1040).

(...)

Entre nós, a despeito da pouca racionalização em torno do uso diferenciado do mandado de segurança nessa outra dimensão, convém anotar que tal instrumento tem sido utilizado não só para solver judicialmente conflitos entre órgãos constitucionais, mas, de certa forma, conflitos de atribuição entre órgãos administrativos em geral.

No que diz respeito à admissibilidade do controle preventivo de atos normativos, o mandado de segurança opera como autêntico processo de solução de conflitos entre órgãos de perfil constitucional.

Embora não haja dúvida quanto ao cabimento do mandado de segurança nessa situação diferenciada, é certo que no caso em apreço não se vislumbra *a priori* a existência de qualquer norma constitucional indicativa de expressa proibição ao processamento do aludido projeto de lei”. (grifei) (MS 24.138, de minha relatoria, Plenário, DJ 14.3.2003)

Note-se que o Supremo Tribunal Federal julga, portanto, os mandados de segurança impetrados para o exercício dessa modalidade de controle prévio de constitucionalidade de proposições tendentes a abolir cláusulas pétreas, **sejam elas propostas de emendas à Constituição, sejam projetos de lei** ou, ainda, proposições violadoras do processo legislativo constitucional.

A rigidez e a supremacia da Constituição, que garantem o seu núcleo essencial até mesmo em face do Constituinte reformador, não

podem ser relativizados ante o legislador ordinário.

A tese segundo a qual o controle prévio de constitucionalidade, mediante impetração de mandado de segurança por parlamentar, apenas se admitiria em face de tramitação de proposta de emenda à Constituição somente faria sentido caso esta Corte não realizasse o controle repressivo de emendas constitucionais.

Essa linha de raciocínio trabalharia com a necessidade de se paralisar a tramitação de PECs potencialmente violadoras das cláusulas pétreas, ante a virtual impossibilidade de se controlar repressivamente a constitucionalidade da emenda constitucional depois de promulgada. Por essa argumentação, poder-se-ia admitir o raciocínio de que o controle prévio não se aplica aos projetos de lei, uma vez que, em face de lei efetivamente aprovada, caberia o controle de constitucionalidade repressivo.

Essa não é, no entanto, a hipótese que se consolidou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Desde o julgamento da ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 18.3.1994, esta Corte regularmente admite o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

Confira-se a ementa do acórdão de mérito:

“Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivado, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo,

que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993". (grifei)

Já são inúmeros os precedentes em que o Supremo Tribunal Federal conheceu de ações diretas em face de emendas constitucionais. Ora, se a Corte controla repressivamente a constitucionalidade de emendas, não há distinção nos procedimentos de fiscalização de constitucionalidade de reformas constitucionais e de legislação, de modo que também não deverá haver, **como de fato não há**, diferenciação no tratamento do controle preventivo por intermédio do mandado de segurança impetrado por parlamentar.

Em verdade, o controle preventivo justifica-se em razão da gravidade da lesão que se pode perpetrar na ordem jurídica. Observe-se,

ademais, que a lesão às cláusulas pétreas pode ser efetuada não apenas por propostas de emendas constitucionais, mas também mediante a utilização de projetos de lei. **Basta que imaginemos, à guisa de exemplo, que uma maioria parlamentar, por meio de projeto de lei, decida aprovar a pena de morte ou, por absurdo, a descriminalização da pedofilia ou, ainda, estabelecer a censura prévia a jornais, livros e periódicos.**

Essas hipóteses extremadas revelam não fazer sentido admitir-se o mandado de segurança preventivo em face de proposta de emenda e não o admitir em face de projetos de lei violadores de cláusulas pétreas.

Dessa forma, se a jurisprudência admite o mandado de segurança em face da tramitação de PEC, também o deve fazer, e o faz, ante o processamento de projeto de lei. Isso porque os limites materiais ao Poder Constituinte Derivado são logicamente aplicáveis ao Poder Legislativo, sob pena de se autorizar o legislador ordinário a alterar a Constituição naquilo que ela mesma vedou.

Ademais, quando se alega violação a normas meramente procedimentais, regimentais das Casas Legislativas, esta Corte, aí sim, vem afirmando o caráter *interna corporis* da matéria. De maneira que só se admite o controle prévio mediante a impetração de mandado de segurança para a defesa do direito público subjetivo de parlamentar à observância, pelo Poder Legislativo, das limitações materiais à reforma da Constituição, dispostas nas cláusulas pétreas explícitas e implícitas da Carta de 1988, ou para fazer cumprir o processo legislativo constitucional.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permaneceu uníssona, portanto, no que concerne à admissão do controle de constitucionalidade prévio de proposições legislativas tendentes a abolir cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, § 4º, da Constituição:

“sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional” (MS 24.849, Pleno, Rel. Celso de Mello, DJ

29.9.2006).

É também firme o posicionamento desta Corte no sentido do cabimento de mandado de segurança para *“coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional”* (MS 24.642, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.6.2004; MS 20.452/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ, 116 (1)/47; MS 21.642/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RDA, 191/200; MS 24.645/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 8.8.2003; MS 24.576/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12.9.2003; MS 24.356/ DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12.9.2003.).

Um caso emblemático na jurisprudência da Corte e na história ainda recente da Constituição Federal de 1988 diz respeito ao início dos trabalhos do Congresso Nacional sobre o processo de Revisão Constitucional. No dia 22 de setembro de 1993, a Mesa do Congresso Nacional pretendia instalar a Sessão na qual faria a leitura do Projeto de Resolução nº 3/1993, que disporia sobre a organização dos trabalhos da Revisão Constitucional.

O art. 28 do Regimento Comum dispunha que as sessões somente poderiam ser abertas com a presença de, no mínimo, 1/6 dos representantes de cada Casa Legislativa. Durante a sessão, houve dúvida acerca da contagem dos parlamentares presentes, uma vez que o painel eletrônico acusava determinado montante e, segundo a Presidência do Congresso, mais congressistas estavam presentes no Plenário.

Apesar de o art. 29 do Regimento Comum dispor que a sessão apenas seria aberta se houvesse o quórum regimental e, que, não havendo, após se aguardar 30 minutos, a sessão não se realizaria, o então Presidente do Congresso, Senador Humberto Lucena, chegou a abrir os trabalhos, os quais, após tumulto, foram suspensos.

Contra esse ato, os parlamentares Luiz Alfredo Salomão, Hélio Bicudo, Miguel Arraes e Aldo Rebelo impetraram mandado de segurança, cujo pedido principal consistiu na concessão da segurança *“para o fim de declarar a nulidade da sessão do Congresso Nacional do dia 22/09/2003, em*

respeito ao Regimento Comum do Congresso Nacional, e sustar a tramitação do Projeto de Resolução multireferido, garantindo aos Impetrantes o exercício de todas as prerrogativas do seu mandato”.

Ao analisar o pedido, o Relator do MS 21.754, Ministro Marco Aurélio, houve por bem conceder a liminar requerida, em 5.10.1993, por entender que a forma correta e regimental de aferição do quórum das sessões congressuais é o “ponto eletrônico”, e não qualquer outra modalidade de contagem eventualmente utilizada pela Presidência do Congresso. O Min. Marco Aurélio assim se pronunciou ao conceder a liminar:

“(…) Em questão faz-se, na verdade, a obediência ao Regimento que consagra o sistema eletrônico como o natural para saber-se da existência do quórum e, também, dos resultados das votações.

Vejo esta impetração e o pedido de liminar como assentados no sinal do bom direito. Repito que a espécie não envolve, em si, ato praticado sob o ângulo da conveniência e da oportunidade, **mas a inobservância de artigos do próprio Regimento Comum que as duas Casas do Congresso obrigaram-se a respeitar.** No que concerne ao risco de manter-se com plena eficácia a Sessão em que lido o Projeto de Resolução nº 3, de 1993, do Congresso Nacional, revela-o o fato de se estar à véspera do início, propriamente dito, dos trabalhos de revisão constitucional. A extensão das deliberações a se seguirem pressupõe a ausência de vício dos atos que se mostraram preparatórios, caminhando-se, assim, com segurança, no que visada a revisão constitucional.

Por tais razões, **concedo a liminar pleiteada, para suspender, com os consectários legais pertinentes, a eficácia do procedimento formalizado na Quadragésima-Sétima Sessão Extraordinária do Congresso Nacional, ou seja, da leitura do Projeto de Resolução nº 3, de 1993, que versa sobre os trabalhos da revisão constitucional, até a decisão final deste mandado de segurança”.** (grifei)

O referido relator, com presteza, encaminhou o feito ao exame do Pleno do Supremo Tribunal Federal. Em 7.10.1993, a Corte acompanhou voto do Min. Francisco Rezek, a quem coube a redação do acórdão, para, ao contrário do que entendeu o Min. Marco Aurélio, não conhecer do mandado de segurança, ante a natureza *interna corporis* da matéria debatida nos autos. O acórdão restou assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR: (IN)DEFERIMENTO. PRELIMINAR: OBJETO DO PEDIDO. DECISÃO DO CONGRESSO NACIONAL. INTERPRETAÇÃO DO REGIMENTO INTERNO. MATÉRIA INTERNA CORPORIS. HIPÓTESE DE NÃO-CONHECIMENTO.

I- O tema da cognoscibilidade do pedido precede o da apreciação do agravo regimental contra despacho concessivo de liminar, e de seu cabimento à vista da jurisprudência do Supremo.

II- A natureza interna corporis da deliberação congressional $\frac{3}{4}$ interpretação de normas do Regimento Interno do Congresso $\frac{3}{4}$ desautoriza a via utilizada. Cuida-se de tema imune à análise judiciária. Precedentes do STF. Inocorrência de afronta a direito subjetivo.

Agravo regimental parcialmente conhecido e provido, levando ao não-conhecimento do mandado de segurança”. (MS 21.754, Red. p/ o acórdão Min. Francisco Rezek, Plenário, DJ 21.2.1997)

Esse importante episódio demonstra que o Supremo Tribunal Federal tem sido extremamente prudente ao exercer o controle preventivo de constitucionalidade pela via do mandado de segurança impetrado por parlamentar, exigindo, sempre, a demonstração de violação a cláusulas pétreas da Constituição e, assim, ao direito subjetivo do parlamentar de não deliberar sobre proposições tendentes a aboli-las, conforme disposto pelo art. 60, § 4º, CF/88.

Isso significa, também, que de modo algum cabe, em hipóteses como

a presente, tentar evitar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre proposição legislativa violadora de cláusulas pétreas, sob a alegação de se cuidar de *questão política*.

Pedro Lessa já doutrinava que a violação da Constituição sempre abriria as portas da jurisdição e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, por mais política que se considerar a questão. Trecho de ementa de acórdão desta Corte, publicado em 1914, revela que a jurisprudência é antiga e tranquila no sentido de considerar que assuntos disciplinados por texto constitucional não são apenas políticos: *“O Supremo Tribunal Federal conhece de questões que não são meramente políticas, o que, aliás, é um rudimento do sistema. Desde que a questão está subordinada a textos expressos na Constituição, deixa de ser questão exclusivamente política”*.

(grifei) (sobre o assunto, ver: HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: As questões políticas e os atos de governo. Brasília: Revista de Informação Legislativa. a 46 n. 182 abr./jun. 2009)

Em meu discurso de posse, na presidência desta Corte, fiz questão de ressaltar:

“O cumprimento dessas complexas tarefas, todavia, não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático.

Não há “judicialização da política”, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos.

Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo, desde os primórdios da República.

É certo, por outro lado, que esta Corte tem a real dimensão de que não lhe cabe substituir-se ao legislador, muito menos restringir o exercício da atividade política, de essencial importância ao Estado Constitucional.

Democracia se faz com política e mediante a atuação de políticos.

Quando se tenta depreciar ou execrar a atividade política está-se a menosprezar a consciente opção de todos os brasileiros pelo regime democrático.

De igual forma, qualquer obstáculo erguido em oposição

ao poder-dever de legislar – de que é exemplo o já desgastado modelo de edição de medidas provisórias – afeta a construção de um processo democrático livre e dinâmico.

Nesse sentido, é necessário que se encontre um modelo de aplicação das medidas provisórias que possibilite o uso racional desse instrumento, viabilizando, assim, tanto a condução ágil e eficiente dos governos quanto a atuação independente dos legisladores.

Os Poderes da República encontram-se preparados e maduros para o diálogo político inteligente, suprapartidário, no intuito de solucionar um impasse que, paralisando o Congresso, embaraça o processo democrático.

De fato, nos Estados constitucionais contemporâneos, legislador democrático e jurisdição constitucional têm papéis igualmente relevantes. A interpretação e a aplicação da Constituição são tarefas cometidas a todos os Poderes, assim como a toda a sociedade.

A imanente e aparente tensão dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre jurisdição constitucional e legislador democrático é o que alimenta e engrandece o Estado de Direito, tornando-lhe possível o desenvolvimento, no contexto de uma sociedade aberta e plural, baseada em princípios e valores fundamentais.

(...)

Nesse contexto também mostra-se relevante o papel da jurisdição constitucional na consolidação desse ambiente democrático. O Brasil tem talvez uma das mais ativas jurisdições constitucionais do mundo, com amplo controle de constitucionalidade concreto e abstrato”. (grifei)

A atividade da jurisdição constitucional fortalece, assim, as condições para o exercício legítimo da democracia. É exatamente isto que se faz presente neste caso. Nos dias atuais, portanto, é mais que pacífico o entendimento no sentido de que, havendo matéria constitucional em debate, não há como se afastar a competência do Supremo Tribunal

Federal.

b) O art. 60, § 4º, da Constituição Federal exige a análise do mérito da proposição legislativa impugnada

Toda a jurisprudência do Supremo sobre a admissibilidade do controle preventivo de constitucionalidade, mediante impetração de mandado de segurança por parlamentar, está intimamente relacionada à previsão constitucional de cláusulas pétreas, bem como à específica redação da nossa Constituição nesse ponto.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 60, § 4º, limitações materiais ao poder de reforma da Constituição:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

Em razão de a redação do § 4º ser expressa ao se referir a objeto de deliberação, negando tal possibilidade às propostas tendentes a abolir cláusulas pétreas, é que a jurisprudência do Supremo construiu essa possibilidade de controle preventivo dessas proposições, mediante mandado de segurança impetrado por parlamentar, para fazer valer o texto constitucional. É nesse sentido que as limitações materiais fazem-se observar no procedimento legislativo.

Isso porque a vedação constitucional dirige-se à própria deliberação parlamentar, isto é, ao próprio procedimento legislativo, **mas o parâmetro de controle imposto pela Carta são as cláusulas pétreas** (limites materiais, substanciais). Desse modo, não há como esta Corte analisar a compatibilidade entre proposições legislativas e o núcleo essencial da Constituição sem examinar-lhes os respectivos conteúdos.

Por essa razão, ante a redação que o constituinte originário conferiu ao art. 60, § 4º, as vedações materiais ao poder de reforma incidem, também, no momento do procedimento legislativo, de modo que se convolam em espécies de limites, a um só tempo, materiais e procedimentais.

Ao dispor, portanto, que não será objeto sequer de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir cláusulas pétreas, a Constituição, evidentemente, não coloca apenas limites procedimentais ou formais ao processo legislativo, mas a ele impõe, de modo explícito, limitações de ordem material.

Isso quer dizer que o parlamentar, para impetrar mandado de segurança com vistas ao trancamento da tramitação de proposição legislativa, deve fazer juízo sobre o objeto da proposta. O impetrante precisa analisar, na prática, se a PEC ou o PL veiculam matéria cuja tramitação é vedada pelo art. 60, § 4º, da CF.

A impetração, assim, trabalha com o conteúdo, com a matéria da proposta legislativa. Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal necessita examinar o texto, o objeto da proposição legislativa, para poder vislumbrar eventual ofensa ao parâmetro constitucional previsto no art. 60, § 4º. Em outras palavras, para saber se determinada proposta legislativa é tendente a abolir cláusulas pétreas, a Corte precisa examinar, por óbvio, o conteúdo da proposição tal como se apresenta no momento da impetração.

Por essa razão, só se consegue perceber a inconstitucionalidade do PLC 14/2013 verificando-se o seu conteúdo e a circunstância que envolvia a sua deliberação, que revelou seu caráter casuístico, ofensivo a direitos fundamentais como a isonomia, a igualdade de chances, a proporcionalidade, a segurança jurídica e a liberdade de criação de legendas, todos cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988. Neste ponto, destaco que a Procuradoria-Geral da República, em sua manifestação, corroborou esse entendimento.

