



# Informativo TSE

Assessoria Especial (Aseesp)

Brasília, 27 de agosto a 2 de setembro de 2012 – Ano XIV – nº 23

## SUMÁRIO

SESSÃO JURISDICIONAL	2
· Concessionária de uso de bem público e fonte vedada.	
· Propaganda eleitoral antecipada e manifestação sobre continuidade de projeto de governo.	
· Garantia de veiculação de propaganda eleitoral e município sem emissora de televisão.	
· Interesse jurídico no julgamento de AIJE relativa a eleições anteriores e Lei da Ficha Limpa.	
· Inelegibilidade e rejeição de contas.	
· Bem de uso comum e estacionamento particular.	
SESSÃO ADMINISTRATIVA	5
· Partido criado após as eleições e participação no Fundo Partidário.	
PUBLICADOS NO <i>DJE</i>	6
CALENDÁRIO ELEITORAL (Próximas datas)	8
DESTAQUE	9
TEMAS ELEITORAIS DO INFORMATIVO DO STF	62
OUTRAS INFORMAÇÕES	63

**SOBRE O INFORMATIVO:** Este informativo, elaborado pela Assessoria Especial, contém resumos não oficiais de decisões do TSE pendentes de publicação e reprodução de acórdãos publicados no *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*.  
A versão eletrônica, disponível na página principal do TSE no *link* Jurisprudência - [www.tse.jus.br/internet/midia/informativo.htm](http://www.tse.jus.br/internet/midia/informativo.htm) -, permite ao usuário assistir ao julgamento dos processos pelo canal do TSE no Youtube. Nesse *link*, também é possível, mediante cadastro no sistema Push, o recebimento do informativo por *e-mail*.

---

## SESSÃO JURISDICIONAL

---

### **Concessionária de uso de bem público e fonte vedada.**

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral reafirmou jurisprudência de que o art. 24, inciso III, da Lei nº 9.504/1997, que trata de fonte vedada para doação, deve ter interpretação restritiva.

No caso, concluiu pela regularidade da doação feita a candidato ao cargo de deputado estadual por empresa produtora independente de energia elétrica que mantém contrato de concessão de uso de bem público.

Esclareceu que o dispositivo citado proíbe aos candidatos e partidos políticos receberem, direta ou indiretamente, doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, apenas proveniente de concessionário ou permissionário de serviço público.

Vencido o Ministro Marco Aurélio, que incluiu na vedação do referido art. 24 quaisquer concessionárias ou permissionárias de serviço público, entre as quais está a empresa produtora de energia elétrica que obteve concessão do poder público para explorar os recursos hídricos em proveito próprio ou de terceiro.

O Tribunal, por maioria, desproveu o agravo regimental.



[Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 148-22/MG, rel. Min. Gilson Dipp, em 28.8.2012.](#)

---

### **Propaganda eleitoral antecipada e manifestação sobre continuidade de projeto de governo.**

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral reafirmou, por maioria, jurisprudência de que configura propaganda eleitoral antecipada manifestações nas quais há menção à continuidade de projeto de governo, uma vez que haveria, nessas hipóteses, pedido implícito de voto.

Em divergência, o Ministro Dias Toffoli deu provimento ao agravo por entender que as afirmações proferidas em debate político não podem ser consideradas propaganda antecipada, sobretudo quando as manifestações dizem respeito às realizações promovidas pelo político como gestor.

Acompanharam a divergência os Ministros Gilson Dipp e Luciana Lóssio.

Nesse julgamento, o Tribunal, por maioria, desproveu o agravo regimental.



[Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 3913-24/AM, rel. Min. Nancy Andrighi, em 28.8.2012.](#)

---

### **Garantia de veiculação de propaganda eleitoral e município sem emissora de televisão.**

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, reafirmou entendimento de que a regulamentação do art. 48 da Lei nº 9.504/1997, para as eleições de 2012, seguirá a regra

que vem sendo adotada desde as eleições municipais de 1996, qual seja, a designação da emissora de televisão de maior audiência para transmissão do horário eleitoral no município com maior eleitorado do estado, e da segunda emissora de maior audiência para a transmissão no segundo maior município, e assim sucessivamente.

Na hipótese vertente, o Partido dos Trabalhadores questionou a previsão contida na Res. nº 892/2012, do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, que designa a TV Assembleia como responsável pela transmissão do horário eleitoral gratuito no Município de Contagem/MG e requereu que a designação recaísse sobre a TV Record para a transmissão da propaganda gratuita das eleições vindouras.

Este Tribunal Superior verificou que o Município de Contagem se enquadra nos requisitos previstos no art. 48 da Lei nº 9.504/1997 – não dispõe de emissora de televisão, está apto à realização de segundo turno e possui viabilidade operacional de retransmissão. Identificou, também, que o referido município é o segundo maior colégio eleitoral de Minas Gerais.

Por essa razão, determinou a designação da TV Record para a transmissão da propaganda eleitoral naquele município.

Ressaltou que a garantia ao eleitorado do amplo acesso à propaganda dos partidos e candidatos ficaria prejudicada, caso a TV Assembleia realizasse a transmissão, em razão de essa emissora ser veiculada em canal fechado.

Nesse entendimento, o Tribunal concedeu a ordem para anular a Res. nº 892/2012 do TRE/MG e determinar que outra seja expedida, designando-se a TV Record para transmitir a propaganda eleitoral gratuita no Município de Contagem/MG nas Eleições 2012.



[Mandado de Segurança nº 721-26/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, em 28.8.2012.](#)

---

### **Interesse jurídico no julgamento de AIJE relativa a eleições anteriores e Lei da Ficha Limpa.**

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, entendeu que persiste o interesse jurídico no julgamento de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) por suposto abuso de poder econômico, embora transcorridos mais de três anos desde a eleição de 2008, pois a eventual condenação poderá gerar a inelegibilidade dos agravados para as eleições futuras, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990.

Na espécie, os fatos supostamente caracterizadores do abuso de poder econômico teriam ocorrido durante as eleições de 2008, antes da entrada em vigor da LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Em razão disso, a sanção aplicável seria a prevista na redação original do inciso XIV do art. 22 da LC nº 64/1990, que estabelecia inelegibilidade de três anos, a contar das eleições em que os fatos ocorreram, prazo este que, no caso, já transcorreu.

Asseverou que o art. 1º, inciso I, alínea d, da LC nº 64/1990, com redação dada pela LC nº 135/2010, prevê a inelegibilidade daqueles que tenham sido condenados pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, por abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos oito anos seguintes.

Ressaltou que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 633703/CE, decidiu que essa causa de inelegibilidade terá aplicabilidade a partir das eleições de 2012. Assim, para o

mencionado pleito e para os subsequentes, a elegibilidade do candidato dependerá da ausência de condenação decorrente de abuso de poder político e econômico nos últimos oito anos.

O Tribunal Superior Eleitoral concluiu, portanto, que o Tribunal Regional não poderia ter extinguido a AIJE sem resolução do mérito, pois há interesse jurídico na apreciação da matéria.

Nesse entendimento, o Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso.

 [Recurso Especial Eleitoral nº 64-04/PB, rel. Min. Nancy Andrighi, em 30.8.2012.](#)

---

#### **Inelegibilidade e rejeição de contas.**

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral assentou que a rejeição de contas de candidato em razão da abertura de crédito sem orçamento ou com ausência de recursos, quando no exercício de gestão administrativa de entidade pública, só o torna inelegível se houver dolo.

A jurisprudência deste Tribunal Superior, na vigência da redação original da alínea *g* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, havia assentado que a abertura de crédito sem orçamento caracterizava irregularidade de caráter insanável, suficiente para resultar em inelegibilidade.

Entretanto, com o advento da LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que alterou o dispositivo citado, passou-se a exigir que a irregularidade insanável constitua também ato doloso de improbidade administrativa.

Na espécie vertente, não foi possível extrair da decisão do Tribunal de Contas elementos que permitissem concluir se houve dolo por parte do candidato.

Dessa forma, concluiu que não ficou caracterizada a inelegibilidade da alínea *g*, do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990.

Nesse entendimento, o Tribunal, por unanimidade, proveu o recurso.

 [Recurso Especial Eleitoral nº 233-83/PR, rel. Min. Arnaldo Versiani, em 30.8.2012.](#)

---

#### **Bem de uso comum e estacionamento particular.**

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Arnaldo Versiani, entendeu não ser possível, em recurso especial eleitoral, reavaliação do entendimento estabelecido no acórdão regional que considerou como propaganda irregular, em bem de uso comum, a afixação de placas em estacionamento do prédio alugado pela coligação da candidata.

A propaganda foi caracterizada como irregular, porque veiculada em local proibido, violando o art. 37 da Lei nº 9.504/1997 e o art. 9º da Res.-TSE nº 22.261/2006.

A candidata alegou não ter sido notificada regularmente para a retirada da propaganda irregular, visto que a determinação fora endereçada a Brasília. No ponto, este Tribunal Superior entendeu que a notificação, realizada por *fac-símile*, no telefone indicado pela candidata no pedido de

registro, em Brasília/DF, foi válida, pois atendeu a uma informação da própria candidata, cuja indicação poderia ser de sua conveniência.

Vencido o Ministro Gilson Dipp, relator originário, que entendeu ser possível a avaliação jurídica da prova, cuja descrição não constava do acórdão regional, para decidir pela legalidade da propaganda realizada no estacionamento de propriedade particular que, para o ministro, não caracteriza bem de uso comum por não ser espaço para o trânsito de pessoas.

Acompanhou o relator o Ministro Dias Toffoli.

Nesse julgamento, o Tribunal, por maioria, proveu o recurso.



[Recurso Especial Eleitoral nº 28.530/MA, redator para o acórdão Min. Arnaldo Versiani, em 28.8.2012.](#)

---

## SESSÃO ADMINISTRATIVA

---

### **Partido criado após as eleições e participação no Fundo Partidário.**

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, nos termos do voto da ministra relatora, decidiu que a participação do Partido Social Democrático (PSD) no rateio de 95% do Fundo Partidário terá por base os votos dados aos candidatos, eleitos ou não, que, concorrendo para a Câmara Federal no pleito de 2010 por outra agremiação, tenham mudado de partido diretamente para a nova legenda, no prazo de 30 dias do registro no Tribunal Superior Eleitoral.

Assegurou, nos termos do art. 41-A da Lei nº 9.096, a participação na divisão dos 95% dos recursos do Fundo Partidário, a partir do julgamento realizado no dia 29.6.2012, ou seja, a partir do mês de julho de 2012.

Reconheceu a urgência do partido em receber as verbas do Fundo Partidário, para uso nas campanhas eleitorais, autorizado pelo art. 44, inciso III, da Lei nº 9.096/1995.

A Ministra Luciana Lóssio, relatora, esclareceu que a hipótese vertente relaciona-se com o PA nº 655-46, da relatoria do Ministro Arnaldo Versiani, julgado em 21.8.2012, no qual foi deferida a participação do PSD na propaganda eleitoral gratuita.

Este Tribunal Superior determinou, ainda, que o próximo repasse do Fundo Partidário ao PSD seja realizado no dia 20 de setembro, data da transferência de recursos para todos os partidos, independentemente da publicação. Devem ser considerados os valores referentes aos meses de julho e agosto e, conseqüentemente, deverá ser compensada a quantia paga a maior para os demais partidos nesse período.

Vencido o Ministro Arnaldo Versiani, que afirmou que a distribuição do Fundo Partidário ocorre de forma definitiva, não cabendo compensação nem redistribuição. O ministro divergiu, também, no tocante à execução retroativa do julgado, entendendo ser necessário aguardar a publicação.

Nesse julgamento, o Tribunal deferiu o pedido, nos termos do voto da Ministra Luciana Lóssio.



[Petição nº 1747-93/DF, rel. Min. Marcelo Ribeiro, em 28.8.2012.](#)

Sessão	Ordinária	Julgados
Jurisdicional	28.8.2012	10
	30.8.2012	42
Administrativa	28.8.2012	4
	30.8.2012	6

---

## PUBLICADOS NO *DJE*

---

### **Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 1821-50/ES**

**Relator: Ministro Arnaldo Versiani**

**Ementa:** Ação cautelar. Registro. Recurso extraordinário pendente.

1. Negou-se seguimento ao Recurso Especial nº 33.845, correlato à presente cautelar, ao fundamento de que “não havendo decisão do órgão competente, qual seja, a Câmara Municipal de Atilio Vivacqua/ES, rejeitando as contas anuais do candidato como prefeito do município, não incide, no caso, a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90”.

2. Tendo em vista que a questão está submetida ao Supremo Tribunal Federal e que o recurso extraordinário do autor está sobrestado, em decorrência do reconhecimento de repercussão geral sobre o tema nele versado, revela-se incabível, em ação cautelar dirigida a este Tribunal, pretender o afastamento do réu do cargo de prefeito, porquanto tal providência consubstancia indevida antecipação dos efeitos de tutela no que tange à impugnação de pedido de registro, cujo deferimento foi mantido nesta instância especial.

Agravo regimental não provido.

**DJE de 31.8.2012.**

### **Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 36.999/CE**

**Relator: Ministro Marco Aurélio**

**Ementa:** RECURSO ESPECIAL – MATÉRIA FÁTICA. Tendo em conta possuir o recurso especial natureza extraordinária, o julgamento ocorre a partir das premissas fáticas constantes do acórdão impugnado, sendo defeso substituí-las.

PROPAGANDA – PRÉVIO CONHECIMENTO – CARACTERIZAÇÃO – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. A conclusão sobre o prévio conhecimento do beneficiário da propaganda eleitoral pode decorrer das peculiaridades do caso.