Isso porque a Constituição veda o próprio processamento de proposição ofensiva às cláusulas pétreas. Quer evitar-se a deliberação, o

debate a respeito de proposta legislativa que viole o núcleo essencial da Constituição. Dessa forma, ante a clareza do texto constitucional e a firmeza da jurisprudência da Corte sobre o tema, não há como admitir a tese de que o mandado de segurança, nesses casos, só deve ser conhecido nas hipóteses de existência de vício formal no processo legislativo.

É que o texto constitucional requer a análise do mérito da proposição legislativa para que se possa aferir eventual violação ao seu art. 60, § 4º. E essa é a orientação pacífica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesses casos, portanto, a inconstitucionalidade já existiria, como afirmado, antes mesmo de o projeto ou a proposta se transformar ou em lei ou em emenda constitucional, porque o processamento, por si só, já desrespeitaria, frontalmente, a própria Constituição.

E dizer que essa jurisprudência da Corte apenas se aplica às PECs, e não aos PLs, não revela apenas desconhecimento, mas também uma interpretação incongruente e desarrazoada. Evidentemente, é mais fácil fraudar o núcleo essencial da Constituição, condensado nas cláusulas pétreas, mediante a aprovação de projetos de lei, do que por meio de emendas constitucionais, cujo processo de aprovação é mais dificultoso.

Desse modo, reiterar-se, não admitir mandado de segurança em face de projeto de lei violador de cláusulas pétreas significaria permitir uma completa inversão de valores e de hierarquia, concedendo ao legislador ordinário prerrogativa que a Constituição vedou ao seu próprio Poder de Reforma.

Atento a isso, concedi a liminar no presente caso, ante a possibilidade real de afronta ao direito fundamental de participação política, mediante a livre criação de partidos em situação de igualdade com relação aos demais atores públicos. Além disso, considere o fato peculiar de a proposição legislativa apresentar regulamentação em sentido diametralmente oposto à diretriz traçada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4430.

É bom que fique claro do que se está a cuidar. No referido julgamento da ADI 4.430, ocorrido em 29.6.2012, o Plenário desta Corte,

por maioria, acompanhou o voto do relator, Min. Dias Toffoli para entender que o art. 17 da Constituição protege, de modo especial, os partidos políticos que tenham representação no Congresso, não importando se esta representatividade é resultado da criação de nova legenda no curso da legislatura, em razão do direito político fundamental da liberdade de criação de partidos. Confirma-se trecho do bem fundamentado voto do Min. Dias Toffoli:

“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. 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, 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,

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 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, 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".

E prossegue o Min. Dias Toffoli, em seu substancial voto, a demonstrar que conceder o direito de livre criação de agremiações partidárias e entender como justa causa para a troca de partidos a criação de legenda nova não pode se compatibilizar com a retirada das prerrogativas da 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.**

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 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. **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 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.**

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 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 parlamentares de seus pares.

Cumprindo 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 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.**

(...)

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 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.

(...)

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”.

Há menos de um ano, o Supremo Tribunal Federal adotou essas razões ao analisar o art. 17 da Constituição. **O projeto de lei em exame (PLC 14/2013), nos termos em que foi aprovado pela Câmara dos Deputados, dispôs em sentido diametralmente oposto à interpretação constitucional do Supremo, impedindo que os parlamentares que deixem seus partidos para criarem novas legendas portem consigo as prerrogativas da representação (tempo de rádio e TV e cotas de Fundo Partidário).**

Haverá evidente casuísmo se o sistema político brasileiro, em uma mesma legislatura, permitir que um grupo de parlamentares (beneficiados pela decisão desta Corte na ADI 4.430) carregue consigo as prerrogativas da representação e vedar o mesmo benefício a outros parlamentares, que seriam atingidos pelo projeto PLC 14/2013. Daí o ajuizamento do presente mandado de segurança.

Isso porque a simples lesão ao princípio da isonomia, cláusula pétrea da Constituição de 1988, configura razão suficiente para embasar a irresignação.

A essas circunstâncias soma-se a clareza do posicionamento desta Corte quanto à inviabilidade de tramitação de proposição legislativa tendente a abolir cláusulas pétreas da Constituição, nos termos do seu art. 60, § 4º. Portanto, não há dúvida de que tanto a impetração quanto a liminar concedida nesse mandado de segurança estão absolutamente inseridos na tradição constitucional brasileira, representando praxis político-jurídica admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

II – MÉRITO

a) O direito à participação política como direito fundamental (cláusula pétrea) e a centralidade dos partidos políticos no regime democrático disciplinado pela CF/88

O mandado de segurança em exame foi impetrado para obstar a tramitação do Projeto de Lei 4.470/2012, que já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e encontrava-se no Senado Federal (PLS 14/2013), em fase de iminente votação de requerimento de urgência, quando concedi a liminar para suspender-lhe a tramitação.

Alega o impetrante que o referido projeto de lei tem por objetivo, nos termos de sua própria ementa, determinar que *“a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”*.

Consoante afirmei na decisão liminar, a intenção do projeto é impedir que os parlamentares, ao criarem novas legendas, levem consigo as suas respectivas “cotas de representatividade”, ou seja, carreguem para o novo partido o que equivaleria às suas participações em termos de valores do fundo partidário e de tempo de propaganda eleitoral no horário gratuito de rádio e de televisão distribuído aos partidos.

Conforme fundamentei até aqui neste voto, para se proceder ao exame da violação de cláusulas pétreas em razão da tramitação de proposição legislativa, faz-se imprescindível analisar o seu conteúdo, uma vez que representam limitações materiais ao poder de reforma, com reflexos procedimentais, na medida em que a vedação recai sobre a própria deliberação (art. 60, § 4º, CF/88).

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência sólida e já antiga sobre a qualificação dos direitos políticos fundamentais como cláusulas pétreas. Isso porque são os direitos políticos os viabilizadores do direito de participação política inerente ao regime democrático. Nesse contexto, a ordem constitucional brasileira de 1988 elevou os partidos políticos a uma posição institucional central, uma vez que não se admite candidatura avulsa, ou seja, a filiação partidária é condição *sine qua non* para o

exercício da democracia no Brasil.

Em razão desse reconhecimento da importância dos partidos em nosso regime democrático, esta Corte, com acerto, reconhece serem fundamentais os direitos relacionados à liberdade de criação de legendas, à viabilidade do funcionamento parlamentar, à autonomia partidária e ao próprio pluripartidarismo, constituindo, assim, cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.

São diversos os precedentes nos quais o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de assentar o caráter de fundamentalidade dos direitos políticos, em especial daqueles relacionados aos partidos políticos. Entre eles, deve-se ressaltar o julgamento conjunto das ADIs 1.351 e 1.354, de relatoria do Min. Marco Aurélio (DJ 30.3.2007), em que se discutiu a constitucionalidade da denominada *cláusula de barreira*, bem como o julgamento da ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ 10.8.2006, em que se discutiu a constitucionalidade da EC 52/2006, que restabeleceu a chamada *desverticalização*.

Neste último caso, teci considerações sobre a fundamentalidade dos partidos políticos em nosso sistema constitucional. Se é certo que o constituinte de 1988, ao estabelecer a possibilidade de reforma constitucional, impôs limites formais rígidos para tal processo (CF, art. 60, I, II, III, §§ 1º, 2º e 3º e 5º), por outro lado, deixou a cargo do intérprete constitucional a tarefa de delimitar os princípios que conformariam a identidade material da Constituição, ao estabelecer, no art. 60, § 4º, um rol relativamente aberto de cláusulas de imutabilidade.

Tem sido intensa a discussão, entre nós, sobre a aplicação das chamadas *cláusulas pétreas*. Muitos afirmam que determinado princípio ou disposição não pode ser alterado sem afronta às cláusulas pétreas. Outros sustentam que determinada proposta afrontaria uma decisão fundamental do constituinte e não poderia, por isso, ser admitida.

Uma concepção decorrente da ideia de soberania popular deveria admitir que a Constituição pudesse ser alterada a qualquer tempo por decisão do povo ou de seus representantes (MAUNZ-DÜRIG, *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 79, III, nº 21). Evidentemente, tal entendimento

levaria a uma instabilidade da Constituição, a despeito das cautelas formais estabelecidas para uma eventual mudança. Fica evidenciada, nesse ponto, a permanente contradição entre o poder constituinte originário, que outorga ao povo o direito de alterar a Constituição, e a vocação de permanência desta, que repugna mudanças substanciais (cf., sobre o assunto, MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, vol. II, p. 151 s.).

Do prisma teórico, a questão foi seriamente contemplada por Carl Schmitt, no seu *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição). A problemática assentar-se-ia, segundo Schmitt, na distinção entre *constituinte* (*Verfassungsgeber = Schöpfer der Verfassung*) e *legislador constituinte* (*Verfassungsgesetzgeber = Gesetzgeber über die Verfassung*). Schmitt enfatizava que a modificação de uma constituição não se confunde com sua abolição, acrescentando com base no exemplo colhido do art. 2º da Lei Constitucional francesa, de 14 de agosto de 1884 (*La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision*):

“Se uma determinada modificação da Constituição é vedada por uma disposição constitucional, se trata apenas de uma confirmação da diferença entre revisão e abolição da Constituição” (Teoría de la Constitución, Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 121).

Portanto, para Schmitt, não se fazia mister que a Constituição declarasse a imutabilidade de determinados princípios. É que a revisão não poderia, de modo algum, afetar a continuidade e a identidade da Constituição:

“Os limites da faculdade de reformar a Constituição resultam do bom entendimento do conceito de reforma constitucional. Uma faculdade de reformar a Constituição atribuída por uma normatização constitucional, significa que uma ou várias regulações constitucionais podem ser substituídas por outras regulações constitucionais, mas apenas sob o pressuposto de que permaneçam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição considerada como um todo. A

faculdade de reformar a Constituição contém, pois, tão-somente a faculdade de praticar, nas disposições constitucionais, reformas, adições, refundições, supressões, etc.; porém mantendo a Constituição (...)” (Teoría de la Constitución, Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 121).

Assim, para Carl Schmitt, “reforma constitucional não é, pois, destruição da Constituição”, de forma que devem ser proibidas “expressamente as reformas que vulnerem o espírito e os princípios da Constituição” (Teoría de la Constitución, Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 119/121).

A alteração de elementos essenciais da Constituição configuraria, assim, não uma simples revisão, mas, verdadeiramente, a sua própria supressão (cf., também, BRYDE, Otto-Brun. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, p. 233).

A concepção de Schmitt relativiza um pouco o valor exclusivo da declaração do constituinte originário sobre a imutabilidade de determinados princípios ou disposições, atribuindo-lhe quase conteúdo declaratório.

Tais cláusulas devem impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional [BVerfGE, 30:1(24)], mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1982, cit., p. 262). É verdade que importantes autores consideram risíveis os resultados práticos de tais cláusulas, diante de sua falta de eficácia em face de eventos históricos como os golpes e as revoluções (cf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoria de la Constitución*, tradução espanhola, 2a. edição, Barcelona, 1976, p. 192).

Isso não deve impedir, porém, que o constituinte e os órgãos constitucionais procurem evitar a ocorrência de tais golpes. Certo é que tais proibições dirigidas ao poder de revisão constituem um dos instrumentos de proteção da Constituição (BRYDE, Otto-Brun, op. cit., 1982, p. 227).

Otto-Brun Bryde destaca que as idéias de *limites materiais de revisão* e de *cláusulas pétreas* expressamente consagradas na Constituição podem estar muito próximas. Se o constituinte considerou determinados elementos de sua obra tão fundamentais que os gravou com cláusulas de imutabilidade, é legítimo supor que nelas foram contemplados os princípios fundamentais (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 236). Nesse sentido, a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental de Bonn, poderia ser considerada, em grande parte, de caráter declaratório.

Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas *garantias de eternidade*. Tal como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 237).

O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na práxis constitucional não está imune a controvérsias. Caso se entenda que elas contêm uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais" (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*), tem-se de admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (*Revolutions - und Verfassungsbeseitigungsverbot*).

É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 242).

A Corte constitucional alemã confrontou-se com esta questão na controvérsia sobre a constitucionalidade de emenda que introduzia restrição à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, à revelia do eventual atingido, vedando, nesses casos, o recurso ao Poder Judiciário (Lei Fundamental, art. 10, II, c/c o art. 19, IV). A questão foi submetida ao *Bundesverfassungsgericht*, em processo de controle abstrato, pelo Governo

do Estado de Hessen, e em *recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde)*, formulado, dentre outros, por advogados e juizes, sob a alegação de que a restrição à garantia judicial (arts. 10, par. 2º, e 19, par. 4º) não se mostrava compatível com o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*).

Nessa decisão do *Bundesverfassungsgericht*, de 1970, sustentou-se que a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental visa a impedir que "a ordem constitucional vigente seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário" (*BVerfGE*, 30:1(24); *BVerfGE*, 34:9(19); HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 262-4).

Essa interpretação minimalista das garantias de eternidade foi amplamente criticada na doutrina, uma vez que, na prática, o Tribunal acabou por consagrar uma atitude demissionária, que retira quase toda a eficácia daquelas disposições. A propósito dessa decisão, vale registrar a observação de Bryde:

"Enquanto a ordem constitucional subsistir, não será necessário que o Bundesverfassungsgericht suspenda decisões dos órgãos de representação popular tomadas por 2/3 de votos. Já não terá relevância a opinião do Tribunal numa situação política em que princípios fundamentais contidos no art. 79, III sejam derogados" (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 240).

Não há dúvida, outrossim, de que a tese que vislumbra nas garantias de eternidade uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais" (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*) não parece merecer reparos do prisma estritamente teórico. Não se cuida de uma autovinculação (*Selbstbindung*) do constituinte, até porque esta somente poderia ser admitida no caso de identidade entre o constituinte e o legislador constituinte ou, em outros termos, entre o detentor do poder constituinte originário e o derivado. Ao revés, é a distinção entre os

poderes constituintes originário e derivado que permite afirmar a legitimidade do estabelecimento dessa proibição (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, op. cit., 1982, p. 242). **Nesse sentido, afigura-se extremamente consequente e lógico previsão constitucional das cláusulas pétreas, entre as quais se incluem os direitos políticos.**

Essa explicação é importante, pois apenas se revelará a inconstitucionalidade da tramitação de proposição tendente a abolir cláusulas pétreas da Constituição a partir do exame do conteúdo da proposição legislativa. Assim, faz-se necessário examinar se a votação do PLC 14/2013, pelo Senado Federal, afigurar-se-ia violadora do núcleo essencial da Carta de 1988.

Antes, no entanto, deve-se ter em mente a importância constitucional da atuação dos partidos políticos para efetivar as garantias políticas de perfil institucional. Nesse particular, é válido abordar a interessante relação entre os partidos e a constituição. Nos dizeres de Dieter Grimm:

“Los partidos políticos son una consecuencia de la admisión por parte de la Constitución de la participación social en las decisiones del Estado. Responden al problema de mediar entre una diversidad no ordenada de opciones e intereses sociales sin regular y una unidad estatal de decisión y acción. Agregando opiniones e intereses afines y presentándolos para que se pueda decidir sobre ellos, constituyen un eslabón intermedio necesario en el proceso de formación de la voluntad política.” [GRIMM, Dieter. *Los partidos políticos*. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Hrsg.), *Manual de Derecho Constitucional (Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland - Tradução Espanhola)*. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 1996, p. 389].

Fixada essa premissa, o tema da autonomia partidária relaciona-se não somente à liberdade de fundação ou criação, mas também aos inúmeros elementos do sistema partidário adotado. Aqui, entram em cena uma série de alternativas constitucionais abertas para a configuração

de determinada realidade política (tais como: o sistema uni, bi, ou pluripartidarista; a admissão de partidos ideológicos, de interesses de classe ou corporativos, ou ainda, de carácter popular; entre outros).

É exatamente por esse motivo, afirma Grimm, que “el régimen electoral, en especial, puede influir de forma determinante en el sistema de partidos, si bien que no se da una relación monocausal como durante mucho tiempo se pensó.” (GRIMM, Dieter. op. cit., 1996, p. 407).