PROPAGANDA VEICULADA EM BEM PARTICULAR – AFASTAMENTO DA MULTA ANTE A REGULARIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. Firme é a jurisprudência no sentido de não se aplicar o contido no parágrafo 1º do artigo 37 da Lei nº 9.504/1997 – no que prevê a imposição de multa se, após a notificação, for retirada a propaganda veiculada em bem público – quando se tratar de bens particulares.

**DJE de 31.8.2012.**

**Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 38572-78/SP**

**Relator: Ministro Dias Toffoli**

**Ementa:** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2008. REPRESENTAÇÃO. ART. 30-A DA LEI Nº 9.504/97. AJUIZAMENTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.034/2009. PRAZO. 180 DIAS CONTADOS DA DIPLOMAÇÃO. OMISSÃO. AUSÊNCIA. REJEIÇÃO.

1. Conforme diretriz jurisprudencial firmada por esta Corte, o prazo para a propositura de ações com fundamento no art. 30-A da Lei nº 9.504/97, antes da modificação promovida pela Lei nº 12.034/2009, é de 180 (cento e oitenta) dias, contados da diplomação do candidato.

2. Dirimida a controvérsia de forma fundamentada, a falta de menção expressa a todos os questionamentos suscitados pela parte não configura omissão.

3. Embargos rejeitados, com a ressalva de entendimento do Relator.

**DJE de 28.8.2012.**

**Embargos de Declaração na Lista Tríplice nº 1784-23/SC**

**Relator: Ministro Arnaldo Versiani**

**Ementa:** Lista tríplice. Pedido de reconsideração e embargos de declaração.

1. Atendidos os requisitos por um dos advogados indicados, pois, diante das particularidades do caso, não se vislumbra gravidade a inviabilizar que ele figure na lista tríplice, deve ser mantido o seu nome.

2. Recebem-se como pedido de reconsideração os embargos de declaração opostos por outro dos advogados indicados, por se cuidar de matéria administrativa.

3. A existência de feitos cíveis em andamento contra o indicado implica o retorno dos autos ao Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina para a respectiva substituição.

Pedido de reconsideração acolhido e embargos de declaração recebidos como pedido de reconsideração, mas indeferido.

**DJE de 31.8.2012.**

**Noticiado no Informativo nº 22/2012.**

**Habeas Corpus nº 697-32/SP**

**Relator: Ministro Gilson Dipp**

**Ementa:** *HABEAS CORPUS*. ANULAÇÃO. DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRE QUE JULGOU PREJUDICADOS OS EMBARGOS INFRINGENTES. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. *Habeas corpus* contra decisão do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral que, nos autos de recurso criminal, considerou prejudicados os embargos infringentes ao fundamento de que fora interposto recurso especial e realizado o juízo de admissibilidade, esgotando-se, assim, a jurisdição daquela Corte Regional. Direito do paciente de ver julgado seu recurso interposto tempestivamente.

2. No âmbito do processo penal em geral, são cabíveis embargos infringentes e de nulidade (art. 609, parágrafo único, do CPP) quando não unânime a decisão de segunda instância desfavorável ao réu, ficando restritos à matéria objeto da divergência. Precedente.

3. Mesmo reconhecida a extinção da pretensão executória da pena, remanesce ao paciente direito a pretender a absolvição, sendo para isso adequadamente admissível o *habeas corpus*.

4. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que “[...] O *habeas corpus* contra decisão com trânsito em julgado é cabível apenas em hipóteses excepcionais, desde que haja flagrante ilegalidade. Precedentes. [...]” (HC nº 690-40/RS, Relª Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, julgado em 21.6.2011, *DJe* 26.8.2011).

5. Passados mais de quatro anos da sentença condenatória, última causa interruptiva, impõe-se o reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade pela prescrição superveniente da pretensão punitiva do Estado.

6. Ordem concedida de ofício.

**DJE de 31.8.2012.**

**Noticiado no Informativo nº 20/2012.**

**Petição nº 214-65/DF**

**Relator: Ministro Gilson Dipp**

**Ementa:** REQUERIMENTO. PARTIDO POLÍTICO. PROVIDÊNCIAS. REGISTRO CIVIL. INSCRIÇÃO. CNPJ. ÓRGÃOS PARTIDÁRIOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. AUSÊNCIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ELEITORAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Justiça Eleitoral não detém competência para dirimir dúvidas ou impor gestões ante as diretrizes e exigências impostas por Cartórios de Registro Civil e pela Secretaria da Receita Federal para viabilizar o registro dos diretórios partidários estaduais e municipais (art. 30, XIII, da Lei nº 8.935/94 e art. 109, I, da Constituição Federal).

2. Pedidos não conhecidos.

**DJE de 28.8.2012.**

**Noticiado no informativo nº 21/2012.**

**Acórdãos publicados no DJE: 40.**

**Resolução publicada no DJE: 1.**

---

## CALENDÁRIO ELEITORAL

(Próximas datas)

---

### SETEMBRO – SEXTA-FEIRA, 7.9.2012

- a. Último dia para entrega dos títulos eleitorais resultantes dos pedidos de inscrição ou de transferência (Código Eleitoral, art. 69, caput).
- b. Último dia para o Juízo Eleitoral comunicar ao Tribunal Regional Eleitoral os nomes dos escrutinadores e dos componentes da Junta Eleitoral nomeados e publicar, mediante edital, a composição do órgão (Código Eleitoral, art. 39).
- c. Último dia para a instalação da Comissão Especial de Transporte e Alimentação (Lei nº 6.091/74, art. 14).
- d. Último dia para a requisição de veículos e embarcações aos órgãos ou unidades do serviço público para o primeiro e eventual segundo turnos de votação (Lei nº 6.091/74, art. 3º, § 2º).
- e. Último dia para os Tribunais Regionais Eleitorais designarem, em sessão pública, a comissão de auditoria para verificação do funcionamento das urnas eletrônicas, por meio de votação paralela (Resolução nº 21.127/2002 e Resolução nº 23.205/2010, art. 47).
- f. Último dia de publicação, pelo Juiz Eleitoral, para uso na votação e apuração, de lista organizada em ordem alfabética, formada pelo nome completo de cada candidato e pelo nome que deve constar da urna eletrônica, também em ordem alfabética, seguidos da respectiva legenda e número (Lei nº 9.504/97, art. 12, § 5º, I e II, Resolução nº 21.607/2004, e Resolução nº 21.650/2004).
- g. Último dia para o Tribunal Superior Eleitoral convocar os partidos políticos, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Ministério Público para a Cerimônia de Assinatura Digital e Lacração dos Sistemas a serem utilizados nas eleições de 2012.

---

### SETEMBRO – SEGUNDA-FEIRA, 10.9.2012

- a. Último dia para os partidos políticos oferecerem impugnação motivada aos nomes dos escrutinadores e aos componentes da Junta nomeados, constantes do edital publicado (Código Eleitoral, art. 39).

b. Último dia para os partidos políticos e coligações impugnarem a indicação de componente da comissão de auditoria para verificação do funcionamento das urnas eletrônicas, por meio de votação paralela, observado o prazo de 3 dias, contados da nomeação (Resolução nº 22.714/2008, art. 34 e Resolução nº 23.205/2010, art. 48).

---

**SETEMBRO – QUARTA-FEIRA, 12.9.2012**

a. Último dia para os partidos políticos, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Ministério Público indicarem à Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal Superior Eleitoral os técnicos que, como seus representantes, participarão da Cerimônia de Assinatura Digital e Lacração dos Sistemas a serem utilizados nas eleições de 2012.

---

## DESTAQUE

---

**Petição nº 1747-93/DF**

**Relator originário: Ministro Marcelo Ribeiro**

**Redator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio**

Ementa:

FUNDO PARTIDÁRIO – RATEIO – PERCENTUAL DE 95% – PARTIDO NOVO. A definição dos partidos que participam do rateio ocorre considerada a representação na Câmara dos Deputados, pouco importando a criação em data posterior às últimas eleições.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em deferir o pedido, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 29 de junho de 2012.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – REDATOR PARA O ACÓRDÃO

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhora Presidente, o Partido Social Democrata (PSD) apresentou requerimento administrativo com vistas à obtenção de acesso proporcional aos recursos do Fundo Partidário, na forma preconizada pelo art. 41-A da Lei nº 9.096/95.

Inicialmente aduziu que, após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal dos dispositivos da Lei nº 9.096/95 que impunham cláusulas de barreira ao funcionamento parlamentar, a Lei nº 11.459, de 21.3.2007, implementou novo critério de rateio do fundo partidário, que favoreceu significativamente as legendas com maior representação política na Câmara dos Deputados, sem, no entanto, cogitar o legislador do surgimento de uma nova legenda com grande representatividade, tal como o PSD.

Afirmou que o STF, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.351/DF e 1.354/DF, “decidiu que a **Constituição Federal não admite cerceamento ao funcionamento partidário em razão de votos obtidos em determinado certame**, uma vez que ressuscitaria a draconiana ‘cláusula de barreira’ introduzida no Brasil pela Carta Política de 1967 e expurgada pela redemocratização que instaurou a nova ordem constitucional” (fl. 10).

Discorreu acerca do princípio constitucional da fidelidade partidária, respaldado por esta Corte e pelo STF, no sentido de garantir a manutenção do mandato eletivo daquele que se desligar justificadamente do partido para integrar agremiação partidária diversa, especialmente no caso da criação de novo partido, como ocorreu com o PSD.

Ressaltou que tal entendimento homenageia o pluralismo político, que constitui fundamento do próprio Estado democrático brasileiro, nos termos do art. 1º, V, da Constituição Federal.

Alegou que, “uma vez autorizada a transferência do parlamentar para novo partido, não se pode retirar sua representatividade, rebaixando-o, a mandatário de segunda categoria e desvalorizando, em consequência, o voto do eleitor sufragado nas urnas. Seria como dizer ao deputado: pode ir, mas seu mandato não segue unguido da vontade do eleitor” (fl. 13).

Sustentou que a restrição do acesso de partido recém criado à parcela do fundo partidário implica cláusula de exclusão, em contrariedade ao estabelecido pela Constituição Federal e à orientação jurisprudencial firmada pelo STF.

Chamou a atenção para o fato de que o PSD surgiu e logo se colocou entre os quatro maiores partidos do país, com 2 (dois) governadores, 6 (seis) vice-governadores, 2 (dois) senadores, 52 (cinquenta e dois) deputados federais titulares, 109 (cento e nove) deputados estaduais, 559 (quinhentos e cinquenta e nove) prefeitos, 391 (trezentos e noventa e um) vice-prefeitos, 5.957 (cinco mil, novecentos e cinquenta e sete) vereadores, 149.586 (cento e quarenta e nove mil, quinhentos e oitenta e seis) filiados, 4.582 (quatro mil, quinhentos e oitenta e dois) órgãos de direção municipal e 27 (vinte e sete) órgãos de direção estadual/distrital.

Informou que recebeu a quantia de R\$ 42.524,29 (quarenta e dois mil, quinhentos e vinte e quatro reais e vinte e nove centavos), referente à cota de 5% (cinco por cento) dos recursos do fundo partidário no mês de outubro de 2011, o que representa um valor absolutamente desproporcional e muito aquém do mínimo necessário para fazer frente às despesas de um partido do porte do PSD, considerados seus 4.582 órgãos de direção municipal e 27 estaduais.

Afirmou que não haverá meios de a agremiação sobreviver até 2015 com o valor acima indicado, que representa menos de 3 (três) salários mínimos por órgão de direção estadual.

Indicou nomes de 10 (dez) filiados que concorreram ao cargo de deputado federal no pleito de 2010 e obtiveram o total de 594.430 (quinhentos e noventa e quatro mil, quatrocentos e trinta) votos, mas que se posicionaram como suplentes.

Asseverou que “o quadro acima demonstra, com os poucos exemplos apresentados, uma soma **próxima de seiscentos mil votos**, os quais, com todas as *venias*, devem ser considerados em respeito à vontade do eleitorado, tal como se fez com todos os demais partidos” (fl. 18).

Afirmou que, “se foi lícito ao partido filiar 52 (cinquenta e dois) deputados federais eleitos, bem como tantos outros que, mesmo não eleitos, participaram do processo de construção da sigla, também é lícito que **carreguem consigo toda representatividade resultante da soberania popular**” (fls. 18-19).

Requeru a apuração por esta Corte dos votos obtidos pelos seus filiados que concorreram no pleito de 2010 ao cargo de deputado federal e o deferimento do acesso proporcional relativo aos 95% das cotas do fundo partidário a que se refere o art. 41-A da Lei nº 9.096/95, pela totalidade dos votos destinados aos candidatos filiados ao partido, ou, alternativamente, o acesso proporcional aos 95% das cotas do fundo partidário, com base nos 52 parlamentares filiados ao PSD, cujos mandatos significam 4.670.295 (quatro milhões, seiscentos e setenta mil, duzentos e noventa e cinco) de votos sufragados no pleito de 2010.

A Assessoria Especial da Presidência manifestou-se pela procedência dos pedidos formulados (fls. 25-36).

Em despacho de 1º.12.2011, determinei a intimação do peticionário para que apresentasse a relação dos candidatos que migraram para o partido e que concorreram ao cargo de deputado federal no pleito passado, bem como dos respectivos partidos dos quais se desfiliam, a fim de que se procedesse às respectivas intimações (fl. 39).

Às fls. 41-44, o PSD apresentou manifestação, pugnando pela intimação de todos os partidos que têm acesso à quota proporcional de 95% do fundo partidário. Pediu, ainda, a reconsideração do despacho, para que esta Corte procedesse à apuração de todos os votos obtidos pelos seus filiados no pleito de 2010 para deputado federal.

Tendo em vista as justificativas apresentadas pelo partido, bem como a viabilidade de emissão, por esta Corte, de relatório contendo os dados então requisitados à agremiação, reconsiderarei o despacho de fl. 39 e determinei o encaminhamento dos autos à Assessoria de Planejamento, Estratégia e Gestão, junto à Secretaria do Tribunal, para que informasse, em tabela atualizada similar à acostada à fl. 37, os partidos políticos eventualmente atingidos pelo recálculo das quotas do fundo partidário, caso se acolha o pedido formulado na inicial (fls. 75-76).

A Assessoria de Planejamento, Estratégia e Gestão manifestou-se às fls. 80-81, informando que, caso o requerimento do PSD seja acolhido, serão afetadas 20 (vinte) agremiações, conforme tabela anexada às fls. 82-83.

Diante das informações prestadas pelo órgão técnico desta Corte, determinei a intimação de todos os partidos indicados à fl. 82 para, querendo, se manifestarem no prazo de 3 (três) dias (fls. 85-86).

O Democratas (DEM) apresentou a impugnação de fls. 99-124, aduzindo, em síntese, que:

a) a discussão travada nas ADI's nºs 1.351 e 1.354 em nada socorre legendas partidárias recentemente criadas, como é o caso do requerente, uma vez que naqueles autos se discutiu a constitucionalidade da exclusão ao rateio de 99% (noventa e nove por cento) dos recursos do fundo partidário dos partidos que, mesmo tendo participado das eleições para a Câmara dos Deputados, não lograssem alcançar 5% (cinco por cento) dos votos válidos, considerada a votação em todo o território nacional, com no mínimo 2% (dois por cento) do total de cada um deles, o que difere da hipótese examinada;

b) tal distorção não está presente na legislação atual, que permite aos partidos participarem do rateio dos 95% (noventa e cinco por cento) dos recursos do fundo partidário, de acordo com a votação obtida na última eleição, mesmo que não tenham elegido representantes para Câmara dos Deputados;

c) o mesmo tratamento, no entanto, não pode ser conferido às agremiações que não se submeteram ao crivo da soberania popular, como no caso do PSD;

d) mesmo sendo possível a mudança de partido por justa causa, tal situação apenas assegura o exercício do mandato eletivo por aquele que se filiou a outra legenda, sendo que se houver vacância do cargo por morte, renúncia, cassação ou outras hipóteses, os votos portados pelo parlamentar “deverão retornar ao partido de origem, forçando esse r. Tribunal Superior Eleitoral a novamente refazer os cálculos do rateio do Fundo Partidário” (fl. 112);

e) o entendimento da Suprema Corte encontra respaldo nas palavras do eminente Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de que **“A justa causa para desfiliação permite que o mandato continue a ser exercido, mas não garante ao candidato, por mais famoso que ele seja, carregar ao novo partido relação que foi aferida no momento da eleição”** (fl. 113);

f) segundo o entendimento do eminente Ministro aposentado do STF, Paulo Brossard, expresso no parecer acostado às fls. 128-147 dos autos, **“conferir essa mobilidade ao voto importaria em flagrante afronta à Constituição e à lei; seria arrostar a experiência diuturna no tocante à intangibilidade do voto tal como destinado pelo eleitor”** (fl. 114);

g) a resolução que trata da fidelidade partidária não estabeleceu, nem mesmo implicitamente, que os votos seriam transferidos para o novo partido no caso de desfiliação por justa causa da legenda pela qual o candidato concorreu;

h) **“não há como tratar igualmente legendas partidárias que nunca se submeteram ao crivo do eleitor com aquelas que já participaram de eleições e receberam do eleitorado, em maior ou menor escala (mas receberam!), a aprovação de seus programas e diretrizes partidários”** (fl. 119), sob pena de grave violação ao disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal;

i) em homenagem ao princípio da soberania popular e aos postulados do sistema proporcional de eleição, não há como estender aos partidos que não participaram das eleições gerais para a Câmara dos Deputados o direito de participar do rateio dos 95% dos recursos do fundo partidário, o que importaria em violação ao direito adquirido das legendas de receberem os recursos do fundo partidário de forma proporcional ao resultado da última eleição;

j) “os partidos políticos que concorreram nas eleições de 2010, ultimados os cálculos da participação de cada agremiação, passaram planejar suas ações e a executar seus projetos políticos, de modo que uma **repentina e surpreendente revisão dos critérios de gestão do Fundo Partidário**, sem qualquer alteração legislativa do marco normativo em vigor, representa, ainda, uma irrefutável violação ao princípio da proteção da confiança” (fl. 122).

O Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB) manifestou-se às fls. 180-191, aduzindo que o pedido do partido peticionário não encontra respaldo no disposto no art. 41-A da Lei nº 9.096/95, uma vez que o PSD não tem o direito de participar do rateio dos 95% dos recursos do fundo partidário, por não haver participado da última eleição para a Câmara dos Deputados.

O Partido Popular Socialista (PPS) apresenta manifestação, defendendo o indeferimento do pedido formulado, com base em argumentos que podem ser assim resumidos (fls. 183-191):

a) é descabido e totalmente infundado o pedido de acesso proporcional ao percentual de 95% dos recursos do fundo partidário, uma vez que o partido peticionário não atende ao requisito da lei relacionado ao total de votos obtidos na última eleição para a Câmara dos Deputados;

b) a absurda tese da portabilidade de votos defendida pelo PSD recentemente sofreu duas derrotas: a primeira refere-se “à decisão monocrática do Ministro Arnaldo Versiani, nos autos da

PP nº 175.570”, e a segunda consiste na “decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, Marcos Maia, em resposta à Questão de Ordem nº 153/2012, formulada pelo líder do PSD, Deputado Guilherme Campos (SP)” (fl. 185);

c) nos autos da PP nº 1755-70, em que o PSD formulou pedido de concessão do tempo integral de 10 minutos em cadeia nacional e de mais 20 minutos de inserções para veiculação de propaganda partidária gratuita no semestre de 2012, o eminente Ministro Arnaldo Versiani indeferiu o pedido, por não ter o PSD cumprido as exigências do art. 3º, I e II, da Res.-TSE nº 20.034/97, quanto à necessidade de ter concorrido ou eleito candidatos nas eleições gerais de 2010;

d) a “Questão de Ordem nº 153/2012, apresentada pelo Líder do PSD na Câmara dos Deputados, Deputado Guilherme Campos (SP), tinha o escopo de obter o reconhecimento do *‘direito do PSD à participação em todas as comissões permanentes e temporárias da Casa, consoante o princípio da proporcionalidade partidária’*” (fl. 186), tendo sido rejeitada pelo Presidente daquela Casa Legislativa, em razão de não ter o PSD cumprido as exigências do art. 26, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que vincula a proporcionalidade partidária para fins de composição das comissões, ao resultado da última eleição<sup>1</sup>;

e) o deferimento do pedido do PSD geraria violação ao princípio da segurança jurídica, além de ser esdrúxula a concepção de que um parlamentar, ao mudar de partido, possa levar consigo a proporção do fundo partidário em relação aos votos obtidos para seu partido de origem nas últimas eleições;

f) considerado o princípio da confiança, o eventual acolhimento do pedido do PSD somente poderá ser aplicado após as eleições de 2014, tendo em vista que os partidos fizeram todo o seu planejamento financeiro tendo como parâmetro os valores do fundo partidário conquistados com o resultado obtido no último pleito eleitoral ocorrido em 2010;

g) é inconstitucional o art. 1º, § 1º, II, da Res.-TSE nº 22.610, que estabelece como justa causa para desfiliação a criação de novo partido, porquanto o partido de origem é privado daquilo que lhe pertence sem que tenha dado causa ao ato de desligamento;

h) “trata-se de mais um dado a ser sopesado no julgamento do pedido ora contestado, posto que as migrações que, na opinião do requerente, legitimaram a pretendida transferência do Fundo Partidário, foram ilegítimas e estão sendo questionadas pelo PPS” (fl. 190);

i) são irrelevantes do ponto de vista jurídico as considerações acerca do alegado prestígio do PSD, que teria conseguido mais de um milhão de apoiantes, além da filiação de diversos políticos, pois tais apoiantes não podem ser considerados votos, para fins da participação no rateio de 95% dos recursos do fundo partidário.

O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) apresentou a impugnação de fls. 214-218, na qual afirma que o pedido deduzido pelo PSD encontra óbice no disposto no art. 41-A da Lei nº 9.096/95, uma vez que os partidos que não participaram do pleito de 2010 não têm o direito de receber repasses do fundo partidário, além da divisão dos 5% (cinco por cento) a ser repartido entre todas as agremiações.

Sustenta que o acolhimento da pretensão do PSD geraria violação aos arts. 22, I, 48 da Constituição Federal, e 41-A da Lei nº 9.906/95, além de colidir frontalmente com o entendimento do STF de que o mandato pertence ao partido.

---

<sup>1</sup> Decisão na QO nº 153/2012 anexada às fls. 194-197.

Menciona a decisão proferida pelo eminente Ministro do STF, Carlos Ayres Britto, que, ao denegar o MS nº 31.184 (fls. 220-224), contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que indeferiu pedido do PSD de participar proporcionalmente das comissões daquela Casa, afirmou que o PSD não poderia se igualar às agremiações que já passaram pelo teste das urnas.

O Partido Verde (PV) manifestou-se às fls. 225-237, sustentando, em síntese, que:

a) malgrado o art. 17, §§ 1º e 3º, da Constituição Federal assegure aos partidos autonomia administrativa e o direito de acesso aos recursos do fundo partidário, a referida cláusula constitucional não é autoaplicável, pois depende do auxílio supletivo da lei para sua plena execução;

b) embora o PSD possua 52 deputados federais, não cumpriu os requisitos do art. 41-A da Lei nº 9.096/95, para ter direito ao recebimento proporcional do percentual de 95% dos recursos do fundo partidário, uma vez que não participou do pleito de 2010;

c) os políticos que migraram para o PSD não podem alegar desconhecimento de que teriam de dar sustentação econômica ao partido, sendo que, “não sofrendo – por exceção – a perda do mandato, subtrair verba do fundo partidário e tempo de televisão das legendas pelas quais foram eleitos beira apropriação indébita” (fl. 232);

d) o partido que não participou do pleito de 2010 não tem direito ao rateio de 95% dos recursos do fundo partidário, mas somente dos 5%, a teor do disposto no art. 41-A da Lei nº 9.096/95.

Na manifestação de fls. 239-240, o Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB) sustentou que o pedido do PSD não encontra respaldo no disposto no art. 41-A da Lei nº 9.096/95, que permite o recebimento proporcional de 95% dos recursos do fundo partidário somente aos partidos que participaram da última eleição geral para a Câmara dos Deputados, o que não ocorreu com o PSD.

O Partido Trabalhista do Brasil (PT do B), de igual forma, rechaçou o pedido formulado na presente petição, tendo em vista o disposto no art. 41-A da Lei nº 9.096/95 (fls. 241-242).

O Partido Progressista (PP) manifestou-se às fls. 243-253, aduzindo os seguintes argumentos:

a) na linha do disposto no art. 41-A da Lei nº 9.096/95, “a **manifestação política do eleitor em favor de um determinado candidato é sempre precedida de sua manifestação política em favor de uma dada agremiação partidária**, sendo que a filiação do parlamentar a um partido político recém-criado não legitima a participação deste no rateio dos 95% do Fundo Partidário” (fl. 246);

b) não impressiona a quantidade de parlamentares filiados ao partido requerente, porquanto o critério para que o partido seja incluído no percentual de 95% dos recursos do fundo partidário não é o número de parlamentares filiados, mas a quantidade de votos obtidos pela agremiação nas eleições para deputado federal (fl. 246);

c) a Constituição Federal estabelece que o sistema eleitoral a ser observado para a composição da Câmara dos Deputados é o proporcional, devendo a representação ser na mesma proporção da preferência do eleitorado pelos partidos políticos no momento das eleições;

d) a filiação do parlamentar a um partido político não legitima a participação deste no rateio dos 95% dos recursos do fundo partidário;

e) as decisões do STF proferidas nas ADIs nºs 1.351 e 1.354 não se assemelham à hipótese dos autos, pois, naqueles casos, foram considerados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na distribuição das cotas do fundo partidário entre as agremiações que participaram da eleição, o que não ocorre com o PSD;

f) não há relação entre a possibilidade de desfiliação por justa causa e a distribuição das cotas do fundo partidário, pois os votos dados ao parlamentar que muda de partido não o acompanham para a nova agremiação, conforme já decidiu o STF no julgamento do MS nº 27938/DF;

g) tanto o TSE quanto o STF não reconheceram o pedido ora formulado pelo requerente, no bojo do MS/STF nº 31.184, que pretendia o reconhecimento da participação do partido nas comissões da Câmara dos Deputados, e nos autos da Pet.-TSE nº 1755-70, que buscava a concessão de tempo integral da propaganda gratuita no primeiro semestre de 2012.

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) apresentou a impugnação de fls. 254-267, na qual alegou, em síntese, o seguinte:

a) o PSD não tem direito ao recebimento dos recursos do fundo partidário proporcional aos 95% garantidos aos partidos que participaram do pleito de 2010, sendo-lhe devido apenas a participação do rateio de 5%, consoante estabelece o art. 41-A da Lei nº 9.096/95;

b) não obstante a Constituição Federal assegure aos partidos o acesso aos recursos do fundo partidário, a teor do art. 3º da Carta Magna, o próprio dispositivo constitucional condiciona tal direito às regras dispostas na lei;

c) a desfiliação por justa causa não acarreta a transferência de votos para a nova agremiação;

d) “a criação de novos partidos como exceção à regra posta pelo nosso sistema de representação eleitoral – de respeito à fidelidade partidária, de respeito à vontade do eleitor que escolheu aquela ideologia representada por determinado partido –, deve ser permitida no contexto de respeito às demais regras de convivência política, como aquela insculpida no art. 41-A, da Lei nº 9.096, de 1995” (fl. 264);

e) as decisões do STF proferidas nas ADIs nºs 1.351 e 1.354 não se assemelham à hipótese dos autos, uma vez que a cláusula de barreira era aplicada a partir do desempenho dos partidos políticos nas urnas, enquanto o PSD pretende se valer do sucesso eleitoral de outro partido para retirar deste um pedaço do seu quinhão do fundo partidário;

Às fls. 268-278, o PSD, partido requerente, reiterou os argumentos expostos na inicial, para ratificar o pedido de acesso ao rateio do percentual de 95% dos recursos do fundo partidário, asseverando, em síntese, que os parlamentares que hoje ocupam os quadros da agremiação foram submetidos ao eleitorado e dele receberam a autorização para se transferir para outra legenda.