A esse respeito, reitero algumas palavras sobre o tratamento que essa realidade institucional encontra no texto constitucional. Conforme lição de J. J. Gomes Canotilho:

“As chamadas **garantias institucionais** (*Einrichtungsgarantien*) compreendiam as garantias jurídico-públicas (*institutionnelle Garantien*) e as garantias jurídico-privadas (*Institutsgarantie*). Embora muitas vezes estejam consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, elas não seriam verdadeiros direitos atribuídos directamente a uma pessoa; as instituições, como tais, têm um sujeito e um objecto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim, a maternidade, a família, a administração autónoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia académica, são instituições protegidas directamente como realidades sociais objectivas e só, indirectamente, se expandem para a protecção dos direitos individuais.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Ed., Coimbra, Portugal, Ed. Livraria Almedina, 2003 p. 397).

Ainda, sobre o assunto, assevera Canotilho:

“As garantias institucionais, constitucionalmente protegidas, visam não tanto ‘firmar’ ‘manter’ ou ‘conservar’ certas ‘instituições naturais’, mas impedir a sua submissão à completa discricionariedade dos órgãos estaduais, proteger a instituição e defender o cidadão contra ingerências desproporcionadas ou coactivas. Todavia, a partir do

pensamento institucionalístico, inverte-se, por vezes, o sentido destas garantias. As instituições são consideradas com uma existência autônoma a se, pré-existente à constituição, o que leva pressuposta uma idéia conservadora da instituição, conducente, em último termo, ao sacrifício dos próprios direitos individuais perante as exigências da instituição como tal. (...) Aqui apenas se volta a acentuar que as garantias institucionais contribuem, em primeiro lugar, para a efectividade óptima dos direitos fundamentais (garantias institucionais como meio) e, só depois, se deve transitar para a fixação e estabilização de entes institucionais.

Cfr. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 Abs. 2^o Grundgesetz*, 2^a ed., Karlsruhe, 1972, p. 70. Como informa P. Saladin, *Grundrechte im Wandel*, Bern, 1970, p. 296, o movimento institucionalístico actual encontra paralelo na teologia protestante que considera a 'instituição' como um medium entre o direito natural e o direito positivo. Sobre a noção (noções) de instituição cfr., por último, Baptista Machado, *Introdução ao Direito*, pp. 14 e ss; J.M. Bano Leon, '*La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional em la Constitución española*', REDC, 24 (1988), pp. 155 e ss.; Márcio Aranha, *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 1999, pp. 131 e ss." (CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 2003, p. 1171).

De acordo com o próprio complexo normativo constitucional relativo aos direitos políticos e às agremiações partidárias (CF, arts. 14 a 17), constata-se que a conformação do sistema eleitoral brasileiro assume feição nitidamente institucional. Isso, vale enfatizar, não é inovação no Direito Constitucional. Há uma série de normas constitucionais garantidoras de realidades institucionais que não encontram uma definição expressa de seus limites no texto da Constituição (tais como: propriedade, liberdade, família, consumidor, renda, confisco, grande fortuna etc.).

As disposições legais e constitucionais referentes aos partidos

políticos, mormente quando capazes de afetar o processo democrático-eleitoral, possuem, por conseguinte, inconfundível caráter estatutário, constituindo verdadeiro regime jurídico dos partidos políticos no país.

E isso, obviamente, não significa a admissão de um poder legislativo ilimitado, visto que os direitos políticos, que têm por principal corolário a participação política por meio da institucionalidade partidária, são considerados cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, conforme esta Corte asseverou, à unanimidade, no julgamento da ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ 10.8.2006.

Confira-se a ementa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, *CAPUT*, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF.

1. Preliminar quanto à deficiência na fundamentação do pedido formulado afastada, tendo em vista a sucinta porém suficiente demonstração da tese de violação constitucional na inicial deduzida em juízo.

2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu *status* constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal.

3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que **busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo**

legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93).

4. Enquanto o art. 150, III, *b*, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e *“a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral”* (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello).

5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral.

7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência”. (grifei)

A Corte já reconheceu, portanto, e não poderia ser de outra forma, que os direitos políticos, tanto no que dizem respeito à segurança do processo eleitoral e estabilidade de suas regras, quanto no que concerne à participação política, com todos os seus consectários, são considerados cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.

Assim, nesse processo de concretização ou realização, somente podem ser admitidas interpretações que não desbordem os múltiplos significados admitidos pelas normas constitucionais concretizadas. Da perspectiva de proteção a direitos individuais, tais como as prerrogativas

constitucionais dos partidos políticos e dos cidadãos na qualidade de potenciais criadores de novas legendas, deverá ser observado especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições ou ampliações legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

A inclusão de elementos ou procedimentos “estranhos” ou diferentes dos inicialmente previstos, além de afetar a segurança jurídica das regras do devido processo legal eleitoral, influencia a própria possibilidade de que as minorias exerçam suas estratégias de articulação política em conformidade com os parâmetros inicialmente instituídos.

Trata-se, portanto, de uma garantia destinada a também assegurar o próprio exercício do direito das minorias políticas e parlamentares em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria – ainda que qualificada – dos parlamentares, o poder legislativo ou constituinte derivado pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo democrático-eleitoral.

Nesse particular, é pertinente mencionar, por exemplo, os efeitos drásticos que seriam impostos à própria autonomia dos partidos políticos, nos casos de introdução, a qualquer momento, de uma cláusula de barreira não razoável.

Trata-se, sem dúvida, de alterações que comprometem a segurança das leis eleitorais até então vigentes. Entretanto, o que pretendo enfatizar é que, ao se reconhecer a legitimidade de uma imposição aleatória da conformação do processo eleitoral, coloca-se em risco uma dimensão indisponível dos direitos e garantias fundamentais relacionados aos partidos políticos, tanto na dimensão de criação de novas legendas, quanto na dimensão da funcionalidade e viabilidade eleitoral delas, uma vez constituídas.

É dizer, a modificação irrestrita das regras que regulam o processo democrático compromete, sobremaneira, a igualdade dos partidos políticos. Segundo problematiza Dieter Grimm:

“Si el principio de concurrencia de los partidos debe

operar como el instrumento más importante para la dirección democrática del Estado, ello presupone no sólo la garantía de la libre competencia sino, y por los mismos motivos, que el Estado observe neutralidad respecto de los competidores. La expresión jurídica de esta neutralidad es el principio de igualdad de los partidos. El Estado en tal que objeto de la pugna partidaria no puede hacer diferencias entre los grupos políticos que concurren para hacerse con la dirección del Estado. Se trata de una condición tan elemental como difícil de realizar. Las dificultades se plantean tanto en aspectos jurídicos como fácticos. Jurídicamente obedecen al hecho de que el mandato de igualdad afecta a un objeto por demás desigual. Los partidos cobran su sentido sobre la base de sus diferencias en personalidades y programa, que también desemboca en desigualdades en cuanto a militancia, votantes, capacidad económica, etc. Esta desigualdad viene impuesta al Estado en cuanto que producto de un proceso político libre y abierto. La neutralidad estatal sólo puede significar entonces que los poderes públicos no deben tratar de influir sobre tal desigualdad. En esta medida, la igualdad de los partidos aparece como igualdad formal. Por ello no encuentra su fundamento jurídico en el art. 3 GG sino en el mismo art. 21 GG. En una serie de casos, la igualdad formal de trato no es, sin embargo, identificable con neutralidad estatal. Para ésta carecemos aún de fórmulas convincentes. Las dificultades fácticas consisten en que el Estado, que está obligado a la neutralidad frente a la competencia entre los partidos, es en sí mismo un Estado políticamente ocupado por los partidos. La neutralidad se exige por ello de una parte de los partidos representados en el parlamento frente a los que compitieron sin éxito o son de nueva fundación y, por otra, de los partidos en el gobierno frente a la oposición. Por este motivo la neutralidad estatal representa una pauta de conducta por demás difícil de alcanzar y, en su caso, siempre amenazada de nuevo. (GRIMM, Dieter, op. cit., 1992, p. 415 – sem os grifos no original).

Ante a evidente necessidade de se garantir a segurança jurídica em matéria concernente ao processo democrático-eleitoral e de proteção institucional dos direitos políticos e, nesse sentido, também da institucionalidade dos partidos, o presente exame deve atentar para a centralidade dos partidos no modelo de participação política nacional e, assim, garantir que os atores políticos interessados possam contar com regras justas, isonômicas e previsíveis, de modo a preservar o direito fundamental de livre e leal concorrência democrática, cláusula pétrea da ordem constitucional positivada em 1988.

b) A violação ao direito fundamental relativo à igualdade de chances na concorrência democrática

Ainda mais relevante é que a aprovação do projeto de lei, nos termos atuais, significaria o tratamento desigual de parlamentares e partidos políticos em uma mesma legislatura. Essa interferência seria ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos.

Importante salientar que o Supremo Tribunal não pretende impedir que o Congresso Nacional aprove as medidas legislativas que julgar necessárias à racionalização do quadro partidário brasileiro, tampouco visa a obstar a deliberação de reformas no sistema político nacional.

O que se pretende resguardar, consoante afirmei ao conceder a liminar, é a manifestação do Pleno do Tribunal acerca de sua fiel interpretação da Constituição e o tratamento isonômico, em uma mesma legislatura, de todos os atores e partidos políticos interessados, sob pena de violação ao princípio democrático e aos princípios do pluripartidarismo e da liberdade de criação de legendas.

Note-se que esta Corte não é imune ao cometimento de erros e é evidente que modelos normativos podem e devem ser elaborados pelo Congresso Nacional. O projeto em exame, no entanto, nas circunstâncias nas quais seria aprovado, revelava-se casuístico por potencialmente permitir tratamento distinto a parlamentares e partidos políticos que

devem ser tratados de forma isonômica, sobretudo no curso de uma mesma legislatura.

Com isso quero dizer que o legislador não pode ignorar a intervenção no processo político-partidário representada pela decisão desta Corte nas ADIs 4.430 e 4.795, ambas de relatoria do Min. Dias Toffoli e julgadas em 29.6.2012. Essa decisão permitiu que atores políticos identificáveis, que criaram ou estavam em processo de criação de partidos políticos, portassem consigo, para as novas legendas, suas respectivas cotas de tempo de TV e rádio e de Fundo partidário.

Uma vez que veio a lume a referida decisão da Corte e que ela surtiu efeitos políticos e jurídicos, admitir-se o tratamento diferenciado entre os atores envolvidos significaria uma chapada afronta ao princípio da igualdade de chances, inerente à concorrência democrática pelo poder e garantidor da lealdade e da segurança jurídica em democracias modernas.

Importa observar que, no referido julgamento das ADIs 1.351 e 1.354, de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, por unanimidade, fixou que a igualdade de chances no processo de concorrência democrática é direito fundamental e, assim, cláusula pétrea de nossa Constituição. Confira-se a ementa do julgado:

“PARTIDO POLÍTICO – FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR – PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA – FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário.

NORMATIZAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE – VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional”. (grifei)

Já tive a oportunidade de anotar que alguns sistemas constitucionais, como o alemão, lograram formular o princípio da igualdade de chances, entre os partidos políticos, como autêntico direito fundamental, assentando seus fundamentos, dentre outros, no postulado geral da igualdade (Lei Fundamental, art. 3º, I).

O princípio da "**Chancengleichheit**" parece ter encontrado sua formulação inicial na República de Weimar, com as obras de Herman Heller (Probleme der Demokratie, I und II, 1931, e Europa und der Faschismus, 1929) e de Carl Schmitt (Der Hüter der Verfassung, 1931, e Legalität und Legitimität, 1932).

Na concepção de Heller, *"o Estado de Direito Democrático atual encontra seu fundamento, principalmente, na liberdade e igualdade da propaganda política, devendo assegurar-se a todas as agremiações e partidos igual possibilidade jurídica de lutar pela prevalência de suas idéias e interesses"*.

O notável publicista acrescentava que **a fórmula técnica para preservar a unidade da formação democrática assenta-se na livre submissão da minoria, à vontade majoritária, isto é, na renúncia das frações minoritárias a uma superação da maioria, mediante o uso da violência. Isso pressupõe a renúncia à opressão da minoria e exige a preservação das perspectivas de ela vir a se tornar maioria.**

Por seu turno, advertia Carl Schmitt que um procedimento neutro e indiferente da democracia parlamentar poderia dar ensejo à fixação de uma maioria por via da matemática ou da estatística, causando, dessa forma, o próprio esfacelamento do sistema de legalidade. Tal situação somente haveria de ser evitada com adoção de um princípio consagrador da igualdade de chances para alcançar a maioria, aberto a todas as tendências e movimentos E, enfaticamente, asseverava Carl Schmitt *in verbis*:

"Sin este principio, las matemáticas de las mayorías, con su indiferencia frente al contenido del resultado, no solo serían ún juego grotesco y un insolene escarnio de toda justicia, sino que, a causa del concepto de legalidad derivado de dichas matemáticas, estas acabarían también con el sistema mismo, desde el instante en que se ganara la primera mayoría, pues esta primera mayoría se instituiría enseguida

*legalmente como poder permanente. La igualdad de **chance** abierta a todos no puede separarse mentalmente del Estado legislativo parlamentario. Dicha igualdad permanece como el principio de justicia y como una condición vital para la autoconservación” [5]*

Com impecável lógica, consignava o publicista que a legalidade do poder estatal conduz à negação e à derrogação do direito de resistência enquanto Direito, uma vez que ao poder legal, conceitualmente, não é dado cometer injustiças, podendo, para isso, converter em "ilegalidade" toda resistência e revolta contra a injustiça e antijuridicidade. E o eminente mestre acrescentava o seguinte:

"Si la mayoría puede fijar a su arbitrio la legalidad y la ilegalidad, también puede declarar ilegales a sus adversarios políticos internos, es decir, puede declararlos **hors-la-loi**, excluyéndolos así de la homogeneidad democrática del pueblo. Quien domine el 51 por 100 podría ilegalizar, de modo legal, al 49 por 100 restante. Podría cerrar tras sí, de modo legal, la puerta de la legalidad por la que ha entrado y tratar como a un delincuente común al partido político contrario, que tal vez golpeaba con sus botas la puerta que se le tenía cerrada". [8]

Essas colocações de Schmitt evidenciam a importância de se tratar do princípio de "*igualdade de chances*" como condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a minoria somente há de renunciar ao direito de resistência se ficar assegurada a possibilidade de vir a se tornar maioria. Vale registrar, ainda nesse particular, o seu magistério, *in verbis*:

"El Estado legislativo parlamentario de hoy, basado en la dominación de las mayorías del momento, solo puede entregar el monopolio del ejercicio legal del poder al partido momentáneamente mayoritario, y solo puede exigir a la minoría que renuncie al derecho de resistencia mientras permanezca efectivamente abierta a todos la igualdad de **chance** para la obtención de la mayoría y mientras presente

visos de verdad este presupuesto de su principio de justicia”.

[10]

Na vigência da Lei Fundamental de Bonn (1949), a discussão sobre a igualdade de chances entre os partidos foi introduzida por Forsthoff, que assentou os seus fundamentos nas disposições que consagram a liberdade de criação das agremiações políticas (art. 21, I, 2) e asseguram a igualdade de condições na disputa eleitoral (art. 38 e 28).

Também Gerhard Leibholz considerou inerente ao modelo constitucional o princípio de "igualdade de chances", derivando-o, porém, diretamente, do preceito que consagra a ordem liberal-democrática ("*freiheitlich demokratischen Grundordnung*") [12][12][12][12][12][12][12][12][12][12][12][12][12][12].

Mais tarde, após os primeiros pronunciamentos do Tribunal Federal Constitucional, passou Leibholz a considerar que o postulado da igualdade de chances encontrava assento no princípio da liberdade e pluralidade partidárias (arts. 21, I, e 38, I) e no princípio geral de igualdade (art. 3º, I).