Alegou que, tendo recebido parlamentares eleitos pelo sufrágio de milhões de eleitores, não poderá sobreviver sem recursos suficientes para a manutenção de suas atividades.

Afirmou que restringir o acesso à porção proporcional do fundo partidário é medida que não se coaduna com o reconhecimento da fidelidade partidária como princípio constitucional reconhecido pelo STF.

Questionou acerca da destinação dos votos obtidos por parlamentares cujos partidos foram extintos e ressaltou o disposto no art. 17 da Constituição Federal, que permite a criação, fusão

e incorporação de partidos, cabendo à lei e ao intérprete preservar o sistema com base nos princípios constitucionais vigentes.

Pedi, ao final, a consideração de todos os argumentos apresentados para o deferimento do pedido de acesso proporcional aos 95% do fundo partidário, com base na votação nominal informada pela Assessoria de Planejamento, no total de 5.127.435 (cinco milhões, cento e vinte e sete mil e quatrocentos e trinta e cinco) votos válidos sufragados pelos eleitores no pleito de 2010 a filiados ao PSD.

Às fls. 279-280 o DEM requereu a juntada da decisão proferida pelo eminente Ministro Carlos Ayres Britto nos autos do MS nº 31.184, em trâmite perante o STF, na qual rechaçou a tese da portabilidade dos votos proporcionais pelos deputados federais que se filiaram ao requerente.

O Partido Socialista Brasileiro (PSB) manifestou-se pelo **deferimento** do pedido do PSD, sob o argumento de que a constituição do partido requerente após as eleições não lhe retira a representatividade assentada nos mandatos eletivos que passaram a integrar seu patrimônio político a partir de sua fundação, para efeito do recebimento do fundo partidário (fls. 287-289).

O Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) apresentou a impugnação de fls. 291-303, expondo argumentos no mesmo sentido das impugnações anteriores, especialmente no que se refere à necessidade de observância das regras do art. 41-A da Lei nº 9.096/95.

Argumentou, ainda, que, na linha do parecer do Dr. Paulo Brossard, Ministro aposentado do STF, o acolhimento da pretensão do PSD acarretaria até mesmo o desvirtuamento do art. 45 da Constituição Federal, que consagra a representação proporcional.

Nessa linha de raciocínio, alegou que o parlamentar pode ter sido eleito exclusivamente em decorrência dos votos recebidos pelo partido, já que, isoladamente, não poderia alcançar o quociente eleitoral, sendo que, *“mesmo nos casos em que o parlamentar tenha superado o quociente eleitoral com sua votação individual, não se poderia averiguar se, por outra legenda, recebia votação semelhante, de modo que igualmente só é parlamentar por estar vinculado ao partido que o elegeu”* (fl. 300).

O Partido Trabalhista Cristão (PTC) apresentou impugnação ao pedido do PSD, na mesma linha dos argumentos lançados pelos demais partidos impugnantes, no que se refere ao não cumprimento das exigências do art. 41-A da Lei nº 9.096/95, consignando, ainda, que a lei não pode ser interpretada de forma extensiva para proteger partido que não se submeteu ao crivo eleitoral.

Citou trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do MS nº 27.938, no qual entendeu o STF que a mudança de partido não acarreta a transferência de votos para a nova agremiação.

De acordo com tal entendimento, concluiu que, se algum parlamentar da bancada do PSD perder o mandato, os votos obtidos por ele deverão retornar ao partido de origem, sendo necessária a realização de novos cálculos do fundo partidário.

Mencionou, também, a decisão do eminente Ministro Carlos Ayres Britto no MS nº 31.184, na qual assentou que o partido que não participou de nenhuma eleição não tem o direito de integrar comissões na Câmara dos Deputados.

O Partido Humanista da Solidariedade (PHS) apresentou a impugnação de fls. 336-342, aduzindo, em síntese, que a criação de partido constitui um ato complexo, o qual deverá obedecer aos

critérios legais, devendo a agremiação passar pelo crivo do voto para ter direito a uma parcela maior do fundo partidário.

Afirmou que de todos os parlamentares atualmente filiados ao PSD, apenas um obteve os votos necessários para a obtenção do mandato, tendo todos os demais alcançado o quociente eleitoral graças ao somatório dos votos dos demais candidatos, dos partidos e das coligações. Diante desse aspecto, conferir a titularidade dos votos somente àqueles que obtiveram o mandato seria admitir que os demais candidatos, bem como os partidos, não contribuíram para o processo eleitoral.

Alegou que o deferimento do requerimento do PSD poderá ensejar pedido de revisão das quotas do fundo partidário de todas as agremiações registradas que receberam parlamentares de outros partidos.

Sustentou ser injusto conceder a uma agremiação que nunca participou de uma eleição o mesmo percentual das quotas do fundo partidário recebido por aquelas que durante anos vêm defendendo suas convicções e arcando com o ônus dessas.

O Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) impugnou o pedido do requerente, alegando, inicialmente, que os critérios previstos no art. 41-A da Lei nº 9.096/95 devem ser observados, acarretando o indeferimento do pedido formulado pelo requerente.

Aduziu que a discussão ocorrida no julgamento das ADI's nºs 1.351 e 1.354 não se refere à hipótese dos autos, porquanto o sistema anterior, considerado inconstitucional pelo STF, afastava o funcionamento parlamentar daqueles partidos que não lograssem êxito em alcançar 5% dos votos válidos, considerada a votação em todo o território nacional, distribuídos em, pelo menos, um terço dos estados, com, no mínimo, 2% do total de cada um deles.

Acrescentou que tal distorção não acontece na legislação atual, porquanto, de acordo com a disciplina descrita no art. 41-A da Lei nº 9.096/95, ainda que nenhum dos candidatos registrados por uma dada agremiação partidária haja sido eleito, tal partido participará do rateio referente aos 95% dos recursos do fundo partidário, proporcional aos votos obtidos, sendo que tal tratamento não poderá ser estendido aos partidos que não se submeteram ao crivo da soberania popular, a teor do art. 14 da Constituição Federal.

Argumentou que o sistema eleitoral brasileiro é o proporcional, mediante o qual o eleitor sufraga, num primeiro momento, uma grei partidária para, somente num segundo momento, sufragar um determinado candidato.

Afirmou que, ao se manifestar por meio do voto, o eleitor também acaba por desenhar o arcabouço político-ideológico que haverá de vigorar pelos quatro anos da legislatura.

Ressaltou que, “pensar de modo contrário terminaria por conduzir o intérprete à absurda tese, segundo a qual, por meio de rearranjos político-partidários posteriores e realizados sem qualquer participação formal do cidadão-eleitor – sem o crivo das urnas, portanto –, possível seria proceder a alterações da estrutura partidária estabelecida pelos eleitores e manifestada quando da eleição para a Câmara dos Deputados” (fl. 351).

Destacou os votos proferidos pelos eminentes Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa no julgamento do MS nº 27.938 e asseverou não haver possibilidade de atribuir validade constitucional ao entendimento do PSD, segundo o qual os partidos que ainda não participaram das eleições gerais para a Câmara dos Deputados têm o direito ao rateio dos 95% dos recursos do fundo partidário, levando em conta o número de deputados que migraram de outros partidos.

Transcreveu excertos do parecer do ilustre ex-Ministro do STF, Dr. Paulo Brossard, e da decisão do eminente Ministro desta Corte, Arnaldo Versiani, cujos fundamentos foram no sentido de que o número de deputados filiados ao PSD não constitui parâmetro para a fixação do tempo de propaganda gratuita e para a distribuição das quotas do fundo partidário.

Citou, ainda, a decisão do eminente Ministro Carlos Ayres Britto nos autos do MS/STF nº 31.184, já mencionada alhures, e sustentou não haver como tratar de forma igualitária os partidos que nunca participaram de eleições, com aqueles que já receberam do eleitorado, em maior ou menor escala, a aprovação de seus programas e diretrizes partidários.

O Partido dos Trabalhadores (PT) manifestou-se à fl. 382, asseverando que os critérios de distribuição dos recursos do fundo partidário já estão previstos na Lei nº 9.096/95, razão pela qual pugna pelo julgamento do pedido nos termos da lei.

O Partido Republicano Brasileiro (PRB) manifestou-se às fls. 384-427, sustentando, em síntese, que a pretensão do PSD encontra óbice no texto expresso da lei, que poderá ser questionado pelos meios competentes, mas não no bojo de pedido administrativo. Em razão disso, requer seja desconhecido o pedido.

No mérito, pugnou pelo indeferimento do pedido, tendo em vista o óbice contido no art. 41-A da Lei nº 9.096/95.

Indicou decisão do STF, no sentido de que o partido que não participou de nenhuma eleição não tem o direito de integrar comissões permanentes ou temporárias na Câmara dos Deputados.

Ao final, afirmou que o pedido formulado contraria expressa disposição de lei, sendo, ainda, inconstitucional, por ferir não só os dispositivos do pluripartidarismo e do pluralismo político, mas também as reiteradas proteções constitucionais realizadas pelo STF.

Às fls. 407-427, o Partido Trabalhista Nacional (PTN) reprisou as alegações apresentadas pelo PRB às fls. 384-427.

O Partido Social Cristão (PSC) manifestou-se às fls. 434-436, pugnando pelo indeferimento do pedido, com base no art. 41-A da Lei nº 9.096/95.

O Partido Social Democrata Cristão (PSDC) alegou que o art. 17 da Constituição Federal assegura aos partidos o direito de acesso aos recursos do fundo partidário, de acordo com as exigências legais que, no caso, são as do art. 41-A da Lei nº 9.096/95, o qual deve ser observado na espécie (fls. 450-454).

O Partido da Mobilização Nacional (PMN) aduziu, em síntese, que o mandato político não pertence ao parlamentar, mas ao partido; que, após a eleição, a proclamação do resultado torna-se imodificável, bem como a destinação dos votos; que a lei não pode ser afrontada, só podendo ser revogada ou derogada por outra lei; e que não é lícito ao partido que não participou do pleito ter os mesmos direitos ao rateio do fundo partidário recebido pelos que foram submetidos ao voto popular (fls. 460-466).

O Partido da República (PR) apresentou a impugnação de fls. 496-506, na qual suscitou argumentos similares às demais impugnações e, ao final, defendeu o não acolhimento da pretensão do PSD, uma vez que somente as agremiações que participaram das eleições teriam o direito ao rateio dos 95% do fundo partidário, e, além disso, o deferimento do pedido invadiria a seara do direito adquirido das outras agremiações que, atendendo a legislação vigente, participaram das eleições de 2010 e receberam milhões de votos do eleitorado brasileiro.

Parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral pelo indeferimento do pedido (fls. 516-523).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Senhora Presidente, a questão central desse julgamento é saber se o PSD teria ou não direito de acesso proporcional ao Fundo Partidário tendo em conta que não disputou as Eleições Gerais de 2010.

É que, pelo critério de rateio do Fundo Partidário estabelecido pelo art. 41-A da Lei dos Partidos Políticos, com redação dada pela Lei 11.459/2007, as agremiações têm direito a receber tais recursos na seguinte proporção:

*“5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles **na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados**” (grifei).*

As legendas que infirmam o pedido do PSD acreditam que o supracitado dispositivo vincula o acesso aos 95% do Fundo Partidário à participação do partido nas últimas eleições.

Penso, entretanto, que a lei apenas estabelece que os 95% serão distribuídos “*na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados*”, sem criar cenário de exclusividade para as legendas então existentes e que participaram do certame.

A prevalecer o raciocínio contrário, os inúmeros partidos que surgiram por fusão também não teriam nenhum acesso ao Fundo Partidário, uma vez que também não participaram de qualquer certame.

Na fusão, como se sabe, as legendas que se fundem desaparecem do cenário político, dando lugar a novo partido, com novo estatuto e programa, sem necessidade de vinculação aos postulados pregados nas eleições passadas.

Tanto é novo o partido gerado por meio de fusão, que a Lei 9.096/1995, assim dispõe:

Art. 29. Por decisão de seus órgãos nacionais de deliberação, dois ou mais partidos poderão fundir-se num só ou incorporar-se um ao outro.

(...)

II – os órgãos nacionais de deliberação dos partidos em processo de fusão votarão em reunião conjunta, por maioria absoluta, os projetos, e elegerão o órgão de direção nacional que promoverá o registro do **novο partido**.

(...)

§ 4º Na hipótese de fusão, a existência legal do **novο partido** tem início com o registro, no Ofício Civil competente da Capital Federal, do estatuto e do programa, cujo requerimento deve ser acompanhado das atas das decisões dos órgãos competentes” (grifei).

Embora não tenha participado de eleições gerais e de não ter sido submetido ao chamado “teste das urnas”, o novo partido originado pela fusão sempre carregou consigo, para efeito de rateio do Fundo Partidário, os votos dedicados aos filiados das legendas que desapareceram.

Com efeito, a nova agremiação surgida por meio de fusão de dois ou mais partidos já nasce com participação proporcional ao Fundo Partidário, sem que o eleitor lhe tenha destinado um só voto, ou tenha tomado conhecimento de suas novas bandeiras.

Ressalte-se, que a Resolução-TSE 22.610/2007, incluiu a fusão como justa causa para desfiliação partidária, sem perda de mandato. Isto ocorre porque o novo estatuto e programa pode partir, em tese, para um ideário político absolutamente distinto, ou seja, sair da situação para a oposição e vice-versa.

O Partido da República (PR), por exemplo, surgiu da fusão do Partido Liberal (PL) e do Partido da Reedificação da Ordem Nacional (PRONA), que se uniram, em 2006, para não serem atingidos pela cláusula de barreira, posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADIs 1.351/DF e 1.354/DF), no final daquele mesmo ano. Após a fusão, o novo partido que surgiu, o PR, teve acesso proporcional ao Fundo Partidário.

É preciso considerar que a política não é estática. O sistema pode e deve evoluir com eventos claramente previstos e tutelados pela legislação eleitoral, como no caso da fusão, incorporação, criação e, até mesmo, a extinção de partidos políticos.

Portanto, em suma, considerada a hipótese de fusão – que traz à luz uma nova legenda –, o argumento segundo o qual um partido criado estaria impedido de ter acesso proporcional ao Fundo Partidário, por não ter participado das últimas eleições gerais, não parece absoluto. Incorreto imaginar que o legislador teve o propósito de engessar ou asfixiar a evolução do sistema político, que se movimenta conforme os anseios e a evolução da sociedade.

Observo que a lei permite a transferência ao partido novo, criado por meio de fusão ou incorporação, dos votos obtidos pelas agremiações originárias, para efeito da distribuição dos recursos do fundo partidário e do horário político.

Assim estabelece o art. 29, § 6º da Lei nº 9.096/95:

Art. 29. Por decisão de seus órgãos nacionais de deliberação, dois ou mais partidos poderão fundir-se num só ou incorporar-se um ao outro.

[...]

§ 6º Havendo fusão ou incorporação de partidos, os votos obtidos por eles, na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, devem ser somados para efeito *do funcionamento parlamentar, nos termos do art. 13<sup>2</sup>*, da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Dessa forma, em que pese os partidos objeto da fusão ou incorporação já terem participado do pleito, o certo é que trata a hipótese da criação de nova legenda, que terá novo estatuto, novas ideologias a serem apresentadas ao eleitor, novos filiados, novo número de registro, nova nomenclatura, e que, portanto, nesse novo contexto, ainda não terá se submetido às urnas, tal como acontece na hipótese dos autos, e mesmo assim, terá a seu favor os votos obtidos por aqueles que à época da eleição estavam filiados a outra agremiação.

Por outro lado, não bastasse o fato de que o art. 41-A da Lei 9.096/95, não criou exclusividade para agremiações que disputaram determinado certame, é imperioso destacar a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade de normas que *“em face da gradação de votos obtidos por partido político”* limitaria o funcionamento partidário e reduziria o acesso ao Fundo Partidário (ADIs 1.351/DF e 1.354/DF).

O voto condutor daquele julgamento, prolatado pelo Ministro Marco Aurélio, assentou que *“a Lei Básica de 1988 não manteve a vinculação surgida com a Constituição de 1967, para o*

<sup>2</sup> Art. 13 considerado inconstitucional pelo STF.

*desenvolvimento da atividade política pelo partido, aos votos obtidos em determinado certame”* (grifei).

Importante observar que o art. 41-A da Lei nº 9.096/95, ao estabelecer percentuais diferenciados para a distribuição dos recursos do fundo partidário, veicula uma regra geral, com o objetivo de distinguir os partidos que já se submeteram às eleições, daquelas agremiações recém-criadas, ainda sem nenhuma representatividade.

Em tal disciplina, no entanto, por ser regra geral, não está inserida a hipótese daqueles partidos que, mesmo não tendo se submetido às urnas, tenham em seus quadros um número considerável de filiados eleitos que, portanto, já obtiveram do eleitor o respaldo político conferido por meio do voto.

Tal respaldo, aliás, alberga a representatividade política que a mencionada norma visa a privilegiar.

No caso dos autos, não se pode negar o fato de que o PSD, embora não tenha participado de nenhuma eleição, tem em seus quadros mandatários eleitos que obtiveram o total de 5.127.435 (cinco milhões, cento e vinte e sete mil, quatrocentos e trinta e cinco) votos (fl. 82).

Consoante se extrai da certidão de fl. 22, expedida pela Secretaria-Geral da Câmara dos Deputados, o PSD possui funcionamento parlamentar naquela Casa, com a bancada de 49 (quarenta e nove) deputados federais em exercício.

O partido tem o total de 131.266 (cento e trinta e um mil, duzentos e sessenta e seis) filiados<sup>3</sup>, segundo dados extraídos do Sistema Filiaweb, e é a quarta maior bancada da Câmara dos Deputados, de acordo com as informações disponibilizadas no site [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br).

Dessa forma, a meu ver, não há como conferir ao caso em exame o mesmo tratamento dado às agremiações recém-criadas, em cujos quadros não se observa nenhuma representatividade.

Note-se que a Lei nº 9.096/95, ao estabelecer a quantidade de votos obtidos na última eleição como parâmetro para o recebimento do maior percentual dos recursos do fundo partidário, teve como objetivo evitar que as mudanças indiscriminadas de partido influenciassem na distribuição dos recursos do fundo, de acordo com a conveniência de cada interessado.

Tal situação, no entanto, não mais subsiste, tendo em vista o instituto da fidelidade partidária, que prevê a perda de mandato daquele que se desfiliar, sem justa causa, da legenda pela qual fora eleito.

Insta salientar que as regras relativas à fidelidade partidária, instituídas por esta Corte por meio da Res.-TSE nº 22.610/2007, em estrita observância à decisão proferida pelo STF nos Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, tiveram como objetivo evitar a mudança indiscriminada de partido.

Assim, estabeleceu este Tribunal que os filiados que mudassem de legenda estariam sujeitos à perda do mandato, a não ser que estivessem respaldados pelas exceções previstas na norma.

Uma das exceções, como é cediço, é aquela que estabelece como justa causa para a desfiliação a criação de novo partido (art. 1º, § 1º, II).

Dessa forma, viabilizada a desfiliação para a criação de novo partido, sem previsão da possibilidade de a nova agremiação surgir no cenário político brasileiro com grande representatividade

---

<sup>3</sup> Dados referentes ao mês de março/2012.

política, como ocorreu com o PSD, seria incongruente que o mesmo sistema jurídico em vigor inviabilizasse a sobrevivência de tal agremiação criada, repita-se, de forma legítima.

Ademais, ressalte-se que, após a alteração do art. 41-A, em 21.3.2007, que estabeleceu os critérios de 5% e 95% para a distribuição dos recursos do fundo partidário, foi editada a Res.-TSE nº 22.610, em 25.10.2007, que permitiu a desfiliação para a criação de novo partido, de acordo com o entendimento do STF acerca do princípio constitucional da fidelidade partidária, sob cuja égide foi criado o PSD.

Dessa forma, as regras de distribuição dos recursos do fundo partidário devem ser interpretadas de modo sistemático, conforme a disciplina que permite a desfiliação para a criação de novo partido que, a toda evidência, necessita do amparo da lei para sobreviver, de acordo com os princípios democráticos da igualdade e da soberania popular.

Frise-se que interpretação contrária a essa levaria à situação esdrúxula na qual determinado partido que tivesse perdido todos os seus filiados eleitos continuasse sendo sustentado pelos recursos do fundo partidário, deixando à míngua os partidos novos para os quais migraram, legitimamente, seus mandatários políticos, eleitos pelo voto popular.

Nesse caso, o partido do qual tenham se desfilado em massa os mandatários eleitos por tal legenda, com a finalidade de criar um partido novo, continuaria sendo tratado como uma agremiação de grande porte, recebendo todos os benefícios da lei, como o tempo de horário gratuito e a parcela relativa aos 95% dos recursos do fundo partidário, enquanto a agremiação nova, ainda que formada por número considerável de filiados eleitos, muito superior ao partido dos quais se originaram, ficaria sem condições de se manter, tendo em vista estar limitada ao recebimento da parcela de 5% dos recursos do fundo.

Seria incongruente, a meu ver, continuar atribuindo à legenda, que passaria a ter quase nenhuma representatividade, recursos na ordem de milhões de reais, e conferir tratamento diferenciado ao partido recém-criado, mas já formado por um número significativo de detentores de mandato político.

Resta, pois, dizer se os votos obtidos por filiados do novo partido, em legendas anteriores, podem ou não ser considerados para o cálculo do rateio do Fundo Partidário. A resposta para essa questão é simples: impõe analisar se o eleitor migrou para a nova legenda de forma legítima ou não.

No caso do PSD, todos os seus filiados participaram da constituição da legenda, que é hipótese inserida em *numerus clausus* na Resolução-TSE 22.610/2007, como causa justificadora da desfiliação partidária.

Assim, os votos dedicados aos candidatos que migraram legalmente, com a chancela do STF e do TSE, devem ser considerados em todos os seus efeitos. Pensar algo em contrário, implicaria indesejável afronta ao sistema representativo. Conforme assentado pela Ministra Cármen Lúcia, *“o Estado não é democrático quando eu voto, e o meu eleito já entra sabendo não poder ter a participação que eu queria que ele tivesse”* (ADIs 1.351/DF e 1.354/DF).

Autorizada a transferência do parlamentar para nova agremiação, é preciso preservar a sua representatividade, sem rebaixá-lo a uma segunda categoria, posto que isso significaria a desvalorização do voto do eleitor. A resposta das urnas e todos os seus consectários devem ser preservados quando essas movimentações são legítimas e significam a evolução do sistema político que, repita-se, não é estático.

O eleitor que votou no parlamentar que migrou legitimamente para nova legenda continua por ele representado. E essa representação não pode ser mitigada, sob pena de grave violação a direitos políticos fundamentais e ao princípio da soberania popular abrigado no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988.

Parece-me, portanto, que a fusão e incorporação de partidos que já têm mandatários eleitos pelas legendas distintas, de certo modo se assemelha à hipótese dos autos, em que cerca de 10% da composição total da Câmara dos Deputados se filiou ao partido recém-criado.

Tanto em um caso – fusão e incorporação – como no outro – criação de partido com migração de deputados federais –, há de se preservar a representatividade da legenda que, ao que me parece, decorre do fato de a agremiação ter em seus quadros deputados federais que obtiveram expressa votação nas últimas eleições.

Quanto ao argumento de que os mandatários filiados ao PSD teriam sido eleitos não só em razão dos votos que obtiveram, mas em decorrência do quociente partidário alcançado pelas legendas de origem, frise-se que tal alegação perde relevo diante do fato de que os votos a serem considerados no presente caso serão aqueles relativos à votação nominal de cada filiado, ainda que não eleito.

Concluo, portanto, que a interpretação sistemática da norma do art. 41-A da Lei nº 9.096/95 leva ao deferimento do pedido, para que se inclua o PSD na distribuição de recursos do fundo partidário no percentual de 95%.

É como voto.

#### VOTO (vencido)

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhora Presidente, peço vênias ao relator para indeferir o pedido. Como disse Sua Excelência, a questão diz respeito à interpretação do artigo 41-A da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), que, na sua parte final, determina a distribuição dos 95% do total do fundo partidário na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

A Lei dos Partidos Políticos realmente é omissa sobre a distribuição do fundo partidário para novo partido. Trata, é certo, expressamente apenas da fusão e da incorporação referidas pelo relator, mas eu entendo que a omissão, no caso da criação de partido, não é acidental, e sim intencional, a dizer que o novo partido não tem direito a essa redistribuição porque não concorreu à eleição.

O artigo 29, a propósito da fusão e da incorporação, no seu § 6º, é expresso no sentido de que, em havendo fusão ou incorporação de partidos, os votos obtidos por eles na última eleição geral para a Câmara dos Deputados devem ser somados para efeito do funcionamento parlamentar, nos termos do artigo 13 – declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal –, da distribuição dos recursos do fundo partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Logo, entendo, com a devida vênias, que, neste caso, a omissão da lei a respeito da criação de partido não deve ficar sujeita à interpretação extensiva das mesmas hipóteses de fusão ou incorporação. Penso que o legislador foi taxativo ao excluir a hipótese de criação de partido para todas as finalidades previstas na Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

Aliás, não é o resultado obtido na última eleição o critério exclusivo para a distribuição do fundo partidário. Não só era para o funcionamento parlamentar e para o acesso gratuito ao rádio e à televisão, mas também para a distribuição do tempo destinado à propaganda eleitoral.

O artigo 47 da Lei nº 9.504/97, Lei das Eleições, no seu § 3º, possuía a seguinte redação original:

Art. 47. [...]

§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados será a existente na data de início da legislatura que estiver em curso.

Esse parágrafo foi alterado para a seguinte redação:

§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição.

Como se vê, cuida-se de texto semelhante à redação do próprio artigo 41-A da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

Ainda sob a redação antiga, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu de forma negativa à Consulta nº 906, relator o Ministro Carlos Velloso, sobre o tempo de propaganda eleitoral.

A consulta era:

(...) Se o Deputado Federal, filiado a um novo partido poderá levar a fração que acrescentou no início da legislatura no horário político do seu antigo partido, ficando ressalvado o direito que o pertence, uma vez que coexiste ao parlamentar pela sua representação na Câmara dos Deputados em curso.