Tais elementos serviram de base para o desenvolvimento da construção jurisprudencial iniciada pelo "**Bundesverfassungsgericht**" em 1952. Observe-se que, nos primeiros tempos, a jurisprudência da Corte Constitucional parecia identificar o princípio de igualdade de chances com o direito de igualdade eleitoral – *Wahlrechtsgleichheit* – (Lei Fundamental, art. 38, I). As controvérsias sobre o financiamento dos partidos e a distribuição de horários para transmissões radiofônicas e televisivas ensejaram o estabelecimento da distinção entre o princípio da igualdade de chances, propriamente dito, e o direito de igualdade eleitoral. Os preceitos constitucionais atinentes à liberdade partidária (art. 21, I) e ao postulado geral da isonomia (art. 3º, I) passaram a ser invocados como fundamento do **direito de igualdade de chances** dos partidos políticos.

Converteu-se, assim, a igualdade de chances em princípio constitucional autônomo, um autêntico **direito fundamental** dos partidos, assegurando-se às agremiações tratamento igualitário por parte

do Poder Público e dos seus delegados.

Inicialmente, perfilhou o Tribunal Constitucional orientação que preconizava a aplicação estritamente formal do princípio de igualdade de chances. Todavia, ao apreciar controvérsia sobre a distribuição de horário para transmissão radiofônica, introduziu o 2º Senado da Corte Constitucional o conceito de "igualdade de chances gradual" – *abgestufte Chancengleichheit*, de acordo com a "significação do Partido" (*Parteibedeutung*).[\[15\]](#)

Considerou-se, entre outros aspectos, que o tratamento absolutamente igualitário levaria a uma completa distorção da concorrência, configurando a equiparação legal das diferentes possibilidades ("**faktische Chancen**") manifesta afronta ao princípio da **neutralidade** que deveria ser observado pelo Poder Público em relação a todos os partidos políticos.[\[16\]](#)

A Lei dos Partidos de 1967 veio consagrar, no § 5º, o princípio da igualdade de chances tal como concebido pela Jurisprudência do **Bundesverfassungsgericht**, estabelecendo o seguinte exercício: "(1) Se um delegado do Poder Público coloca suas instalações ou serviços à disposição dos partidos, há de se dar igual tratamento às demais agremiações partidárias. A amplitude da garantia pode ser atribuída, gradualmente, de acordo com a 'significação do partido', assegurando-se, porém, um mínimo razoável à consecução dos objetivos partidários. A significação do partido é aferida, em especial, pelos resultados obtidos nas últimas eleições para a Câmara de Representantes. Ao partido com representação no Parlamento há de se assegurar uma participação não inferior à metade daquela reconhecida a qualquer outro partido". ("*Wein ein Träger öffentlicher Gewalt den Parteien Einrichtungen zur Verfügung stellt oder andere öffentliche Leistungen gewährt, sollen alle Parteien gleichbehandelt werden. Der Umfang der Gewährung kann nach der Bedeutung der Parteien bis zu dem für die Erreichung ihres Zweckes erforderlichen Mindestmass abgestuft werden. Die Bedeutung der Parteien bemisst sich insbesondere auch nach den Ergebnissen vorausgegangener Wahlen zu Volksvertretungen. Für eine Partei, die im Bundestag in Fraktionsstärke vertreten ist, muss der Umfang der*

Gewährung mindestens halb so gross wie für jede andere Partei sein").

Como se constata, o § 5º da Lei dos Partidos consagrou a **gradação** da "igualdade de chances" (*abgestufte Chancengleichheit*), estabelecendo inequívoca "*cláusula de diferenciação*" ("*Differenzierungsklausel*"). É evidente que uma interpretação literal do dispositivo poderia converter o postulado da "igualdade de chances" numa garantia do *status quo*, consolidando-se a posição dos **partidos estabelecidos** (*etablierte Parteien*).

Tal possibilidade já havia sido enunciada por Carl Schmitt, ao reconhecer que os partidos no governo desfrutam de inevitável vantagem, configurando-se uma autêntica e supralegal "mais-valia política" decorrente do exercício do poder. Após asseverar que a detenção do poder outorga ao partido dominante a forma de poder político que supera de muito o simples valor das normas, observa Carl Schmitt:

"El partido dominante dispone de toda la preponderancia que lleva consigo, en un Estado donde impera esta clase de legalidad, la mera posesión de los medios legales del poder. La mayoría deja repentinamente de ser un partido; es el Estado mismo. Por mas estrictas y delimitadas que sean las normas a las que se sujeta el Estado legislativo en la ejecución de la ley, resalta "siempre lo ilimitado que está detrás", como dijo una vez Otto Mayer. En consecuencia, por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal produce una plusvalía política adicional, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una prima superlegal a la posesión legal del poder legal y al logro de la mayoría".[\[20\]](#)

Não se pode negar, pois, que os partidos estabelecidos gozam de evidente primazia em relação aos "newcomers", decorrente sobretudo de sua posição consolidada na ordem política. Por outro lado, a realização de eleições com o propósito de formar um Parlamento capaz de tomar decisões respaldado por uma nítida maioria enseja, não raras vezes, modificações legítimas nas **condições de igualdade**. Disso pode resultar, à evidência, um **congelamento** ("*Erstarrung*") do sistema

partidário.

Não há dúvida de que a gradação da "*igualdade de chances*" deve ser realizada *cum grano salis*, de modo a assegurar razoável e adequada eficácia a todo e qualquer esforço partidário. Até porque o abandono da orientação que consagra a **igualdade formal** entre os partidos não pode ensejar, em hipótese alguma, a nulificação do tratamento igualitário que lhes deve ser assegurado pelo Poder Público. Eventual gradação do direito de igualdade de chances há de se efetivar com a observância de critério capaz de preservar a própria seriedade do sistema democrático e pluripartidário.

Tal constatação mostra-se particularmente problemática no que concerne à distribuição dos horários para as transmissões radiofônicas e televisivas (*Wahlsendezeit*). Uma radical gradação do direito de igualdade de chances acabaria por converter-se em autêntica garantia do *status quo*. Daí ter-se consolidado na Jurisprudência constitucional alemã orientação que assegura a todos os partícipes do prélio eleitoral, pelo menos, uma "adequada e eficaz propaganda" ("*angemessene und wirksame Wahlpropaganda*"). Considera-se, assim, que um *Sendezeitminimum* ("tempo mínimo de transmissão") deve ser assegurado a todos os concorrentes, independentemente de sua "significação".

Ainda assim, verificam-se na doutrina sérias reservas à gradação do direito de igualdade de chances, no tocante às "transmissões eleitorais" (*Wahlsendezeit*). É que tal oportunidade assume relevância extraordinária para os pequenos partidos e as novas agremiações, que, diversamente dos **etablierten Parteien**, não dispõem de meios adequados para difundir a sua plataforma eleitoral.

Também Tsatsos e Morlok sustentam, nesse particular, que a igualdade formal de todos os que participam do processo eleitoral deve ser decididamente afirmada. Entendem que, "*em uma democracia, não constitui tarefa de um Poder onisciente e interventivo tomar providências que indiquem aos eleitores a imagem "correta" dos partidos. Ao revés, com a escolha prévia dos partidos arroga-se o Estado, um direito que apenas é de se reconhecer à cidadania na sua manifestação eleitoral*".

A "igualdade de chances", concebida como princípio constitucional autônomo, constitui expressão jurídica da **neutralidade do Estado** em relação aos diversos concorrentes. O seu fundamento não se assenta única e exclusivamente no postulado geral da "igualdade de chances" (Lei Fundamental, art. 3º, I). **Ao revés, a igualdade de chances é considerada como derivação direta dos preceitos constitucionais que consagram o regime democrático (art. 20, I) e pluripartidário (art. 21, I).**[\[37\]](#)

O princípio da igualdade de chances deve imperar não apenas durante o processo eleitoral, mas já antes dele, na preparação das eleições. A democracia não tem como ser exitosa no momento em que partidos políticos ingressam na campanha eleitoral em diferentes condições (BVerfGE 82, 322; 44, 125).

No direito alemão, consagra-se que o partido político que não obtiver 5% (cinco por cento) dos votos na votação proporcional, ou pelo menos três mandatos diretos, não obterá mandato algum, também na eleição para o chamado primeiro voto. Nesse caso, despreza-se a votação dada ao partido. Tal cláusula de barreira (*Sperrklausel*) faz parte do sistema eleitoral germânico desde 1975. Em 1990, o Tribunal Constitucional Federal alemão foi demandado a apreciar a constitucionalidade dessa cláusula para as eleições, para o *Bundestag*, de 1990, as primeiras a serem realizadas após a Reunificação [BVerfGE 82, 322].

Ao considerar o excepcional momento histórico vivido na Alemanha, a Corte utilizou-se do princípio da *Chancengleichheit* para justificar que a cláusula de barreira não seria aplicada aos Estados da antiga República Democrática da Alemanha. Entendeu que os novos partidos surgidos nesse antigo território comunista não teriam condições de se estruturar em tempo hábil de competir em igualdade de chances com as agremiações já constituídas na República Federal da Alemanha. [BVerfGE 82, 322].

Além de assegurar que tratamentos diferenciados a partidos políticos são aceitáveis apenas quando apresentarem forte e legítima justificativa para tanto, a jurisprudência da Corte é firme no sentido de

que o campo de atuação (*Spielraum*) do legislador nessa matéria é extremamente reduzido. [BVerfGE 82, 322].

Assentes tais fundamentos, cumpre indagar se o princípio de igualdade de chances, tal como desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs, afigura-se compatível com o ordenamento constitucional brasileiro.

Considere-se, de imediato, que o postulado geral de igualdade tem ampla aplicação entre nós, não se afigurando possível limitar o seu alcance, em princípio, às pessoas naturais, ou restringir a sua utilização a determinadas situações ou atividades. Nesse sentido, já observara Seabra Fagundes que "tão vital se afigura o princípio ao perfeito estruturamento do Estado democrático, e tal é a sua importância como uma das liberdades públicas, para usar a clássica terminologia de inspiração francesa, que, não obstante expresso como garantia conferida a "brasileiros e estrangeiros residentes no País", o que denota, à primeira vista, ter tido em mira apenas as pessoas físicas, se tornou pacífico alcançar, também, as pessoas jurídicas".

Em virtude disso, a chamada "*força irradiante do princípio da igualdade*" parece espalhar-se por todo o ordenamento jurídico, contemplando, de forma ampla, todos os direitos e situações. Daí ter asseverado Francisco Campos:

"A cláusula relativa à igualdade diante da lei vem em primeiro lugar, na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhe o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressivamente, embora de maneira tácita, que o princípio de igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados. É como se o art. 141 da Constituição estivesse assim redigido: "A Constituição assegura com "igualdade os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)".[39]

Explicitando esse pensamento, acrescenta o insigne jurista que o princípio de igualdade tem por escopo a proteção da livre concorrência entre os homens em todos os âmbitos de atividade. Vale transcrever, nesse particular, o seu magnífico magistério:

"O alcance do princípio de igualdade perante a lei há de ser, portanto, interpretado na maior latitude dos seus termos, ou como envolvendo não só a hipótese de que, embora não havendo existido, venha, entretanto, a se criar no País o regime de classes, como toda e qualquer situação, a que, embora casualmente ou episodicamente, sem caráter sistemático, ou de modo puramente singular, se deixe de aplicar o critério ou a medida geral prevista para casos ou situações da mesma espécie, e se lhes aplique critério ou medida de exceção. O princípio não tem, portanto, como foco de incidência, um ponto preciso e definido. Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou a uma forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a qual elas concebem não somente a ordem social, como a ordem política, a ordem econômica e a ordem jurídica. O princípio de igualdade tem por principal função proteger e garantir a livre concorrência entre os homens, seja quando a sua atividade tem por objeto o poder, seja quando o pólo de seu interesse são os bens materiais ou imateriais, cujo gozo exclusivo lhes é assegurado pelo direito de propriedade".

De resto, a concorrência é imanente ao regime liberal e democrático, tendo como pressuposto essencial e inafastável a neutralidade do Estado.

É o que se constata na seguinte passagem do preclaro magistério de

Francisco Campos:

"O regime liberal e democrático postula a concorrência não apenas como categoria histórica, mas como a categoria ideal da convivência humana. Ora, a concorrência pressupõe, como condição essencial, necessária ou imprescindível, que o Estado não favoreça a qualquer dos concorrentes, devendo, ao contrário, assegurar a todos um tratamento absolutamente igual, a nenhum deles podendo atribuir prioridade ou privilégio, que possa colocá-lo em situação especialmente vantajosa em relação aos demais. Esta, no mundo moderno, a significação do princípio da igualdade perante a lei. Por ele, todos ficarão certos de que na concorrência, tomada esta expressão no seu sentido mais amplo, o Estado mantém-se neutro ou não procurará intervir senão para manter entre os concorrentes as liberdades ou as vantagens a que cada um deles já tinha direito ou que venha a adquirir, mediante os processos normais da concorrência. O princípio de igualdade tem hoje, como se vê, um campo mais vasto de aplicação do que nos tempos que se seguiram imediatamente às suas primeiras declarações".[\[41\]](#)

Afigura-se, pois, despiciendo ressaltar a importância do princípio da isonomia no âmbito das relações estatais. Como a ninguém é dado recusar a integração a uma determinada ordem estatal, faz-se mister reconhecer o direito de participação igualitária como correlato necessário da inevitável submissão a esse poder de império. E o direito de participação igualitária na vida da comunidade estatal e na formação da vontade do Estado não se restringe à igualdade eleitoral, ao acesso aos cargos públicos, ao direito de informação e de manifestação de opinião, abrangendo a própria participação nos partidos políticos e associações como forma de exercer influência na formação da vontade política.[\[42\]](#)

Vê-se, pois, que o princípio de igualdade entre os partidos políticos constitui elementar exigência do modelo democrático e pluripartidário. No entanto, não se pode ignorar que a aplicação do princípio de

igualdade de chances encontra dificuldade de ordem jurídica e fática. Do prisma jurídico, não há dúvida de que o postulado da igualdade de chances incide sobre uma variedade significativa de **objetos** ("Gegenstand"). E do ponto de vista fático, impende constatar que o Estado, que deve conduzir-se de forma neutra, é, ao mesmo tempo, um Estado partidariamente ocupado ("*Die tatsächlichen Schwierigkeiten bestehen darin, dass der Staat, der sich neutral gegenüber dem Parteienwettbewerb zu verhalten hat, selbst ein parteipolitisch besetzter Staat ist*").^[43]

Aludidas dificuldades não devem ensejar, à evidência, o estabelecimento de quaisquer discriminações entre os partidos estabelecidos e os "newcomers", porquanto eventual distinção haveria de resultar, inevitavelmente, no próprio falseamento do processo de livre concorrência.

É fácil de ver, assim, que toda e qualquer distorção no sistema de concorrência entre os partidos afeta de forma direta e frontal o princípio de isonomia, enquanto parâmetro e baldrame dos demais direitos e garantias.

Não se afirme, outrossim, que ao legislador seria dado estabelecer distinções entre os concorrentes com base em critérios objetivos. Desde que tais distinções impliquem alteração das condições mínimas de concorrência, evidente se afigura sua incompatibilidade com a ordem constitucional calcada no postulado de isonomia. Mais uma vez é de se invocar a lição de Francisco Campos, *in verbis*:

"Se o princípio deve reger apenas a aplicação da lei, é claro que ao legislador ficaria devassada a imensidade de um arbítrio sem fronteiras, podendo alterar, à sua discrição, por via de medidas concretas ou individuais, as condições da concorrência, de maneira a favorecer, na corrida, a um dos concorrentes, em detrimento dos demais. O que garante, efetivamente, a concorrência não é tão-só o princípio da legalidade, entendido como a exigência que os atos da justiça e da administração possam ser referidos ou imputados à lei.

Desde que ficasse assegurada ao legislador a faculdade de alterar a posição de neutralidade do Estado em face dos concorrentes, tomando o partido de uns contra outros, a ordem da concorrência não poderia ter a posição central e dominante que lhe cabe, incontestavelmente, no ciclo histórico que se abriu com a revolução industrial do Século passado e que ainda não se pode dar como encerrado no mundo ocidental. O caráter de norma obrigatória para o legislador, para ele especialmente, resulta da natureza e da extensão do princípio de igualdade perante a lei. Seria, de outra maneira, um princípio supérfluo ou destituído de qualquer significação".[44]

Não parece subsistir dúvida, portanto, de que o princípio da isonomia tem integral aplicação à atividade político-partidária, fixando os limites e contornos do poder de regular a concorrência entre os partidos.

Ademais, como já observado, faz-se mister notar que o princípio da igualdade de chances entre os partidos políticos parece encontrar fundamento, igualmente, nos preceitos constitucionais que instituem o regime democrático, representativo e pluripartidário (CF, arts. 1º, § 1º, 152 e 148). Tal modelo realiza-se, efetivamente, através da atuação dos partidos, que são, por isso, elevados à condição de autênticos e peculiares **órgãos estatais**, com relevantes e indispensáveis funções atinentes à formação da vontade política, à criação de legitimidade e ao processo contínuo de mediação ("*Vermittlung*") entre povo e Estado (Lei 5.682/71, art. 2º).[45]

Esta **mediação** tem seu ponto de culminância na realização de eleições, com a livre concorrência das diversas agremiações partidárias. E a disputa eleitoral é condição indispensável do próprio modelo representativo, como assinala com habitual precisão o eminente Ministro Francisco Rezek, *in verbis*:

"O regime representativo pressupõe disputa eleitoral cuja racionalidade deriva da livre concorrência entre os partidos, cada um deles empenhado na reunião da vontade popular em torno de seu programa político. Não merece o

nome de partido político, visto que não lhe tem a essência, chamado "partido único": aqui se trata, antes, de um grande departamento político do Estado, fundado na presunção de que seu ideário representa a vontade geral a ponto de alcançar o foro da incontestabilidade. As eleições, no Estado unipartidário, não traduzem o confronto de teses programas, mas a mera expedição popular, em favor dos eleitos, de um atestado de habilitação ao cumprimento do programa que de antemão se erigira em dogma. **A pluralidade de partidos não é, dessa forma, uma opção. Sem ela não há que falar, senão por abusiva metáfora, em partido político de espécie alguma**". (grifei)

Portanto, não se afigura necessário despender qualquer esforço de argumentação para que se possa afirmar que a concorrência entre os partidos, inerente ao próprio modelo democrático e representativo, tem como pressuposto inarredável o princípio de igualdade de chances. Assim, tal princípio constitui cláusula pétrea da Constituição de 1988 e pilar do próprio regime democrático brasileiro.

Note-se que, em vários pronunciamentos, este Tribunal já se utilizou do princípio da igualdade de chances, bem como da anterioridade eleitoral, como parâmetros de controle. Na ADI 3.741 (Rel. Min Ricardo Lewandowski, Plenário, DJ 23.2.2007), por exemplo, a Corte entendeu que a Lei 11.300/2006, que operou a chamada *minirreforma eleitoral* para o pleito de 2006, não violou os referidos direitos. Confira-se a ementa do julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.300/2006 (MINI-REFORMA ELEITORAL). ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16). INOCORRÊNCIA. MERO APERFEIÇOAMENTO DOS PROCEDIMENTOS ELEITORAIS. INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO PROCESSO ELEITORAL. PROIBIÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE PESQUISAS ELEITORAIS QUINZE DIAS ANTES DO PLEITO.

INCONSTITUCIONALIDADE. GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO LIVRE E PLURAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO DIRETA.

I – Inocorrência de rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral.

II – Legislação que não introduz deformação de modo a afetar a normalidade das eleições.

III – Dispositivos que não constituem fator de perturbação do pleito.

IV – Inexistência de alteração motivada por propósito casuístico.

V – Inaplicabilidade do postulado da anterioridade da lei eleitoral.

VI – Direto à informação livre e plural como valor indissociável da ideia de democracia.

VII – Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 35-A da Lei introduzido pela Lei 11.300/2006 na Lei 9.504/1997”. (grifei)

A jurisprudência do Supremo é farta, portanto, de exemplos de utilização do postulado da igualdade de chances para a verificação da compatibilidade entre as leis que interferem diretamente no processo eleitoral, ou até mesmo em momentos que o antecedem, e a Constituição de 1988.

A restrição, pelo legislador, dos critérios relacionados à distribuição dos horários de propaganda eleitoral e de cotas do fundo partidário, ainda que limitada, deve ser razoável e proporcional para que se compatibilize com o postulado da “igualdade de chances”. Além disso, não se pode admitir a criação de situações jurídicas distintas a abarcar parlamentares regularmente eleitos na mesma eleição, para uma mesma legislatura.

No presente feito, a violação ao princípio da igualdade de chances apresenta-se nítida, em razão da diferença de tratamento jurídico

dispensada a atores e partidos políticos no curso de uma mesma legislatura, sem que para tanto haja qualquer justificativa plausível, o que revela o casuísmo da deliberação apressada do projeto de lei em exame, conforme ficará evidenciado a seguir.

Por essa razão, leis casuísticas são altamente questionáveis. No presente caso, o projeto de lei permite ao observador até mesmo vislumbrar os seus destinatários específicos, o que o torna ainda mais gravoso às referidas cláusulas pétreas da Constituição de 1988. Em outras oportunidades manifestei-me sobre a eventual aprovação de leis casuísticas:

“Outra limitação implícita que há de ser observada diz respeito à proibição de leis restritivas, de conteúdo casuístico ou discriminatório. Em outros termos, as restrições aos direitos individuais devem ser estabelecidas por leis que atendam aos requisitos da generalidade e da abstração, evitando, assim, tanto a violação do princípio da igualdade material quanto a possibilidade de que, por meio de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos (Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte — Staatsrecht II*, cit., p. 70.)

Sobre o significado de princípio, vale registrar o magistério de Canotilho:

‘As razões materiais desta proibição sintetizam-se da seguinte forma: (a) as leis particulares (individuais e concretas), de natureza restritiva, violam o princípio material da igualdade, discriminando, de forma arbitrária, quanto à imposição de encargos para uns cidadãos em relação aos outros; (b) as leis individuais e concretas restritivas de direitos, liberdades e garantias representam a manipulação da forma da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um ato administrativo individual e concreto sob as vestes legais (os autores discutem a existência, neste caso, de abuso de poder legislativo e violação do princípio da separação dos poderes; (c) as leis individuais e concretas não contêm uma normatização dos pressupostos

da limitação, expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a proteção da confiança nem alternativas de ação e racionalidade de atuação'. (Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 614.)

Diferentemente das ordens constitucionais alemã e portuguesa, a Constituição brasileira não contempla expressamente a proibição de lei casuística no seu texto.

Isso não significa, todavia, que o princípio da proibição da lei restritiva de caráter casuístico não tenha aplicação entre nós. Como amplamente admitido na doutrina, tal princípio deriva do postulado material da igualdade, que veda o tratamento discriminatório ou arbitrário, seja para prejudicar, seja para favorecer. (Cf., sobre o assunto, Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 614-615; Herzog, in Maunz-Dürig, dentre outros, *Grundgesetz*, cit., Kommentar zu art. 19, I, n. 9).

Resta evidente, assim, que a elaboração de normas de caráter casuístico afronta, de plano, o princípio da isonomia.

É de observar, outrossim, que tal proibição traduz uma exigência do Estado de Direito democrático, que se não compatibiliza com a prática de atos discriminatórios ou arbitrários. Nesse sentido, é preciso o magistério de Pontes de Miranda nos seus comentários ao art. 153, § 2º, da Constituição de 1967/69:

‘Nos Estados contemporâneos não democratizados, a segurança de que as regras jurídicas emanam de certa fonte, com a observância de pressupostos formais, muito serve à liberdade, sem, contudo, bastar-lhe. Não é aqui o lugar para mostrarmos como se obtém tal asseguuração completa da liberdade, pela convergência de três caminhos humanos (democracia, liberdade, igualdade). (...) O art. 153, § 2º, contém em si um dos exemplos: se o Estado é democrático, a proposição, que se acha no art. 153, § 2º, é como se dissesse ‘Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de regra jurídica emanada dos representantes do povo (democracia, arts. 27-59), formalmente igual para todos

(igualdade, art. 153, § 1º). Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967/69*, cit., t. 5, p. 2-3).

Se não há dúvida de que, também entre nós, revela-se inadmissível a adoção de leis singulares, individuais ou pessoais com objetivo de restringir direitos, cumpre explicitar as características dessas leis. Segundo Canotilho (Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 614). , lei individual restritiva inconstitucional é toda lei que:

- imponha restrições aos direitos, liberdades e garantias de uma pessoa ou de várias pessoas determinadas;
- imponha restrições a uma pessoa ou a um círculo de pessoas que, embora não determinadas, podem ser determináveis por intermédio da conformação intrínseca da lei e tendo em conta o momento de sua entrada em vigor.

O notável publicista português acentua que o critério fundamental para a identificação de uma lei individual restritiva não é a sua formulação ou o seu enunciado linguístico, mas o seu conteúdo e respectivos efeitos. Daí reconhecer a possibilidade de leis individuais camufladas, isto é, leis que, formalmente, contêm uma normação geral e abstrata, mas que, materialmente, segundo o conteúdo e efeitos, dirigem-se a um círculo determinado ou determinável de pessoas. (Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 614.)

Não parece ser outra a orientação da doutrina tedesca. A técnica de formulação da lei não é decisiva para a identificação da lei restritiva individual ou casuística. Decisiva é a consequência fática (*tatsächliche Wirkung*) da lei no momento de sua entrada em vigor. (Herzog, in Maunz-Dürig, dentre outros, *Grundgesetz*, cit., Kommentar zu art. 19, I, n. 36)

A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da Lei dos Partidos Políticos parece compreender-se também no contexto dessa proibição, na medida em que se afirma ali que se cuida, propriamente, de repudiar uma decisão que limita a participação dos partidos no pleito eleitoral, mas de se ter como inaceitável a adoção de critérios assentados no passado — em fatos já verificados e

consumados — para definir essa participação futura”. (ADI 958, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 25-8-1995, p. 26021.)

Nota-se, portanto, que a aprovação de leis casuísticas caminha lado a lado com intenções discriminatórias da parte do legislador. Esse tipo de providência atenta frontalmente contra o princípio da isonomia e, no caso em exame, contra a igualdade de chances, sem a qual não há processo democrático-eleitoral imparcial e justo.

c) A proteção à minoria como pilar legitimador da jurisdição constitucional

Além de todo o exposto, tem-se que a proteção da minoria parlamentar e política em geral, representa um fundamento elevado da razão de ser da jurisdição constitucional.

Como se sabe, devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição a esse aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias. A opção de Kelsen pelo modelo democrático está vinculada à concepção teórica do relativismo. O sistema democrático não se legitima pela verdade, mas sim pelo consenso.

Na famosa conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, Kelsen deixou claro que a jurisdição constitucional haveria de ter papel central em um sistema democrático moderno:

"Contra as muitas censuras que se fazem ao sistema democrático - muitas delas corretas e adequadas -, não há melhor defesa senão a da instituição de garantias que assegurem a plena legitimidade do exercício das funções do Estado. Na medida em que amplia o processo de democratização, deve-se desenvolver também o sistema de controle. É dessa perspectiva que se deve avaliar aqui a

jurisdição constitucional. Se a jurisdição constitucional assegura um processo escorreito de elaboração legislativa, inclusive no que se refere ao conteúdo da lei, então ela desempenha uma importante função na proteção da minoria contra os avanços da maioria, cuja predominância somente há de ser aceita e tolerada se exercida dentro do quadro de legalidade. A exigência de um quorum qualificado para a mudança da Constituição traduz a ideia de que determinadas questões fundamentais devem ser decididas com a participação da minoria. A maioria simples não tem o direito de impor a sua vontade - pelo menos em algumas questões - à minoria. Nesse ponto, apenas mediante a aprovação de uma lei inconstitucional poderia a maioria afetar os interesses da minoria constitucionalmente protegidos. Por isso, a minoria, qualquer que seja a sua natureza - de classe, de nacionalidade ou de religião - tem um interesse eminente na constitucionalidade da lei.

Isto se aplica sobretudo em caso de mudança das relações entre maioria e minoria, se uma eventual maioria passa a ser minoria, mas ainda suficientemente forte para obstar uma decisão qualificada relativa à reforma constitucional. Se se considera que a essência da democracia reside não no império absoluto da maioria, mas exatamente no permanente compromisso entre maioria e minoria dos grupos populares representados no Parlamento, então representa a jurisdição constitucional um instrumento adequado para a concretização dessa ideia. A simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social".

Na experiência do direito comparado, Klaus Stüwe realiza profunda análise sobre a jurisprudência do Tribunal Alemão desde o seu surgimento (1951) até os dias atuais.

O jurista alemão afirma que, na repartição das funções do Estado de Direito, o controle das instituições democráticas é exercido, de forma

compartilhada, entre a “oposição parlamentar” e a “jurisdição constitucional”.

Acerca dessa “oposição parlamentar”, Canotilho enuncia o “direito de oposição democrática”, o qual, em suas palavras:

“(…) é um direito imediatamente decorrente da liberdade de opinião e da liberdade de associação partidária. Precisamente por isso, o direito de oposição não se limita à *oposição parlamentar* (o art. 114.º/3, conjugado com o número 1.º do mesmo artigo, poderia ser interpretado nesse sentido), antes abrange o direito à *oposição extraparlamentar*, desde que exercido nos termos da Constituição (art. 10.º/2). Por outro lado, como salienta o Tribunal Constitucional Alemão, a oposição exerce-se não apenas face à maioria parlamentar mas também face à *maioria parlamentar e governo*. A interpretação restritiva do direito à oposição (no sentido de uma simples oposição parlamentar ao «governo de sua majestade»), conduziria, desde logo, a que as forças políticas não representadas no Parlamento vissem a sua liberdade política, o seu direito de participação na vida pública, o seu direito fundamental de associação e a sua liberdade de expressão, indirectamente restringidos (para além do permitido pelo art. 18.º) por uma «anódina» interpretação do direito de oposição democrática (cfr. art. 1.º/3 da L n.º 24/98, de 26 de Maio - Estatuto de Direito de Oposição -, onde se refere precisamente o direito de oposição dos partidos sem representação parlamentar). A ideia de *oposição extraparlamentar* conexas-se, de resto, com outros direitos fundamentais como, por ex., os direitos de reunião e manifestação (art. 45.º), e com o próprio princípio democrático (cfr. Lei n.º 24/98, art. 3.º/4). O princípio democrático postulará mesmo a oposição extraparlamentar quando a oposição parlamentar deixar de ter expressão significativa, como é o caso das «grandes coligações» formadas por todos ou pelos principais partidos com assento no Parlamento (*Allparteienregierung*).

Específico da *oposição parlamentar* é o direito à informação regular e directa sobre o andamento dos principais assuntos de

interesse público (art. 114.º/3), o direito de fiscalização e de crítica no âmbito da Assembleia da República (arts. 156.º, 180.º/2/c e 194.º), o direito de participação na organização e funcionamento do próprio parlamento (arts. 175.º/b, 176.º/3, 178.º/2 e 180.º/1) e o direito de antena (art. 40.º/2). Particularmente relevante é o *direito de consulta prévia* (cf. Lei n.º 24/98, art. 5.º) sobre questões políticas importantes (marcação da data de eleições, orientações de política externa, *políticas* de defesa e segurança interna). O conjunto destes direitos designa-se por **direitos de oposição**. Constitucionalmente duvidosa é a limitação do direito de réplica política apenas aos partidos de oposição representados na Assembleia da República (cfr., porém, L 36/86, are. 2.º, de 5/9 - garantia de réplica política dos partidos de oposição).”[\[50\]](#)

Nesse particular, o próprio Klaus Stüwe realça o papel desempenhado pelos controlos derivados dos direitos da minoria, os quais são importantes, sobretudo, nas hipóteses em que tais prerrogativas sejam “absolutas”, ou seja, independam da vontade da maioria.

Como algumas categorias desses importantes controlos, Stüwe destaca dois exemplos da Lei Fundamental alemã. O primeiro é aquele da convocação antecipada do Parlamento (*Bundestag*) por meio da petição de 1/3 (um terço) de seus membros (art. 39, III). O segundo exemplo diz respeito à **obrigação** de constituir uma comissão de investigação diante da solicitação de, pelo menos, 1/4 (um quarto) dos parlamentares (art. 44, I).

Daí afirmar-se coerentemente na doutrina alemã que, se requerido, o Parlamento (*Bundestag*) **pode** instalar a CPI. O órgão parlamentar **deve**, porém, instituir a comissão se o requerimento contar com o apoio de pelo menos um quarto dos membros do parlamento. Cuida-se, pois de um direito da minoria em face da maioria – *dies ist ein Recht der Minderheit gegenüber der Mehrheit*.