O Ministro Carlos Velloso adotou a informação da Assessoria Especial da Presidência, a saber:

(...) Infere-se que a filiação do Deputado Federal em apreço a um novo partido não possui a faculdade de alterar o quociente informado por este egrégio Tribunal Superior Eleitoral, pois há de se considerar apenas os deputados que tomaram posse sob sua legenda na data do início da legislatura, ou seja, em 1º de fevereiro do ano em curso.

Há, é certo, excelentes argumentos em prol dos novos partidos. O próprio relator fez questão de citar alguns deles, inclusive a respeito da fidelidade partidária, ou seja, se o filiado não pode, em regra, desfiliar-se do partido político sob pena de perder o mandato, ele teria, então, o direito de transferir para o novo partido essa votação, se estiver configurada alguma das hipóteses previstas na resolução do TSE.

Mas, Senhora Presidente, entendo que o argumento, na verdade, reforça a minha convicção de que essa transferência não ocorre, porque a partir da decisão deste Tribunal, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, de que o mandato pertence ao partido político e, uma vez pertencendo ao partido político, os direitos decorrentes desse mandato não podem pertencer ao mandatário, mas, sim, ao partido político pelo qual concorreu à eleição.

Se ocorrer a desfiliação, prevista na resolução do TSE, que é exatamente o caso dos autos, ou seja, a criação de outro partido, significa dizer que o parlamentar não perde o mandato, porque

ele teve o seu direito de migração assegurado pela resolução. Mas o fato de ele não perder o mandato por infidelidade não acarreta possa ele transferir os direitos que obteve na eleição.

A meu ver, até por um fundamento bastante evidente, a eleição desse parlamentar foi proporcionada exatamente pela estrutura do partido político pelo qual ele concorreu. Não me parece válido que o parlamentar que pôde desfilial-se por quaisquer razões, como a criação de outro partido, grave discriminação, expulsão ou outro fundamento, possa beneficiar-se da estrutura que lhe foi dada pelo partido político. Penso que a votação, que não foi obtida por ele, mas, sim, pelo partido político, de forma isolada ou de forma coligada, deva resultar em benefício para o partido político.

Em termos individuais, indeferi, em parte, o pedido do próprio Partido Social Democrático (PSD), sobre propaganda partidária. Deferi ao PSD apenas o mesmo direito que ele tinha em comparação com os demais novos partidos, isto é, o tempo de cinco minutos na televisão, nos mesmos moldes em que deferi o pedido do Partido da Pátria Livre (PPL). Mas não tem o PSD, enquanto novo partido, o direito de valer-se dos mesmos benefícios obtidos pelos outros partidos políticos que participaram da última eleição geral, ou seja, dez minutos de propaganda e, ainda, as inserções estaduais e nacionais.

Por isso, Senhora Presidente, não me parece apropriado que o novo partido utilize os votos que foram transferidos por esses novos filiados para fazer jus à distribuição do fundo partidário, que teve, de acordo com a lei, apenas o pressuposto a que me referi, qual seja, o resultado da última eleição geral.

E, ainda a meu ver, não é válida essa rotatividade, porque essa hipótese não foi antes observada para a criação de nenhum partido político. A exceção não é a criação do PSD. Já são, se não me engano, 31 partidos políticos. É certo que alguns partidos novos não tiveram representação na Câmara dos Deputados, mas há outros que tiveram. Bastaria citar, por exemplo, o PSOL. Se não me falha a memória, três deputados passaram a integrar a nova legenda e nem por isso eles pleitearam a redistribuição dos recursos do fundo partidário ou tiveram esse direito reconhecido.

É até possível que a distribuição fosse insignificante em relação aos três deputados, o que não acontece no caso dos autos, em que são cerca de 52 deputados. Cabe a nós realmente reconhecermos a força do PSD como partido novo, 3ª maior bancada na Câmara dos Deputados atualmente, mas não se pode, a meu ver, desfigurar a rotina do TSE, nem dizer evidentemente que, na falta de pleito de partidos anteriores, esse pleito atual não deva ser deferido.

Para mim o critério é apenas este: o resultado da eleição, sob pena de, não a cada ano, mas a cada mês, a alteração do fundo partidário impor-se de acordo com a mudança eventual de um parlamentar para um partido ou para outro e, dependendo das hipóteses, se está, ou não, caracterizada alguma possibilidade de desfiliação autorizada pela resolução do TSE.

Por isso, com a devida vênia, indefiro o pedido.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhora Presidente, o Partido Social Democrático existe? Disse que sim o Tribunal Superior Eleitoral.

No caso, o Partido surgiu há pouco tempo, mas hoje não é dado ignorar a representatividade no cenário nacional. Possui, como ressaltado pelo Ministro Arnaldo Versiani, a terceira bancada

na Câmara dos Deputados, com 52 parlamentares, além de contar com 2 Governadores, 6 Vice-Governadores, 2 Senadores, 109 Deputados Estaduais, 559 Prefeitos, 391 Vice-Prefeitos, 5.957 Vereadores e 149.586 filiados.

Não desconheço remeterem ao resultado das urnas os preceitos que versam a participação nas comissões existentes na Câmara dos Deputados, a distribuição do horário da propaganda partidária, da eleitoral e a repartição do fundo partidário. Mas, indaga-se: o desfecho das urnas é definitivo?

Atente-se para situação extravagante de Partido que tenha realmente saído vitorioso, em certa proporção, no pleito e que haja perdido todos os eleitos para a Câmara dos Deputados, migrando esses para legenda diversa – aqui não se discute a legitimidade das mudanças, para o Partido Social Democrático, verificadas em número substancial –, chegando a sigla – não podemos desconhecer a realidade – a ter 52 Deputados Federais, como verificado hoje.

O que encerram, em uma interpretação teleológica, os preceitos? A que se reportam? À representatividade.

Essa representatividade, Senhora Presidente, é inegável. Salientou o Ministro Arnaldo Versiani não ser a vinculação candidato eleito e Partido – tendo em vista não haver candidaturas avulsas – definitiva, porque o Tribunal admite, e o faz de forma linear quanto à criação de legenda, possibilidade de o parlamentar migrar, sem o risco da infidelidade.

A meu ver, não cabe desconhecer, como disse, a realidade, para potencializar-se a referência, nos preceitos, ao resultado das últimas eleições, alusão a encerrar, necessariamente, a representatividade do Partido na Câmara dos Deputados, como que sob o ângulo da ficção jurídica.

É como se o Partido que recebeu os 52 Deputados Federais tivesse participado do certame de 2010. Não pode agora ficar, com essa representação já apontada por mim como substancial, à míngua, apenas integrando o rateio dos 5%, quando, a rigor, faz-se presente a base, para a participação, também, na divisão dos 95% restantes, considerados os votos obtidos pelos Deputados que migraram, como ressaltou o Ministro Relator.

Estaremos, muito embora no campo administrativo, assentando o alcance, não apenas dos preceitos a versar participação no fundo partidário, mas indicando a solução que teremos, vindo as controvérsias, no tocante à distribuição do horário para propaganda partidária e eleitoral e, de minha parte, sinalizo também relativamente ao que já está submetido ao Supremo em termos de representação na Câmara dos Deputados, para ter-se a legenda compondo, com seus parlamentares, as Comissões lá existentes.

Peço vênia ao Ministro Arnaldo Versiani e lembro-me de um princípio, que sempre ressalto, muito caro na jurisdição cível do trabalho, para considerar – não posso deixar de fazê-lo – a realidade. Não posso deixar de reconhecer não se tratar de um pequeno Partido, para não utilizar o vocábulo pejorativo, Partido nanico. Trata-se hoje, quer se queira ou não, de um grande Partido, tendo em conta as adesões verificadas.

Acompanho Sua Excelência, o Ministro Relator.

#### PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhora Presidente, a decisão que viermos a tomar neste caso, com certeza, será jurisdicionalizada, na medida em que estamos no âmbito administrativo.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio lembrou que já há, inclusive no Supremo, ação que trata da atuação parlamentar.

Peço vista, para refletir sobre essa questão, porque, realmente, o que se decidir aqui terei que sustentar, depois, na jurisdicional, e isso sinaliza consequências outras.

### VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhora Presidente, o Partido Social Democrático (PSD) apresentou pedido com vistas à obtenção de acesso proporcional aos recursos do Fundo Partidário, com base no art. 41-A da Lei nº 9.096/95, que assim dispõe:

Art. 41-A. 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Pretende o PSD obter acesso ao percentual de 95% das cotas do fundo partidário, apesar de não ter eleito representantes para a Câmara dos Deputados.

Após os votos do eminente Ministro relator, Marcelo Ribeiro e Marco Aurélio, deferindo o pedido, e o voto do Ministro Arnaldo Versiani, indeferindo-o, pedi vista dos autos para melhor exame.

O eminente relator votou no sentido de considerar para efeito do cálculo da distribuição do fundo partidário ao partido recém-criado a votação nominal de cada filiado candidato, ainda que não eleito, que migrou para a nova legenda.

Trago o feito em mesa para a continuidade do julgamento.

Em relação ao tema em debate, pertinente o voto que proferi no julgamento da ADI nº 4.430, quanto à repartição do tempo de propaganda eleitoral, nos seguintes termos:

4) A Propaganda política e suas espécies: propaganda partidária e propaganda eleitoral  
Desde logo se vê que a análise do presente tema é de alto relevo institucional e social, assistindo razão aos requerentes quando ressaltam a importância do rádio e da televisão como meios de divulgação do pensamento político-partidário.  
A evolução dos modernos meios de comunicação, patrocinada pelo desenvolvimento da internet e das redes sociais – que resultou no incremento da interatividade e na quebra do paradigma entre emissor e receptor da informação –, ainda não angariou expressão e volume suficientes para suplantarem o alcance das mídias tradicionais (rádio, televisão e imprensa escrita), muito embora tenha interferido nos processos de intercâmbio entre elas.  
Daí porque se sobreleva a importância do presente debate para a construção de um processo eleitoral razoavelmente equânime entre os partidos políticos, assim como para o livre exercício do direito de eleição dos representantes políticos pelos cidadãos.  
A análise destas ações diretas de inconstitucionalidade força-nos a refletir sobre temas de inegável importância para o desenvolvimento de nosso sistema político-eleitoral, como o desenvolvimento histórico no sistema partidário brasileiro, a propaganda política e o direito constitucional dos partidos ao acesso à TV e ao rádio, sua relevância no processo eleitoral, os critérios de participação e de acesso proporcional, a liberdade de criação dos partidos políticos e sua importância para o pluralismo político, além do tormentoso problema da representação

dos deputados federais que migram dos seus partidos de origem para partidos criados após o pleito eleitoral, problema esse que tangencia questionamentos acerca da fidelidade partidária e da titularidade do mandato nos casos de mudanças de legendas, dentre outros.

Já se antevê, portanto, a riqueza do presente julgamento para o desenvolvimento da democracia brasileira.

É salutar, de início, tecer breves considerações sobre as noções de propaganda política e fazer uma rápida digressão sobre as definições de propaganda partidária e de propaganda eleitoral, bem como sobre o regramento legal acerca da propaganda eleitoral no rádio e na televisão.

Joel J. Cândido entende que a propaganda política é gênero e, conseqüentemente, a propaganda partidária e a propaganda eleitoral são duas de suas espécies.

Olivar Coneglian, por sua vez, entende que o gênero é a publicidade eleitoral, dentro da qual são espécies a propaganda eleitoral, em primeiro plano, e a propaganda política. A propaganda partidária, aqui, seria uma subespécie da propaganda política.

Para melhor conceituar as expressões, utilizarei o primeiro entendimento.

Segundo José Jairo Gomes:

“A propaganda política caracteriza-se por veicular concepções ideológicas com vistas à obtenção ou manutenção do poder estatal. (...) Tem em vista a conquista do poder, a prevalência de uma posição em plebiscito, referendo ou eleições para preenchimento de cargos eletivos, em que há a manutenção ou substituição de integrantes do governo. Também tem por objetivo informar o povo das atividades e realizações da Administração estatal” (Direito Eleitoral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 327).

Nesse sentido, propaganda política é toda aquela que possui finalidade eleitoral, não apenas com o fim específico da conquista de votos, mas também com o objetivo de expor determinado posicionamento político. Por isso correta a posição de que a propaganda política seria o gênero, pois ela, claramente, engloba os demais conceitos.

A propaganda política rege-se por princípios, dentre os quais, destacam-se, na divisão de Joel J. Cândido, os princípios da legalidade, da liberdade, da responsabilidade, da igualdade, da disponibilidade e do controle judicial da propaganda.

Para o presente debate, sobressai a relevância dos princípios da liberdade e da igualdade.

De acordo com o princípio da liberdade, assegura-se total liberdade, dentro dos ditames constitucionais e legais, para a criação e a veiculação de propaganda política. Essa franquia decorre do pleno exercício do Estado Democrático de Direito e concerne aos direitos constitucionais de liberdade de expressão e de informação.

Por sua vez, o princípio da igualdade preconiza que todos os partidos políticos, coligações e candidatos devem ter as mesmas condições e oportunidades para veicularem seus programas e ideias.

Espécie de propaganda política, a propaganda partidária se presta à explicitação de ideias, programas e pensamentos do partido. Procura angariar eleitores e cidadãos que simpatizem com seus ideais e é regulada pelo art. 45 da Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos).

Conforme José Jairo Gomes:

“São objetivos da propaganda partidária: (a) difundir os programas partidários; (b) transmitir mensagens aos filiados sobre a execução dos programas, dos eventos com estes relacionados e das atividades congressuais do partido; (c) divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários; (d) promover e difundir a participação política feminina” (op. cit. p. 335).