Tendo em vista essa circunstância particular, indaga-se, no direito alemão, se, no caso de requerimento da maioria, seria necessária a edição de uma resolução do Parlamento, especialmente se o tema da

investigação apresenta-se devidamente definido. A resposta é afirmativa. A resolução é também exigida porque o número de membros da comissão há de ser devidamente fixado.

Já com relação ao aspecto do exercício da “jurisdição constitucional”, devo alertar que as modernas constituições, não obstante consagrarem os direitos fundamentais e o princípio da soberania popular como princípios básicos do Estado de Direito, dispõem, em geral, sobre a forma de manifestação da vontade popular e sobre a atuação dos órgãos representativos dessa vontade.

Nesse contexto, os entes de representação devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. Essas constituições pretendem, portanto, que os atos praticados pelos órgãos representativos possam ser objeto de crítica e controle. Trata-se, em verdade, de um modelo de fiscalização democrática dos atos do Poder Público.

Tal como observado por Dieter Grimm, um sistema que admite o conflito de opinião e a pluralidade de interesses como legítimo somente poderá subsistir se houver consenso sobre a forma de resolução de conflitos e sobre os próprios limites desses conflitos. Se a controvérsia tiver por objeto o próprio método de solução dos conflitos, o sistema democrático não estará livre da ameaça de instabilidades e de tumultos no seu funcionamento.

Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático que imponha limites aos ímpetus da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia e atenuar a possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema.

A missão de um tribunal como o Supremo é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o *ethos* de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão.

Isso está, na verdade, na obra de Zagrebelsky, que versa um tema

histórico e teológico fascinante: a crucificação e a democracia.

Diz Zagrebelsky:

“Para a democracia crítica, nada é tão insensato como a divinização do povo que se expressa pela máxima *vox populi, vox dei*, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e acrílicos do poder do povo que, como já vimos, não passam de adulações interesseiras.

Na democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade.

Depende, ao contrário, de fator exatamente oposto, a saber, do fato de se assumir que todos os homens e o povo, em seu conjunto, são necessariamente limitados e falíveis.

Este ponto de vista parece conter uma contradição que é necessário aclarar. Como é possível confiar na decisão de alguém, como atribuir-lhe autoridade quando não se lhe reconhecem méritos e virtudes, e sim vícios e defeitos? A resposta está precisamente no caráter geral dos vícios e defeitos.

A democracia, em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos. Se no valor político essa igualdade é negada, já não teríamos democracia, quer dizer, um governo de todos para todos; teríamos, ao contrário, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores).

Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou, o que é a mesma coisa, se não existe nenhum critério geralmente aceito, através do qual possam ser estabelecidas hierarquias de mérito e demérito, não teremos outra possibilidade senão atribuir a autoridade a todos, em seu conjunto. Portanto, para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário, desprende-se — é necessário estar de acordo com isso — de uma insuperável falta de algo melhor.” (Zagrebelsky, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*, trad. espanhola, Ariel, 1996, p. 105 —

Título original: *Il Crucifige! e la democrazia*, Giulio Einaudi, Torino, 1995).

Zagrebelsky encerra essa passagem notável, falando do julgamento de Cristo. Dizia: *Quem é democrático: Jesus ou Pilatos?*, retomando um debate que tinha sido colocado por Kelsen no trabalho sobre a democracia. E ele diz:

“Voltemos, uma vez mais, ao processo contra Jesus. A multidão gritava *Crucifica-lhe!* Era exatamente o contrário do que se pressupõe na democracia crítica. Tinha pressa, estava atomizada, mas era totalitária, não havia instituições nem procedimentos. Não era estável, era emotiva e, portanto, extremista e manipulável. Uma multidão terrivelmente parecida ao *povo*, esse *povo* a que a democracia poderia confiar sua sorte no futuro próximo. Essa turba condenava democraticamente Jesus, e terminava reforçando o dogma do *Sanedrim* e o poder de Pilatos.

Poderíamos então perguntar quem naquela cena exercia o papel de verdadeiro amigo da democracia. Hans Kelsen contestava: Pilatos. Coisa que equivaleria a dizer: o que obrava pelo poder desnudo. Ante essa repugnante visão da democracia, que a colocava nas mãos de grupos de negociantes sem escrúpulos e até de bandos de *gangsters* que apontam para o alto — como já ocorreu neste século entre as duas guerras e como pode ocorrer novamente com grandes organizações criminais de dimensões mundiais e potência ilimitada —, dariam vontade de contestar, contrapondo ao poder desnudo a força de uma verdade: o fanatismo do *Sanedrim*.

Ao concluir essa reconstrução, queremos dizer que o amigo da democracia — da democracia crítica — é Jesus: aquele que, calado, convida, até o final, ao diálogo e à reflexão retrospectiva. Jesus que cala, esperando até o final, é um modelo. Lamentavelmente para nós, sem embargo, nós, diferentemente dele, não estamos tão seguros de ressuscitar ao terceiro dia, e não podemos nos permitir aguardar em silêncio até o final.

Por isso, a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, tem que se mobilizar contra quem rechaça o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder e crê ter sempre razão. A mansidão — como atitude do espírito aberto ao diálogo, que não aspira a vencer, senão a convencer, e está disposto a deixar-se convencer — é certamente a virtude capital da democracia crítica. Porém só o filho de Deus pôde ser manso como o cordeiro. A mansidão, na política, a fim de não se expor à irrisão, como imbecilidade, há de ser uma virtude recíproca. Se não é, em determinado momento, antes do final, haverá de romper o silêncio e deixar de aguentar.”

É o que fazem o impetrante e os *amici curiae* ao gritarem contra um projeto de lei de caráter sufocante, ambíguo e que condena os partidos em formação à morte por inanição, conforme assentou esta Corte, por unanimidade, no julgamento das ADIs 1.351 e 1.354, pela voz do relator Min. Marco Aurélio, DJ 30.3.2007.

O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição; ao contrário, cabe à Corte Constitucional fazer o trabalho diuturno, exatamente porque ela não julga cada caso individualmente, mas, quando julga o caso, ela o faz na perspectiva de estar definindo temas. Cabe à Corte fazer, diuturnamente, a pedagogia dos direitos fundamentais, contribuindo para um processo civilizatório mais elevado.

É preciso ressaltar que a questão da proteção das minorias políticas é constantemente revisitada nos debates desta Corte. É o que se colhe, por exemplo, da firme jurisprudência desta Corte quanto ao direito de oposição das minorias parlamentares para a instalação de CPIs. Nesse sentido, vale lembrar o julgamento do MS 24831, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 4.8.2006, em que o Plenário assentou a impossibilidade de a maioria parlamentar frustrar, no âmbito do Congresso Nacional, o exercício, pelas minorias legislativas, do direito constitucional à investigação parlamentar.

Naquela oportunidade, o Ministro Celso de Mello, em aprofundado voto, destacou o seguinte:

“A **matéria** ora submetida ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente, **reveste-se** de inquestionável relevância. A **afirmação** que ora faço **apóia-se** no reconhecimento **de que existe**, em nosso sistema político-jurídico, **um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares**, o que deve conduzir esta Suprema Corte a **proclamar** o alto significado que assume, **para o regime democrático**, a essencialidade da **proteção jurisdicional** a ser dispensada ao direito de oposição, **analisado** na perspectiva da **prática republicana** das instituições parlamentares.

Essa **percepção** do tema – **que reconhece**, no direito à efetiva instauração do inquérito parlamentar, **uma garantia instrumental** constitucionalmente atribuída às minorias legislativas, **por efeito** da imanência do direito de oposição **em face do** próprio modelo democrático de Estado que entre nós prevalece – **encontra pleno suporte** no mais autorizado magistério doutrinário (...).

Não se revela possível desconsiderar, por isso mesmo, a própria **“ratio” subjacente** ao preceito normativo **inscrito** no art. 58, § 3º, da Constituição, **cujo fundamento político-jurídico - que deriva** da necessidade de respeito incondicional **às minorias parlamentares - atua** como verdadeiro **pressuposto de legitimação** da ordem democrática, **tal como adverte** o próprio magistério da jurisprudência dos Tribunais (...)

Vê-se, daí, que a questão ora submetida ao julgamento desta Suprema Corte **faz com que** este Tribunal se defronte **com um tema** de extração iniludivelmente constitucional, **eis que o reconhecimento do direito de oposição**, de um lado, e a **afirmação da necessidade de se assegurar**, em nosso sistema jurídico, a **proteção às minorias parlamentares**, de outro, **qualificam-se**, na verdade, **como fundamentos imprescindíveis** à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito”.

Além disso, o Ministro Celso de Mello deixou registrado que se deve conceder um direito de oposição que não esteja reduzido a

uma previsão meramente formal, mas também garantir efetividade por meio de instrumentos hábeis a garantir uma atuação condizente com o nosso sistema democrático:

“Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual, torna-se necessário assegurar, às minorias, mesmo em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, um direito fundamental que vela ao pé das instituições democráticas: o direito de oposição.

Não basta, desse modo, que se atribua, aos grupos minoritários, o direito de oposição, quer se cuide de oposição parlamentar, quer se trate de oposição extraparlamentar. Mais do que o mero reconhecimento formal da existência desse direito, torna-se imperioso garantir-lhe, em plenitude, o seu efetivo exercício, com todas as conseqüências que dele derivem.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que, ao lado do direito de oposição, há que haver a garantia de opor-se, para que essa prerrogativa essencial não se converta em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Por isso mesmo, o direito de oposição, Senhor Presidente, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa promessa constitucional inconseqüente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática concreta”.

Também assentei em voto, no referido julgamento, que esta Corte era acionada justamente para dar eficácia ao direito da minoria

parlamentar, lembrando que devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição constitucional a esse aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias, dado que o sistema democrático não se legitima pela verdade, mas sim pelo consenso. Naquela oportunidade, ressaltai o seguinte:

“Nesse contexto, os entes de representação devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos (Cf., a propósito, GRIMM, Dieter. *Verfassungserichtsbarkeit - Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat*. In: *Jus-Didaktik*, Heft 4, Munique, 1977, p. 83 (95).). Essas constituições pretendem, portanto, que os atos praticados pelos órgãos representativos possam ser objeto de crítica e controle (GRIMM, Dieter. *op. cit.*, p. 83 (95).). Trata-se, em verdade, de um modelo de fiscalização democrática dos atos do Poder Público.

Tal como observado por Dieter Grimm, um sistema que admite o conflito de opinião e a pluralidade de interesses como legítimo somente poderá subsistir se houver consenso sobre a forma de resolução de conflitos e sobre os próprios limites desses conflitos (GRIMM, Dieter. *op. cit.*, p.83 (96).). Se a controvérsia tiver por objeto o próprio método de solução dos conflitos, o sistema democrático não estará livre da ameaça de instabilidades e de tumultos no seu funcionamento.

Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia e atenuar a possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema (GRIMM, Dieter. *op. cit.*, p. 83 (96).).

O caso em apreço também demonstra, à saciedade, a necessidade de proteção à minoria, reforçado, ademais, pela proteção à confiança que os parlamentares depositaram na prevalência da decisão emanada desta

Corte no julgamento da ADI 4.430, a qual garantiu a que o tempo de rádio e TV e as cotas de Fundo partidário fossem transferidos em conjunto com os congressistas que criassem novas legendas.

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)

Ante essas considerações, não há dúvida de que a deliberação para aprovação do PLC 14/2013, mediante procedimento legislativo abreviado em razão de requerimentos de urgência, e nos termos em que se encaminhava a votação até a decisão liminar de minha lavra que a suspendeu, afigura-se inconstitucional, também, por afronta ao direito das minorias parlamentares.

d) A jurisdição constitucional como garante das condições da democracia

Algumas decisões adotadas pelos Poderes constituídos da República reverberam normalmente em outros. Algumas vezes esse fato é lido como se um Poder estivesse a invadir a seara do outro, ou a lhe usurpar competências, conforme se tem visto noticiar em alguns casos. Ocorre que a inter-relação entre os Poderes, de uma forma ou de outra, leva a esses influxos. É esse relacionamento que permite à separação dos Poderes operar de modo eficiente, desde sua formulação clássica, dada por Montesquieu.

No caso em exame, esta Suprema Corte está a exercer função básica da jurisdição constitucional. Em muitos países, ocasionalmente ocorre de as Cortes constitucionais serem criticadas em razão de proferirem decisões alegadamente ativistas. Apesar de ativismo judicial ser algo relativamente difícil de se conceituar com precisão e de ser dependente da configuração de cada ordenamento jurídico, a noção é tão difundida e comentada que não se faz necessário aqui explicá-la.

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 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.

Coincidentemente, a obra clássica de Ely é de 1980, mesmo ano em que o STF julgou o MS 20.257 e, em acórdão lavrado pelo Min. Moreira

Alves, fixou a sua jurisprudência no sentido do cabimento de mandado de segurança em hipóteses como a presente. Em um ambiente de questionamentos sobre os limites da atuação do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, o autor norte-americano definiu a seara essencial na qual o controle realizado pela jurisdição constitucional é imprescindível à democracia.

Para Ely, a atuação do Poder Judiciário está vinculada à identificação de falhas no que chamou de *mercado político*, fazendo analogia com o exercício de uma função antitruste, no sentido regulatório-econômico. Quer dizer que a jurisdição constitucional deve atuar quando esse *mercado político* estiver funcionando mal, em afronta aos direitos fundamentais (ELY, John Hart.. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. Maryland Law Review, V. 37, 1977, p. 488).

Ely afirma, com acuidade, que é obrigação e dever do Judiciário: **(i) aplicar as regras expressas do texto constitucional; (ii) intervir no processo político quando isto for necessário para a proteção do funcionamento regular do sistema democrático; (iii) bem como para garantir o adequado tratamento dispensado pelas maiorias às minorias.**

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. E o julgamento de mérito deve pôr fim a essa ameaça de definitiva e fundamentada.

Vale lembrar que a proposição legislativa se deu em 19.9.2012, que houve a adoção do Requerimento de Urgência, em 16.4.2013, e que o Projeto de Lei em questão foi aprovado definitivamente em Sessão Deliberativa Extraordinária da Câmara dos Deputados realizada em 23.4.2013. Em seguida, foi enviado para a apreciação do Senado Federal. No dia 24.4.2013, o Plenário do Senado estava reunido apreciando requerimento de urgência para a aprovação do PLC 14/2013, quando concedi a liminar no presente mandado de segurança.

O resultado de uma eventual aprovação casuística e apressada do

PLC 14/2013 seria o sufocamento das mobilizações políticas envolvidas na criação de alguns novos partidos. Assim, o trâmite singularmente célere do PLC 14/2013 visava a impedir que os respectivos tempos de rádio e TV, bem como as respectivas parcelas do Fundo partidário acompanhassem os congressistas que deixassem seus partidos para ingressarem em novas legendas, contrariando a decisão adotada por esta Corte na ADI 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, julgada em 29.6.2012.

Note-se que o processo de criação de legendas é relativamente complicado e demorado. Requer o recolhimento de assinaturas em âmbito nacional (mais de 9 Estados da federação) e consolidação de complexa documentação, além da observância de prazos específicos e improrrogáveis. A viabilidade eleitoral de um novo partido está intimamente relacionada ao tempo de rádio e TV de que poderá usufruir, assim como à cota do Fundo Partidário que receberá, de modo que a adesão de parlamentares às novas legendas, em nosso modelo, tornou-se questão de sobrevivência para as novas agremiações políticas.

Também não se pode ignorar, por imperdoável ingenuidade, que para todos os atores políticos envolvidos no processo eleitoral a decisão sobre manter-se na agremiação em que se encontra ou dela se retirar para ingressar em legenda em processo de formação é extremamente delicada. Os cálculos empreendidos são diversos e complicados, pois os atores políticos tentarão antever as consequências de suas respectivas adesões aos novos partidos em termos de tempo de rádio e TV, de verbas do Fundo Partidário, de financiamento de suas campanhas, de situação política local, estadual e nacional, bem como em termos de posicionamento a favor ou em oposição aos governos em todas as esferas da federação.