Ainda sobre a propaganda partidária, segue enunciação desta Suprema Corte:

“A propaganda partidária destina-se à difusão de princípios ideológicos, atividades e programas dos partidos políticos, caracterizando-se desvio de sua real finalidade a participação de pessoas de outro partido no evento em que veiculada. O acesso ao rádio e à televisão, sem custo para os partidos, dá-se às expensas do erário e deve ocorrer na forma que dispuser a lei, consoante disposição expressa na Carta Federal (art. 17, § 3º)” (ADI nº 2.677/DF-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 7/11/03)

Destaque-se que as presentes ações não versam sobre propaganda partidária, mas, sim, sobre a outra espécie de propaganda política, a propaganda eleitoral, analisada a seguir.

A propaganda eleitoral é aquela que se realiza antes de certame eleitoral e objetiva, basicamente, a obtenção de votos, tornando-se instrumento de convencimento do eleitor, que pode, por seu intermédio, ampliar seu conhecimento sobre as convicções de cada candidato ou partido, fazendo a escolha que mais lhe convier.

Assim é a doutrina de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra:

“Através do conteúdo da propaganda eleitoral os participantes do pleito buscam conquistar o apoio dos cidadãos, tentando convencê-los de que as propostas defendidas são as melhores para a sociedade, utilizando-se muitas vezes de argumentos capciosos” (Elementos de Direito Eleitoral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189).

José Néri da Silveira ressalta, de igual modo, a relevância dessa propaganda para o processo eleitoral, nos seguintes termos:

“No desenvolvimento do processo eleitoral, possui especial relevo a fase concernente à propaganda eleitoral, enquanto esta há de constituir o veículo pelo qual partidos políticos e candidatos aos cargos eletivos, legitimamente escolhidos em convenção, buscam conquistar o voto dos membros do corpo eleitoral das respectivas circunscrições, logo após o pleito de registro.” (Aspectos do processo eleitoral. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 109)

A Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) estabelece, na atualidade, as regras sobre a propaganda eleitoral. Consigno que a referida legislação buscou tratar minuciosamente da propaganda eleitoral, a fim de garantir a isonomia entre candidatos e partidos, com distribuição equitativa de oportunidades, inclusive em relação às propagandas no rádio e na televisão.

5. Da propaganda eleitoral no rádio e na televisão e seu espectro de alcance comparativamente a outras mídias sociais

A Carta de 1988 assegurou às agremiações o “direito a recurso do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei” (art. 17, § 3º, da Constituição), direitos esses indispensáveis à existência e ao desenvolvimento dos partidos políticos. Assim como o direito de repartição dos recursos do Fundo Partidário, a previsão constitucional do direito de acesso dos partidos políticos aos meios de comunicação, também conhecido como “direito de antena”, foi inovação do Texto Constitucional de 1988. Esse direito ressalta a isonomia entre os partidos, evitando o uso do poder econômico para fins partidários.

Como destaca Samuel Dal-Farra Naspolini,

“[o] reconhecimento por parte do mais alto documento jurídico do país é, deveras, bastante oportuno, e reflete simultaneamente a relevância dos partidos políticos e dos meios de comunicação nas sociedades de massas contemporâneas” (Pluralismo Político: subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da Constituição Federal. Curitiba: Juruá, 2006. p. 243)

Note-se, por oportuno, que a Resolução nº 23.370, de 2011, do Tribunal Superior Eleitoral disciplinou a propaganda eleitoral para as vindouras eleições municipais, regulamentando o exercício do direito de promoção de candidaturas nas diversas mídias, sejam elas escritas, eletrônicas ou audiovisuais.

Tal fato traz para a dimensão jurídica a realidade fática da multiplicação do fenômeno da comunicação social, com o surgimento de novos canais, além daqueles já tradicionais (rádio, televisão e imprensa escrita). Essa evolução da comunicação social, por sua vez, tem implicações cada vez maiores para a atividade propagandística e para a formação das preferências dos eleitores quanto à sua representação política.

Em 2008, por exemplo, observou-se a utilização intensiva da internet e de suas ferramentas interativas na campanha presidencial norte-americana, tendo esse uso interferido decisivamente no resultado do pleito, naquele país.

Não obstante, embora seja crescente a importância da mídia eletrônica no País, a situação brasileira ainda está muito aquém de um acesso maciço da população à internet, preponderando o rádio e a televisão como vias de comunicação social principais do país.

Os recentes dados preliminares do Censo de 2010, divulgados em novembro passado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), dão conta da presença da televisão em 95% (noventa e cinco por cento) dos domicílios particulares permanentes, ao passo que o

rádio estaria presente em 81% (oitenta e um por cento) desses domicílios. Comparativamente, a presença de computadores com acesso à internet nesses domínios chega próximo a 30% (trinta por cento) - porcentagem calculada com base nos números absolutos divulgados.

Sem considerar o tema do controle estatal sobre as mídias sujeitas à concessão do Poder Público, o ponto que destaco é a importância desses meios tradicionais para o convencimento do eleitorado e para a divulgação dos programas e propostas de governança dos partidos políticos.

Vide, a propósito o que dizia o art. 130 da Lei nº 1.164, de 1950, quando a propaganda eleitoral no rádio e na televisão ainda não era gratuita:

“Art. 130. As estações de rádio, com exceção das referidas no artigo anterior e das de potência inferior e dez kilowatts, nos noventa dias anteriores às eleições gerais de todo o país ou de cada circunscrição eleitoral, reservarão diariamente duas horas à propaganda partidária, sendo uma delas pelo menos à noite, destinando-as, sob rigoroso critério de rotatividade, aos diferentes partidos, mediante tabela de preços iguais para todos.”

Como informa Fávila Ribeiro, foi a Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974, de iniciativa do Deputado Etelvino, que proibiu a propaganda eleitoral paga, no rádio e na televisão, com o objetivo de obstar a intromissão do poder econômico no processo eleitoral, o qual desfigurava a autenticidade democrática das eleições brasileiras. Eis o teor do art. 12 do referido diploma legal:

“Art. 12. A propaganda eleitoral, no rádio e na televisão, circunscrever-se-á, única e exclusivamente, ao horário gratuito disciplinado pela Justiça Eleitoral, com a expressa proibição de qualquer propaganda paga.

Parágrafo único. Será permitida apenas a divulgação paga, pela imprensa escrita, do curriculum-vitae do candidato e do número do seu registro na Justiça Eleitoral, bem como do partido a que pertence.”

Fávila Ribeiro ressalta, ainda, a importância dessa alteração:

“No regime instituído pelo Código Eleitoral o horário gratuito tinha o sabor de paliativo, a título de compensação, para que os candidatos de menor lastro econômico encontrassem também oportunidade de acesso aos meios de comunicação, eliminando a grande distância que os separava dos candidatos mais bafejados pela fortuna ou com melhor suporte econômico e apoio. Agora, a situação normativa se completa e se aperfeiçoa, colocando os candidatos em nível comum de disputa, participando todos, igualitariamente e unicamente, dos programas gratuitos distribuídos entre os partidos, ficando proibida a propaganda paga, elevando, portanto, o coeficiente democrático do debate eleitoral” (Direito eleitoral. 3. ed., Forense: Rio de Janeiro, 1988. p. 322).

Com efeito, visando ao equilíbrio do pleito e à aplicação do princípio da isonomia, proibiu-se, tanto no âmbito do rádio, quanto no da televisão, qualquer tipo de propaganda paga, limitando-se o uso desses veículos de comunicação, para fins partidários e eleitorais, aos horários gratuitos que a legislação confere à propaganda partidária e à propaganda eleitoral. Historicamente, o tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita sempre foi tratado de forma igualitária, ou seja, os partidos dispunham da mesma quantidade de horários.

O Código Eleitoral de 1965 (Lei 4.737), em seu art. 250, § 2º, tratava, expressamente, da isonomia entre os partidos, deixando registrado que, “[a] Justiça Eleitoral, tendo em conta os direitos iguais dos partidos, regulará, para o efeito de fiscalização, os horários concedidos”. Posteriormente, esse dispositivo foi alterado pela Lei nº 4.961/66, possibilitando a adoção de critérios de distribuição dos horários, desde que houvesse concordância dos partidos e das emissoras, além de prévia comunicação à Justiça Eleitoral. Tal dispositivo sofreu, ainda, mais duas alterações, em 1976 e em 1977, antes de ser, finalmente, revogado pela Lei nº 9.504/97, ora em vigor e objeto das presentes ações.

Após a Constituição de 1988, porém, a distribuição de tempo no rádio e na televisão entre os partidos foi objeto de regulação específica por dois diplomas legais, a Lei nº 8.713/93, a qual regulava as eleições de 3 de outubro de 1994, e a Lei nº 9.100/95, que estabelecia normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996.

Nesses dois diplomas, era clara a distribuição dos horários levando-se em consideração a representação partidária na Câmara dos Deputados. Vide o que diziam os dispositivos legais: “Lei nº 8.713/93 - Art. 74. A Justiça Eleitoral distribuirá o tempo em cada um dos períodos diários do horário reservado à propaganda eleitoral gratuita entre os partidos e coligações que tenham candidato a cada eleição de que trata esta lei, observados os seguintes critérios: IV - nas eleições proporcionais, o horário definido no § 3º do artigo anterior será assim distribuído:

a) vinte minutos divididos igualmente entre os partidos, independentemente de estarem coligados ou não;  
b) quarenta minutos divididos proporcionalmente ao número de representantes de cada partido na Câmara dos Deputados.”

“Lei nº 9.100/95 - Art. 57. A Justiça Eleitoral distribuirá cada um dos períodos referidos no artigo anterior entre os partidos e coligações que tenham candidatos registrados, conforme se tratar de eleição majoritária ou proporcional, observado o seguinte:

I - um quinto do tempo, igualmente entre os partidos e coligações;

II - quatro quintos do tempo, entre os partidos e coligações, proporcionalmente ao número de seus representantes na Câmara dos Deputados;

III - quando concorrerem apenas dois candidatos à eleição para Prefeito e Vice-Prefeito, o tempo será dividido igualmente entre eles.”

Com a edição da Lei nº 9.504/97, chamada Lei das Eleições, se objetivou conferir maior estabilidade à legislação eleitoral, dotando o ordenamento jurídico de uma lei geral que regulamentasse as diversas situações que poderiam ocorrer durante o processo eleitoral.

Antes do seu advento, editava-se lei específica, a exemplo das citadas Leis nº 8.713/93 e 9.100/95, para cada eleição que acontecia, com regras próprias. Assim, quando da proposição do Projeto de Lei nº 2.695, de 1997, que deveria, inicialmente, fixar normas para as eleições de 1998, discutiu-se a possibilidade de que essas fossem destinadas a todas as eleições posteriores, tendo sido reunidas, então, contribuições importantes da legislação anterior, às quais foram somadas inovações significativas.

Segundo o relator do projeto na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, Deputado Carlos Apolinário, a apresentação de um Substitutivo ao PL nº 2.695/97, buscava dar um caráter duradouro à matéria, disciplinando não apenas as eleições de 1998, mas também as seguintes, atualizando tópicos corriqueiros nas legislações temporárias.

Com efeito, diante da prevalência, muitas vezes até pernicioso, da televisão e do rádio sobre os demais veículos de comunicação de massa, a Lei nº 9.504/97 buscou minudenciar o regramento do acesso gratuito ao rádio e à televisão em períodos eleitorais, no sentido de impedir o uso abusivo dos canais de TV e das emissoras de rádio nas campanhas eleitorais.

Como mais uma vez destacam Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra:

“Como representa uma ferramenta poderosíssima para garantir a adesão dos cidadãos, podendo mesmo fazer com que acontecimentos falsos assumam a veste de verdadeiros, a legislação eleitoral optou por regulá-la em suas minudências, de modo que possa ser realizada de maneira paritária a todos os candidatos, na tentativa de evitar o abuso do poder econômico” (op. cit. p. 189).

Para o que interessa na presente análise, é importante ressaltar que o art. 47 da Lei nº 9.504/97 disciplinou a distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão entre os partidos/coligações concorrentes. Eis a íntegra do dispositivo:

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

(...)

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:

I - um terço, igualmente;

II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

§ 3º Para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

§ 4º 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.

§ 5º Se o candidato a Presidente ou a Governador deixar de concorrer, em qualquer etapa do pleito, e não havendo a substituição prevista no art. 13 desta Lei, far-se-á nova distribuição do tempo entre os candidatos remanescentes.

§ 6º Aos partidos e coligações que, após a aplicação dos critérios de distribuição referidos no caput, obtiverem direito a parcela do horário eleitoral inferior a trinta segundos, será assegurado o direito de acumulá-lo para uso em tempo equivalente.”

Pelas normas acima citadas, a repartição do horário gratuito tem como referência básica a representação dos partidos/coligações na Câmara dos Deputados resultante da última eleição. Um terço do horário é repartido igualmente entre todos os partidos concorrentes que tenham representação na Câmara dos Deputados naquela data; e os dois terços restantes são repartidos proporcionalmente ao número de deputados federais de cada partido naquela mesma data.

Na hipótese de coligação, é considerada a soma do número de deputados federais de todas as legendas que a integram, tendo em conta, novamente, o resultado do último pleito.

Por sua vez, o número de representantes do partido que tenha resultado de fusão ou a que se tenha incorporado outro corresponde à soma dos representantes que os partidos de origem possuíam na data mencionada no parágrafo anterior.

Ademais, aos partidos e coligações que, após a aplicação dos critérios de distribuição referidos, obtiverem direito a parcela do horário eleitoral inferior a trinta segundos é assegurado o direito de acumulá-lo para uso em tempo equivalente.

Ressalte-se que o art. 47 da Lei nº 9.504/97, ao regular a distribuição de tempo no rádio e na televisão entre os partidos, de acordo com a representação partidária na Câmara dos Deputados, teve como base os dois diplomas legais já mencionados, que regularam as eleições de 3 de outubro de 1994 (Lei nº 8.713/93) e as eleições municipais de 3 de outubro de 1996 (Lei nº 9.100/95).