Nesse sentido é que a impetração do mandado de segurança com intuito de vedar a deliberação de proposição legislativa violadora de cláusulas pétreas torna-se extremamente relevante. É que em razão das dificuldades relacionadas ao processo de criação de novas legendas e, sobretudo, da complexidade da decisão política dos parlamentares em aderirem aos novos partidos, a simples tramitação, casuística e em

velocidade recorde, do PLC 14/2013, já representa um forte empecilho à viabilidade das novas legendas.

Isso porque, evidentemente, a simples ameaça de que os parlamentares não portarão consigo, caso decidam aderir aos novos partidos em formação, seus respectivos tempos de TV e rádio, bem como suas cotas de Fundo partidário, já é suficientemente forte para dissuadir as mobilizações políticas nesse sentido e, assim, esmagar as minorias políticas que procuram organizar-se como alternativa eleitoral.

Isso tudo deve ser entendido tendo-se em mira que todo o processo de constituição dos novos partidos e de adesão de novos parlamentares deverá estar concluído até o início do mês de outubro do corrente ano, em razão do princípio da anterioridade eleitoral e dos prazos fixados pela legislação e pela justiça especializada.

Por todas essas razões, a decisão desta Suprema Corte, confirmando a liminar neste mandado de segurança, antes de significar ingerência indevida na atuação do Poder Legislativo, representa imprescindível caráter de proteção da regularidade do processo democrático, do direito fundamental de participação política e de criação de legendas, de proteção das minorias face ao poder das majorias políticas e da preservação da igualdade de chances, essencial em democracias .

e) O PLC 14/2013 em face dos princípios da igualdade e da segurança jurídica e a ofensa à jurisprudência do STF

Além de todas as considerações anteriores, é importante salientar que o tema não é novo nesta Corte. No julgamento das ADIs 1351 e 1354, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ 30.3.2007, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade de lei que visava a restringir o funcionamento parlamentar, por meio da adoção de uma cláusula de desempenho, bem como da **redução do tempo de propaganda partidária gratuita e da participação no rateio do Fundo Partidário**. O acórdão das referidas ações diretas de inconstitucionalidade, julgadas em conjunto, restou assim ementado:

“PARTIDO POLÍTICO – FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR – PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA – FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário.

NORMATIZAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE – VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional”.

Nesse julgamento, mencionei, em *obiter dictum*, que o sistema político brasileiro passava por uma crise e que a intensa migração de parlamentares de uma legenda para outra estava a merecer maior atenção, uma vez que poderia significar afronta à vontade do eleitor.

Em momento posterior, o Supremo Tribunal afirmou que a fidelidade partidária decorria do sistema eleitoral adotado, bem como de outras regras e princípios constitucionais (confirmam-se os Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, de relatoria dos ministros Eros Grau, Celso de Mello e Cármen Lúcia, respectivamente).

No julgamento dos referidos mandados de segurança, salientei que a fidelidade partidária condicionava o processo democrático, ao impor normas de preservação dos vínculos políticos e ideológicos entre eleitores, eleitos e partidos. Nesse sentido, o “transfuguismo” partidário excessivo que se estava a vivenciar contaminava todo o processo democrático, gerando repercussões negativas sobre o funcionamento parlamentar dos partidos.

Ao assentar a necessidade de se observar a fidelidade partidária, a Corte delegou ao Tribunal Superior Eleitoral a edição de Resolução que regulamentasse todos os aspectos decorrentes de sua decisão. Verifique-se trecho da ementa do julgado do MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau:

“(...) O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral”.

A proibição do “troca-troca” partidário não representou, por óbvio, a asfixia da liberdade de criação de partidos políticos, garantida pelo art. 17 da Constituição Federal, tampouco a vedação do acesso de novos partidos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, *in 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 humanas e observados os seguintes preceitos:

(...)

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

Justamente nesse contexto, o STF, ao interpretar os dispositivos transcritos, em Sessão Plenária realizada em 29.6.2012, julgou a ADI 4.430, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, e concedeu interpretação conforme à Constituição ao inciso II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização das últimas eleições gerais 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.

Essa interpretação foi observada pelo sistema político nas últimas eleições municipais e, portanto, abarcou os atores políticos aos quais foi aplicada até o momento. O PLC 14/2013 afronta diretamente a

interpretação constitucional veiculada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli, a qual resultou de gradual evolução da jurisprudência da Corte, conforme demonstrado.

A interpretação conferida pelo Tribunal ao art. 47, § 2º, inciso II, da Lei 9.504/97, visou tutelar o pluripartidarismo, direito constitucional afirmado e consubstanciado na livre criação de partidos, e a centralidade que os partidos exercem no sistema dos direitos políticos positivado pela constituição de 1988, no qual são imprescindíveis para a plena realização da cidadania, visto que condicionam o direito de participação política.

O PLC 14/2013 pretende, em verdade, rever a decisão da ADI 4.430. Segundo o referido projeto de lei, as redações do art. 29, § 6º e do art. 41-A, da Lei 9.096/95 passariam a ser as seguintes:

“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% (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.”
(grifei)

Não há a menor dúvida de que esse projeto de lei introduz em seus dispositivos normas de caráter interpretativo, que buscam afastar a interpretação conferida a tal matéria por esta Corte, no julgamento da ADI 4.430. Ou seja, nessa ação direta **o Supremo interpretou a**

Constituição para entender que o pluripartidarismo e a livre criação de legendas são direitos políticos fundamentais (cláusulas pétreas) que impedem a proibição da transferência, em conjunto com os parlamentares que deixarem suas legendas para criarem novas agremiações, de seus respectivos tempos de rádio e TV e cotas do Fundo partidário. E o PLC 14/2013 pretende dispor em sentido diametralmente oposto.

Ressalvando que fiquei vencido na espécie, cumpre notar que esta Corte já decidiu ser inconstitucional a lei que possua como objetivo imediato rever interpretação constitucional previamente declarada pelo Supremo (ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006). O Min. Sepúlveda Pertence aduziu em seu voto que muito embora o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações de controle abstrato de normas não abarque o Poder Legislativo, a este não é dado aprovar lei que se destine a conferir à Constituição exegese imediatamente oposta àquela exarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante de tal jurisprudência, é extremamente provável que o PLC 14/2013, caso fosse aprovado em sua versão atual, viria a ser declarado inconstitucional por esta Corte.

Há ainda elementos graves a serem considerados. Nas presentes circunstâncias e ante a referida decisão desta Corte na ADI 4.430, a aprovação do PLC 14/2013 implicaria uma de duas alternativas, ambas ofensivas a direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal de 1988: **(i) ou representaria grave violação ao princípio da igualdade de chances; ou (ii) significaria ofensa frontal ao princípio da segurança jurídica, considerado em sua acepção especial de proteção à confiança legítima. E até mesmo ambas.**

Não tenho dúvida em afirmar que a decisão deste Tribunal, tomada há menos de um ano, na ADI 4.430, de relatoria do Min. Dias Toffoli, significou um sinal verde para que os parlamentares pudessem deixar seus partidos, para criar novas legendas, portando seus respectivos tempos de rádio e TV e cotas do Fundo Partidário. No momento em que foi adotada, a decisão, sem dúvida, beneficiou a alguns parlamentares e a

algumas novas agremiações partidárias (a exemplo do Partido Ecológico Nacional – PEN e do Partido Social Democrático – PSD), pois permitiu que tais legendas se tornassem viáveis, política e eleitoralmente.

Conforme exposto acima, **não se pode permitir, em uma democracia saudável, que atores e partidos políticos sejam tratados de forma desigual pelo legislador, impondo ônus a determinados grupos que não foram impostos a outros, sobretudo durante o curso de uma mesma legislatura.**

Sempre que o Poder Legislativo, no afã do cumprimento da vontade de uma maioria ocasional, violar as regras que devem nortear a concorrência democrática leal, igualitária e justa, sufocando os direitos e mobilizações das minorias, a precípua função da jurisdição constitucional será a de afastar qualquer constrangimento imposto pelo legislador à lisura e à regularidade do processo democrático. É exatamente isso que se faz presente neste caso.

Mas essa violação ao princípio da isonomia e da igualdade de chances, que configurou o foco dos debates do presente mandado de segurança, sempre indicada não apenas pelo impetrante, mas também pelas manifestações dos *amici curiae* e do Procurador-Geral da República, não é a única leitura possível do PLC 14/2013.

O que pretendo demonstrar é que a interpretação direta do texto do projeto de lei em questão não revela simples ofensa à isonomia e ao princípio da igualdade de chances, mas evidencia uma grave ofensa à segurança jurídica, na acepção da proteção à confiança legítima.

Isso porque a decisão do Supremo na ADI 4.430, que garantiu aos congressistas que deixaram suas agremiações para se integrarem a novos partidos que levassem consigo seus respectivos tempos de rádio e TV e suas cotas do Fundo Partidário, foi aplicada nas eleições municipais de 2012 e serve de base para a distribuição mensal das verbas do referido fundo neste ano.

O PLC 14/2013, no entanto, visa a impedir essa aderência aos parlamentares dessas prerrogativas da representação e remete a distribuição do tempo de rádio e TV e das cotas do fundo partidário a

critérios fixados pelo resultado das últimas eleições para a *Câmara dos Deputados*, ocorridas em 2010, quando ainda não existiam nem a Rede Sustentabilidade, nem o Partido Solidariedade, tampouco o Partido Ecológico Nacional – PEN e o Partido Social Democrático – PSD. **Ressalte-se que o PSD conta com 46 (quarenta e seis) deputados federais, constituindo a quarta maior bancada da Casa Legislativa, atrás apenas do PMDB do PT e do PSDB, que possui 49 deputados, apenas três a mais.**

Isso significa que todos esses partidos, por não terem participado das eleições de 2010, apenas terão direitos às cotas mínimas de rádio e TV e do Fundo Partidário, sempre restringidas ainda mais pelo projeto em exame, o que **surprenderia os parlamentares que migraram para essas legendas (PSD e PEN, especialmente), antes do advento da nova lei, caso seja aprovado o PLC 14/2013, em sua versão atual.**

Evidentemente que isto ofenderia a segurança jurídica, bem como a confiança legítima dos parlamentares e dos partidos envolvidos, os quais tomaram suas respectivas decisões políticas resguardados por interpretação constitucional emanada desta Corte, no julgamento da ADI 4.430.

Basta que se confira, na parte que interessa, o teor do PLC 14/2013, na forma como se encaminhava a sua aprovação no Senado da República quando concedi a liminar no presente feito. Segundo o projeto, as redações do art. 29, § 6º e do art. 41-A, da Lei 9.096/95 passariam a ser as seguintes:

“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% (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.”
(grifei)

Pela simples leitura dos dispositivos fica claro que o critério adotado pelo PLC 14/2013 para a distribuição do tempo de rádio e TV e das cotas do Fundo Partidário é o resultado da última eleição para a Câmara dos Deputados, ocorrida em 2010. Sendo assim, mesmo partidos como o PSD e o PEN, já criados e que receberam parlamentares de outras legendas no curso da presente legislatura, apenas teriam acesso às cotas mínimas do Fundo Partidário.

No que diz respeito ao tempo de rádio e TV, haveria a agravante de que os respectivos tempos mínimos distribuídos igualmente, pela redação do projeto, passariam a ser de 1/9 (um nono) e não de 1/3 um terço, como prevê a legislação atual. Confira-se:

“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 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 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". (grifei)

Note-se que, além da restrição absolutamente exagerada das cotas distribuídas igualitariamente, **o projeto (vide § 7º supra) cria um novo e verdadeiro regime jurídico acerca do tema e, nesse sentido, aplica-se indistintamente a todos os partidos para as próximas eleições gerais a ocorrerem em 2014.**

Ao criar um verdadeiro Estatuto, o qual dispõe que as cotas do Fundo Partidário, bem como os tempos de rádio e TV proporcionais terão como marco para a definição de sua distribuição o resultado das últimas eleições (2010) para a Câmara dos Deputados, o projeto tem o condão de:

(i) desmobilizar as forças políticas que se reúnem para a formação de novos partidos (**viola a isonomia e a igualdade de chances**);

(ii) **afigurar-se ofensivo à segurança jurídica, ao quebrar a confiança legítima dos parlamentares** que fundaram anteriormente, mas nesta mesma legislatura, novas legendas;

(iii) e, além disso, **afronta diretamente a decisão desta Corte na ADI 4.430**, na qual se deu interpretação conforme ao § 3º do art. 47 da Lei 9.504/1997, para se fixar que ele não se aplicaria aos novos partidos, criados após as últimas eleições (2010).

Na prática, isso quer dizer que todos os partidos e congressistas confiaram em um regime jurídico que seria afastado pela aprovação do projeto em tela, o que representaria grave violação ao princípio da proteção à confiança, que decorre diretamente do princípio da segurança jurídica.

Sendo certo que esses e outros partidos já receberam e continuam a perceber as cotas do Fundo Partidário com base em suas atuais bancadas, a aprovação do projeto em exame ainda significaria a necessidade de rever a distribuição do Fundo e, eventualmente, de devolver valores

recebidos indevidamente.

Ante todas essas considerações, o que salta claro aos olhos é que, por uma interpretação imediata, o PLC 14/2013 visa a superar o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.430 e, nesse sentido, obviamente significa violação ao princípio da confiança legítima dos parlamentares e partidos que acreditaram que os critérios referidos na decisão prevaleceriam nas eleições gerais de 2014 e, firmes nessa crença, adotaram suas respectivas estratégias políticas.

Por outro lado, caso se pretenda interpretar a proposição de modo a resguardar a segurança jurídica e proteger a confiança dispensada pelos parlamentares que migraram, por exemplo, para o PSD e para o PEN, o que restaria seria um projeto frontalmente violador do princípio da isonomia, em sua acepção da igualdade de chances no processo político-democrático, pois trata de modo desigual atores políticos e parlamentares eleitos legitimamente para uma mesma legislatura.

Nesse sentido, o projeto revela-se, também, ofensivo aos direitos das minorias parlamentares, pois a sua simples tramitação tem o condão de desestimular a mobilização política visando à criação de novas legendas, cujo prazo final é outubro deste ano, o que inviabilizaria a constituição de partidos eleitoralmente competitivos para o pleito de 2014.

Desse modo, se o país pretende construir uma democracia sólida e saudável, precisa cultivar a regularidade e a lisura do processo democrático, bem como a lealdade da concorrência democrática pelo poder, a qual, se e quando violada, deverá contar com a intervenção desta Suprema Corte para a restabelecer. Essa é precisamente a hipótese desses autos.

Isso porque a simples tramitação do projeto de lei em exame, consoante demonstrei, tem o condão de violar cláusulas pétreas da Constituição de 1988, todas intrinsecamente ligadas ao direito fundamental de participação política, tão caro às democracias.

f) Diálogo institucional e a construção de soluções constitucionais

É preciso explicitar, ainda, que esta Corte não interveio indevidamente nas atividades do Congresso Nacional e não tem a pretensão de fazê-lo. Ao cuidar de assuntos caros ao próprio exercício da democracia, é importante deixar claro que os órgãos e poderes do Estado devem considerar mutuamente as suas decisões para buscar compreender as inter-relações que delas surgem.

Faço essas considerações para esclarecer que não se pretende impedir que o Congresso Nacional realize, por exemplo, uma reforma política, que vise a responder aos principais problemas enfrentados por nosso sistema, entre eles a quantidade elevada de partidos políticos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que a Corte empenha-se, regularmente, em garantir as prerrogativas do Poder Legislativo. Bons exemplos nesse sentido são as decisões desta Corte que cuidaram da disciplina das medidas provisórias. Após o entendimento que permitiu a a reedição de medida provisória que não tenha sido convertida em lei no prazo constitucionalmente estabelecido, tampouco haja sido rejeitada pelo Congresso Nacional, o abuso por parte do Executivo levou o Congresso Nacional a promulgar EC 32/2001, conferindo novo tratamento à matéria.

Mesmo após a aprovação da referida emenda constitucional, a presidência da República continuou a editar medidas provisórias em ritmo e quantidade abusivos. Isso teve o condão de trancar a pauta das Casas legislativas, em razão do disposto no § 6º do art. 62 da Constituição. Verificou-se, a partir disso, que o Presidente da República detinha um verdadeiro poder de agenda sobre a pauta das Casas do Congresso Nacional.

O Supremo, então, exarou decisões que visavam a proteger as prerrogativas do Congresso. Na ADI 4.048 MC, de minha relatoria, Plenário, DJe 22.8.2008, admitiu-se a análise excepcional da presença dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas

provisórias, bem como a aferição da natureza dos créditos que o ato legislativo visava a abrir, se verdadeiramente extraordinários ou não. Desse modo, a Corte estava a tutelar o controle congressional de sua própria pauta, bem como de suas prerrogativas. Confira-se a ementa do julgado:

“Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário. Limites constitucionais à atividade legislativa excepcional do Poder Executivo na edição de medidas provisórias.

I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes.

II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.

III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito

extraordinário seja feita apenas para atender a despesas *imprevisíveis* e *urgentes*. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de *relevância* e *urgência* (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de *imprevisibilidade* e *urgência* (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões “guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. “Guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. **A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários.**

IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008”. (grifei)

Em outro caso, o Min. Celso de Mello denegou a liminar requerida em mandado de segurança para manter em vigor interpretação do então presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, segundo a qual o trancamento de pauta, previsto no parágrafo 6º do artigo 62 do texto constitucional, apenas se refere às proposições legislativas ordinárias, cujos conteúdos, via de regra, podem ser veiculados por meio de medida

provisória.

Essa interpretação, que até o momento é chancelada pelo Supremo, mantém as pautas das Casas do Congresso livres para a votação de projetos de emendas constitucionais, leis complementares, decretos legislativos e resoluções. É importante notar que a interpretação constitucional inovadora, nesse caso, é emanada do próprio Poder Legislativo. Tal interpretação foi impugnada por parlamentares da oposição. Apesar de o Supremo Tribunal Federal ainda não haver concluído o julgamento de mérito do mandado de segurança em questão, o Min. Celso de Mello, relator do caso, indeferiu o pedido de liminar e manteve a interpretação inovadora oriunda do Congresso Nacional (MS 27.931, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 1º.4.2009.) No mérito, o ministro relator manteve seu posicionamento em prestígio da interpretação constitucional elaborada pelo Presidente da Câmara dos Deputados, todavia, o julgamento foi interrompido por pedido de vista da Min. Cármen Lúcia.

Em outra importante decisão, o Supremo defendeu as prerrogativas do Congresso Nacional. Na ADI 3.964 MC, Rel. Min. Carlos Britto, Plenário, DJe 11.4.2008, a Corte considerou que o Presidente da República não poderia revogar medida provisória e, na mesma sessão legislativa, editar uma nova MP cuidando dos mesma tema, ante a configuração de reedição, vedada pela Constituição. Confira-se a ementa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 394/07, QUE “DÁ NOVA REDAÇÃO AO § 3º DO ART. 5º DA LEI Nº 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003”. LEI QUE “DISPÕE SOBRE REGISTRO, POSSE E COMERCIALIZAÇÃO DE ARMAS DE FOGO E MUNIÇÃO, SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE ARMAS – SINARM”.

1. Num exame prefacial, tem consistência a alegação de que a MP nº 394/07 é mera reedição de parte da MP nº 379/07. Isto porque a mais recente incorpora temas da mais antiga, sem o aporte de modificações substanciais. São os temas: a) da prorrogação do prazo para renovação de registros de

propriedade de armas de fogo, expedidos pelos órgãos estaduais; b) da fixação dos valores das taxas a recolher em caso de registro de armas, renovação do certificado de registro, expedição de porte da arma, etc.

2. Impossibilidade de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória revogada. Tese contrária importaria violação do princípio da Separação de Poderes, na medida em que o Presidente da República passaria, com tais expedientes revocatório-reedicionais de medidas provisórias, a organizar e operacionalizar a pauta dos trabalhos legislativos. Pauta que se inscreve no âmbito do funcionamento da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e, por isso mesmo, matéria de competência privativa dessas duas Casas Legislativas (inciso IV do art. 51 e inciso XIII do art. 52, ambos da CF/88).

3. De outra parte, o ato de revogação pura e simples de u'a medida provisória outra coisa não é senão uma auto-rejeição; ou seja, o autor da medida a se antecipar a qualquer deliberação legislativa para proclamar, ele mesmo (Poder Executivo), que sua obra normativa já não tem serventia. Logo, reeditá-la significaria artificializar os requisitos constitucionais de urgência e relevância, já categoricamente desmentidos pela revogação em si.

4. Medida liminar deferida para suspender a eficácia da MP nº 397/07 até o julgamento de mérito desta ação direta de inconstitucionalidade". (grifei)

Na ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 27.6.2012, a Corte deliberou no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade das medidas provisórias que, da data do julgamento em diante, não tramitassem e recebessem parecer da Comissão Mista a que faz referência o art. 62, § 9º, da Constituição. Há diversos outros precedentes reveladores da atenção e reverência desta Corte às prerrogativas do Poder Legislativo, de modo que não se deve falar, de forma alguma, em atrito entre os poderes Judiciário e Legislativo.

No caso em apreço, deve-se atentar para o fato de que ao aprovar legislação que incida sobre o processo democrático, o Parlamento deve voltar sua atenção para as manifestações prévias que conformaram esse mesmo processo. No presente caso, há menos de um ano (29.6.2012) o Supremo Tribunal Federal decidiu a ADI 4.430, de relatoria do Min. Dias Toffoli, na qual ficou fixado o direito de os parlamentares levarem às novas legendas os seus respectivos tempos de rádio e TV, bem como suas cotas do Fundo Partidário.

Como é de se esperar, essa decisão surtiu efeitos e o ambiente político, com todos os seus atores, a levou em consideração na tomada de uma série de decisões diretamente relacionadas aos direitos de participação. Desse modo, qualquer alteração legislativa posterior precisa considerar os impactos dessa decisão sobre a atividade político-eleitoral dos parlamentares, sob pena de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, conforme demonstrei aqui.

Um saudável relacionamento entre os poderes precisa trabalhar com a hipótese de que novas conformações de matérias previamente decididas podem representar aperfeiçoamento institucional, e não simplesmente afronta a decisões oriundas de outro Poder.

Sinto-me particularmente confortável em fazer essa afirmação porque fiquei vencido no julgamento da ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 19.12.2006, oportunidade em que o STF afirmou ser inconstitucional a legislação cujo objetivo imediato seja superar prévia interpretação constitucional da Corte, como ocorre no caso em exame. Confira-se trecho da ementa desse julgado:

“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 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.

5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa”. (grifei)

Durante os debates, no julgamento da ADI 2.797, afirmei meu posicionamento contrário ao do relator, defendendo que o Poder Legislativo também é legítimo intérprete da Constituição e sempre que aprova leis está a interpretar a Carta de 1988. Por essa razão, defendi que a nova lei, contrária a entendimento prévio da Corte, deve ser objeto de novo exame de fundo pelo Supremo, o qual poderá sensibilizar-se com as razões do legislador e evoluir em sua orientação.

Na oportunidade, ao mencionar que a interpretação constitucional está aberta aos diversos atores sociais, em especial ao legislador, que é quem dispõe da mais ampla liberdade de conformação na atividade de concretização da Constituição, afirmei que *“não é possível presumir a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo*

completamente diverso, o diálogo, o debate institucional deve continuar”.

Apesar de ter ficado vencido, penso poder afirmar que uma decisão do Supremo Tribunal Federal não deve representar o fim do debate sobre dada matéria, tampouco deve impedir uma reforma no sistema político nacional. De modo que o Congresso Nacional pode levar a efeito sua interpretação, desde que respeite os direitos fundamentais envolvidos, conforme dele exige o art. 60, § 4º, da CF/88.

Assim, ainda que o Poder Legislativo decida legislar no sentido de impor restrições mais severas ao funcionamento dos partidos políticos e à distribuição dos direitos inerentes às suas atividades, tal disciplina não pode vir à luz de forma casuística, atingindo de modo desigual a atores políticos em situação semelhante. Mormente quando afetar parlamentares legitimamente eleitos, no curso de uma mesma legislatura, e em afronta à segurança jurídica.

Ao discorrer sobre os modelos de parceria e majoritário de democracia, Ronald Dworkin alerta sobre os riscos inerentes aos modelos majoritários, como o vigente no Brasil. Nas palavras do autor:

“A concepção de parceria da democracia é diferente: afirma que o conceito de governo democrático significa um governo não pela maioria das pessoas que exercem autoridade sobre todas as pessoas, mas pelas pessoas, que agem como um todo enquanto parceiras. Esta deve ser, certamente, uma parceria que se divide em relação à política, uma vez que a unanimidade é rara nas comunidades políticas, sejam quais forem as suas dimensões. **No entanto, pode ser uma parceria, se os membros admitirem que, na política, têm que agir com respeito e preocupação iguais por todos os outros parceiros. Ou seja, pode ser uma parceria se todos respeitarem as condições de legitimidade** que discutimos nos Capítulos 14 e 15 – se cada pessoa aceitar a obrigação não só de obedecer à lei da comunidade, mas também de tentar tornar a lei consistente com a sua compreensão de boa-fé daquilo que é exigido pela dignidade de cada cidadão.

(...) **A concepção de parceria liga a democracia às condições substantivas da legitimidade. Dado que a legitimidade é uma questão de grau, o mesmo acontece, segundo esta concepção, com a democracia.** É um ideal pelo qual algumas comunidades políticas lutam, algumas com mais êxito do que outras. No entanto, a concepção de parceria, pelo menos, faz do governo democrático um ideal inteligível. A concepção maioritária – a meu ver – não faz isso, porque nada descreve que possa ser visto como um governo democrático exercido por membros de uma minoria política. Ou até por membros de uma maioria.

O contraste profundo entre as duas concepções é claramente ilustrado no debate (principalmente nos Estados Unidos) sobre a compatibilidade entre democracia e escrutínio judicial. A concepção maioritária não descarta automaticamente um sistema político que atribua aos juízes um poder de impor uma Constituição ao declararem uma legislação nula e inválida. **Alguns juristas habilidosos e filósofos afirmaram que o escrutínio judicial, adequadamente concebido e limitado, pode servir a concepção maioritária, tornando mais provável que a legislação reflita a opinião estabelecida pela maioria das pessoas.** John Hart Ely afirmou, por exemplo, que os juízes devem proteger o poder do povo, salvaguardando a liberdade de expressão e de imprensa dos políticos ansiosos por esconderem a sua corrupção ou estupidez, e Janos Kis, na mesma esteira, disse que os juízes podem proteger as pessoas dos governantes que ficam menos entusiasmados com a maioria quando esta constitui uma ameaça para a manutenção do seu poder.

(...)

No entanto, na concepção de parceria, este popular argumento é claramente circular. Pressupõe que uma maioria política tem autoridade moral para decidir questões controversas para todos; mas, nesta concepção, uma maioria só tem autoridade moral para decidir alguma coisa, se as instituições através das quais governa forem suficientemente

legítimas. O escrutínio judicial é uma estratégia possível (e sublinho o fato de ser apenas uma possível) para reforçar a legitimidade de um governo – para proteger a independência ética de uma minoria, por exemplo – e, desse modo, reforçar o direito moral de uma minoria para impor a sua vontade em relação a outras questões. (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 392-393)

Essas colocações permitem entrever que em uma concepção majoritária de democracia, as regras que regem o processo democrático-eleitoral devem ser previsíveis e justas, de modo a viabilizar que a minoria de hoje possa transformar-se em maioria no dia seguinte. Sem isso, minam-se as próprias condições de legitimidade do regime democrático.

E cumpre alertar, seguindo as observações de Dworkin, que o Poder Judiciário pode ser manipulado em função dos interesses políticos de grupos políticos específicos. Desse modo, ainda que uma maioria no Congresso Nacional acredite estar absolutamente equivocada a interpretação constitucional proferida por esta Corte na ADI 4.430, uma nova conformação legislativa da matéria não pode simplesmente ignorar que tal decisão impactou o sistema político e preordenou comportamentos de atores e partidos sobre os quais impactou.

Muito menos poderia, em matéria estreitamente ligada ao processo democrático, fazer tramitar proposição cujo resultado prático é o de desestimular mobilizações políticas visando a criação de novas legendas, em desrespeito ao princípio da isonomia, da igualdade de chances, da segurança jurídica e visando a atingir destinatários certos, **nesta legislatura.**

Uma vez que a interpretação constitucional desta Corte impactou atores e partidos políticos nesta legislatura, a segurança jurídica e a isonomia exigem que qualquer nova conformação jurisprudencial ou legislativa da matéria somente sejam debatidas e produzam efeitos a partir, pelo menos, da próxima legislatura.

Por essa razão, a construção de soluções constitucionais em temas

tão delicados e relevantes, envolvendo o próprio processo democrático, deve levar em consideração as decisões de todos os poderes do Estado, em ambiente de verdadeiro diálogo institucional, resguardando-se, sempre, os direitos fundamentais que possam ser atingidos.

É nesse sentido, portanto, que a ordem de segurança deve ser parcialmente concedida, para declarar a inconstitucionalidade da deliberação legislativa sobre o PLC 14/2013, nos termos atuais, isto é, se aprovado para reger esta legislatura e, portanto, as eleições que ocorrerão em 2014.

CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se afirmar, com tranquilidade, que:

(i) os direitos políticos, neles contidos a livre criação de partidos em situação isonômica à dos demais atores envolvidos, o pluripartidarismo e o direito à participação política, são cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988;

(ii) o projeto de lei em exame pretendia impor interpretação constitucional diametralmente oposta à exarada pelo STF na ADI 4.430;

(iii) o projeto afigura-se casuístico, resultando no atingimento de atores políticos previamente identificáveis;

(iv) a sua aprovação significaria a introdução de odiosa discriminação política entre parlamentares em uma mesma legislatura, com nefastos efeitos para o regime democrático, ante a produção de uma desigualdade prejudicial à concorrência democrática;

(v) o projeto viola o princípio da igualdade de chances e, assim, viola o direito das minorias políticas de livremente mobilizarem-se para a criação novas legendas; e

(vi) viola a segurança jurídica, em sua expressão concernente à proteção da confiança legítima, uma vez que todo o sistema político confiava que, pelo menos nessa legislatura, isto é, nas próximas eleições

gerais, a regra seria aquela fixada pelo STF na ADI 4.430 .

Isso tudo fica evidenciado pelos dados dos autos. O PL foi proposto 19.9.2012, portanto, cerca de 3 meses após a decisão da ADI 4.430 (ata de julgamento publicada em 9.8.2012). Em 16.4.2013 foi adotado, na Câmara dos Deputados, o Requerimento de Urgência, Casa em que o PL foi aprovado em 23.4.2013. Encaminhado ao Senado Federal no dia 24.4.2013, esta Casa legislativa estava em pleno procedimento de votação de requerimento de urgência para a aprovação do PL, às pressas, quando, no mesmo dia 24.4.2013, deferi a liminar no presente mandado de segurança para suspender a tramitação do projeto.

Esta urgência evidencia, a despeito de algumas alegações constantes dos autos, que a proposição deveria ser aprovada no Senado nos estritos termos em que apreciada agora por esta Corte, razão pela qual a análise insere-se com tranquilidade no âmbito de conhecimento desta Corte, com base no art. 60, § 4º, da CF/88, e na tradicional jurisprudência do STF, mencionada neste voto.

Ressalte-se que a urgência para a aprovação do referido projeto está relacionada à noticiada mobilização de setores do cenário político para a formação de novas legendas visando à participação no pleito eleitoral de 2014. Tais mobilizações, que levam tempo, devem estar concluídas antes de outubro do corrente ano, para se cumprir o princípio da anualidade eleitoral, de modo que a tramitação do PLC 14/2013, em si, já se afigurava suficientemente desmotivadora e, assim, desconstrutiva dos anseios de boa parte dos atores políticos nacionais.

Isso sobejamente revela o caráter antidemocrático, contrário aos direitos das minorias, bem como discriminatório e ofensivo ao princípio da igualdade do referido projeto, **nos termos e circunstâncias em que seria aprovado.**

Cumprido observar que o pedido do impetrante é no sentido do arquivamento definitivo do projeto de lei em exame, ante a inconstitucionalidade de sua tramitação.

MS 32033 / DF

Assim, concedo parcialmente a segurança, para reconhecer ilegitimidade do PLC 14/2013, nos termos em que aprovado pela Câmara dos Deputados, por ofensa às cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.

Em elaboração