Nos debates legislativos acerca da distribuição do tempo reservado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, quando da aprovação do Projeto de Lei nº 2.695/97, que resultou na Lei 9.504/97, era também evidente a preocupação com a questão da fidelidade partidária. Àquela época ainda não existiam sólidos entendimentos combatendo a infidelidade e, por essa razão, decidiu-se que não bastava o partido ter candidato ao cargo eletivo, ele deveria também ter representação na Câmara dos Deputados.

Outra polêmica foi quanto à definição de qual seria o momento em que se contaria a representação. Durante os debates legislativos, muitos sugeriram o “momento em que [os candidatos] assumisse[m] o mandato” e outros “até o limite da Lei Eleitoral”, mas ficou aprovado que a representação seria “a existente na data de início da legislatura que estiver em curso” (art. 47, § 3º, Lei 9.504/97).

Posteriormente, houve alteração no § 3º do art. 47, com o advento da Lei nº 11.300/06, quando se passou a estabelecer que a representação seria a “resultante da eleição”.

O objeto da impugnação contida na ADI nº 4.430 refere-se, exatamente, a esses critérios de divisão do tempo de rádio e TV, inicialmente quanto à exigência de representação na Câmara dos Deputados e, em seguida, quanto à divisão proporcional à referida representatividade do partido/coligação na Câmara Federal.

Além disso, também é questionado o § 6º do art. 45 da Lei nº 9.504/97, defendendo o requerente da ADI nº 4.430 a declaração de inconstitucionalidade da disposição que autoriza

os partidos políticos a utilizarem, na propaganda eleitoral de seus candidatos em âmbito regional, inclusive no horário eleitoral gratuito, a imagem e a voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional.

Passo, então, para à análise dessas impugnações.

6) Divisão do tempo de rádio e TV de acordo com a representação na Câmara dos Deputados

6.1) Da inconstitucionalidade da exclusão dos partidos políticos sem representação na Câmara dos Deputados da propaganda eleitoral gratuita

Parte da impugnação do Partido Humanista da Solidariedade (PHS) dirige-se contra a expressão “e representação na Câmara dos Deputados” contida na cabeça do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, com a seguinte redação:

“Art. 47 (...)

(...)

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:

I - um terço, igualmente;

II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.”

Sustenta o requerente que condicionar a participação de partido político na propaganda eleitoral à existência de representação desse na Câmara dos Deputados fere o princípio da igualdade, na medida em que cria distinção indevida entre instituições que se equivalem, desde o registro, no Tribunal Superior Eleitoral.

Em parte, assiste razão ao requerente. Talvez, neste particular, não propriamente pela ofensa ao princípio da igualdade, mas, primordialmente, pela exclusão do próprio direito de participação política e pela exclusão do direito constitucional das agremiações ao “acesso gratuito ao rádio e à televisão”, consagrado no art. 17, § 3º, da Constituição, de inegável relevância para a existência e o desenvolvimento dos partidos políticos.

Com efeito, da leitura isolada da expressão questionada, conclui-se que somente os partidos políticos possuidores simultaneamente de candidaturas e de representação na Câmara dos Deputados têm direito de acesso ao horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão. Em outras palavras, partido sem representação na Câmara dos Deputados não participaria do horário eleitoral gratuito.

Ressalte-se que essa foi, inicialmente, a interpretação conferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, logo após a edição da Lei nº 9.504/97, na Consulta nº 371, com relação à qual assentou o seguinte:

“Propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Propaganda eleitoral gratuita. O horário deve ser distribuído apenas entre os partidos ou coligações que tenham candidatos e representação na Câmara dos Deputados (Lei nº. 9.504/97, art. 47, § 2º)” (Resolução nº 20.069 de 16/12/1997, Rel. Min. Nilson Vital Naves, DJ de 17/2/98).

A problemática reside na partícula aditiva “e”, constante da expressão “serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados”, da qual é possível retirar juízo excludente em relação àquelas agremiações que postulam a candidatura sem representação na casa legislativa.

Por sua vez, a Constituição Federal, em seu art. 17, coloca o partido político como elemento essencial do processo eleitoral, sendo que o exercício da capacidade eleitoral passiva (elegibilidade) somente é viável ao cidadão que se torna filiado a uma agremiação (art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal).

Com efeito, conforme determina o art. 17, § 3º da Carta da República, os partidos políticos “têm direito a recursos do fundo partidária e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”. Conquanto a Constituição Federal tenha deferido à legislação ordinária a definição dos critérios dessa participação, reconheceu, de imediato, a garantia de acesso. Conforme esclarecimentos do eminente Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADI nº 1.351:

“Não estamos diante de uma regra constitucional rigorosamente do tipo de eficácia limitada. Quero crer que o chamamento à lei, a convocação ao legislador ordinário se faz aqui no plano instrumental, no plano do *modus operandi*, no plano funcional!”

Nesses termos, cabe à legislação regulamentar a regra constitucional, mas sob seus aspectos instrumentais, viabilizando o exercício desse direito por todas as agremiações partidárias, definindo, inclusive, critérios de distribuição, mas não permite instituir mecanismos e exigências que venham a excluir e a inviabilizar o próprio direito constitucional de participação dos partidos. Esse é o entendimento exposto por Orides Mezzaroba:

“Esses critérios naturalmente não podem ser excludentes, pois o texto constitucional é muito claro ao afirmar que os Partidos Políticos têm direito. Assim, qualquer Partido que tiver os seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral passa a ter o direito aos recursos do fundo partidário e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão” (Introdução ao direito partidário brasileiro. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 283-284).

Verifica-se, ademais, que a atuação política do partido é subsidiada, ao menos, pelas duas garantias contidas no mencionado dispositivo constitucional: o acesso aos recursos do fundo partidário e a utilização gratuita do rádio e da televisão para a realização da propaganda partidária e eleitoral. Essa última, como salientado, constitui mecanismo de efetiva participação no pleito eleitoral, assegurando o espaço de comunicação necessário ao candidato e ao partido político, personagens indissociáveis do processo eleitoral.

Ora, levar a cabo interpretação restritiva, que impeça a participação de partidos sem representação na Câmara Federal na propaganda eleitoral gratuita, é o mesmo que tolher direito atrelado, de forma imanente, à postulação de cargos eletivos.

Com efeito, no julgamento da ADI nº 1.351/DF e da ADI nº 1.354/DF, este Supremo Tribunal Federal afastou a chamada “Cláusula de Barreira”, entendida como aquela que restringia substancialmente o direito ao funcionamento parlamentar, o acesso ao horário gratuito de rádio e televisão e a distribuição dos recursos do Fundo Partidário, por violação aos arts. 1º, V, e 58, § 1º, da Lei Maior. Na ocasião:

“Considerou-se (...) sob o ângulo da razoabilidade, serem inaceitáveis os patamares de desempenho e a forma de rateio concernente à participação no Fundo Partidário e ao tempo disponível para a propaganda partidária adotados pela lei. Por fim, ressaltou-se que, no Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais da minoria, tais como a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública” (Informativo nº 451, de 8 de dezembro de 2006) .

Vide a ementa dos referidos julgados:

“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.” (ADI nº 1.351/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 30/3/07).

Muito embora o tema possa ser resolvido à luz da isonomia partidária, como reconhecido quando do julgamento das ações diretas que versaram sobre a cláusula de barreira, entendo que, no caso, a exclusão das agremiações partidárias que não tenham representação na Câmara Federal afigura-se inconstitucional, tendo em vista representar atentado ao direito assegurado, expressamente, no § 3º do art. 17 da Lei Maior, indispensável à existência e ao desenvolvimento desses entes plurais, cerceando o seu direito de voz nas eleições, acessível que deve ser a todos os candidatos e partidos políticos.

Ressalte-se que tem sido exatamente essa a leitura que tem sido feita pelo Tribunal Superior Eleitoral (com exceção daquela conferida na Consulta nº 371, de 1997, antes mencionada), o

qual tem promovido a repartição do tempo destinado à promoção eleitoral, quanto à terça parte, de forma isonômica entre todas as legendas com candidaturas, independentemente da exigência de representatividade na Câmara dos Deputados. No que toca aos dois terços restantes, a repartição é feita proporcionalmente entre àquelas agremiações que tenham representação na Câmara dos Deputados.

Exemplo disso é a Resolução nº 23.370/11, por meio da qual o TSE dispôs sobre a utilização do horário eleitoral gratuito para as eleições municipais de 2012, conforme se observa do seu art. 35: “Art. 35. Os Juízes Eleitorais distribuirão os horários reservados à propaganda de cada eleição entre os partidos políticos e as coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios (Lei nº 9.504/97, art. 47, § 2º, I e II; Ac.-TSE nº 8.427, de 30.10.86):

I – um terço, igualmente;

II – dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos políticos que a integrem.”

Remontando a período anterior à Lei nº 9.504/97, observa-se que o TSE já havia discutido a tese da indispensabilidade do direito de acesso ao rádio e à televisão quando do julgamento consubstanciado no Acórdão nº 8.427. Naquela assentada, encontrava-se em litígio o direito ou não de participação dos partidos sem representação no Congresso Nacional no horário eleitoral gratuito. Em pauta, a propaganda eleitoral das eleições de 1986, objeto de regulamentação pela Lei nº 7.508/86.

É de interesse recordar que, a despeito da improcedência dos mandados de segurança ali apreciados, parte da Corte Eleitoral aderiu à tese da necessidade de se assegurar o direito de participação dos referidos partidos, com fundamento no direito de igualdade partidária, defendida tanto pelo hoje Ministro Gilmar Mendes, então Procurador da República, quanto pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que, à época, oficiava como Procurador-Geral Eleitoral.

Contudo, ainda que a atual interpretação realizada pelo TSE seja no sentido de que um terço do horário é distribuído igualmente entre todos os partidos e coligações que tenham candidatos, independentemente de representação na Câmara dos Deputados, e, portanto, nos exatos termos aqui defendido, não tem ela o condão de expungir o conteúdo normativo da referida expressão ofensiva do sistema, razão pela qual persiste a necessidade de se proferir juízo de inconstitucionalidade sobre a expressão “e representação na Câmara dos Deputados” insculpida na cabeça do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97.

Faço a ressalva de que esta declaração não repercuta imediatamente sobre os incisos I e II do mesmo parágrafo, os quais versam sobre os critérios de distribuição do tempo da propaganda eleitoral entre os diversos partidos, objeto de análise seguinte.

6.2) A distribuição do tempo de propaganda eleitoral e a representação na Câmara dos Deputados: tratamento diferenciado à luz do princípio da igualdade e da razoabilidade

Partindo da minha conclusão, fixada a premissa da impossibilidade de exclusão dos partidos políticos do horário eleitoral gratuito e da inconstitucionalidade da exigência de representação na Câmara dos Deputados para que a legenda participe da propaganda eleitoral gratuita, cumpre analisar a constitucionalidade ou não da divisão do tempo de rádio e de televisão proporcionalmente à representatividade na Câmara Federal.

Trata-se, propriamente, do cotejo entre os critérios de divisão, contidos nos incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97 - quais sejam, um terço do tempo de forma igualitária entre todos os partidos/coligações concorrentes e dois terços somente entre aqueles com representação na Câmara dos Deputados - com a aludida isonomia de todas as agremiações políticas.

Defende o partido autor da ADI nº 4.430 a necessidade de se declarar a inconstitucionalidade dos incisos I e II contidos no § 2º do art. 47 Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), de forma que a repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita se faça de forma igualitária entre todos os partidos partícipes da disputa.

Tal fórmula de divisão, asseguradora da participação equitativa dos diversos partidos envolvidos no pleito, já tinha sido conjecturada nos julgamentos do MS nº 746 e do MS nº 754 do TSE, vide Acórdão nº 8.427, já mencionado, como se observa no voto do Ministro Oscar Corrêa:

“Aos mandados, como se viu, aduziu o eminente Procurador-Geral Eleitoral representação, pugnano pela declaração de inconstitucionalidade das palavras ‘com representação no Congresso Nacional’ e da alínea ‘b’ do art. 27, II, da Resolução nº 12.924/86 (...).

Com isso, pleiteia-se, em síntese, que partidos, mesmo sem representação no Congresso Nacional, disponham de tempo distribuído dentre dos 40 minutos da alínea ‘b’ do art. 27, II, da Resolução 12.294, que reproduziu o art. 1º, II, ‘b’, da Lei nº 7.508, de 4/7/1986.”

A temática central foi amplamente discutida nesta Corte nos julgamentos da ADI nº 1.351/DF e da ADI nº 1.354/DF, quando se encontrava em xeque o art. 13 da Lei nº 9.096/95 e seus consectários. Referido dispositivo abrangia a denominada “cláusula de barreira”, por meio da qual se vedava o funcionamento parlamentar, nas diversas Casas Legislativas, dos partidos que não obtivessem representação suficiente na Câmara dos Deputados. Vide o mencionado dispositivo legal:

“Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.”

Essa regra de acesso tinha repercussões em outras questões, como no enquadramento do partido para a definição do tempo de propaganda partidária semestral, na distribuição dos recursos do fundo partidário, entre outras questões transitórias, conforme se verifica nos dispositivos seguintes:

“Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios:

I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.”

“Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.”

“Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado:

I - a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada;

II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.”

Da discussão, no que concerne ao direito dos partidos políticos na utilização do tempo de propaganda partidária, cabe destacar as conclusões veiculadas pelo Ministro Marco Aurélio, *in verbis*:

“O que se contém no artigo 17 da Carta Federal diz respeito a todo e qualquer partido político legitimamente constituído, não encerrando a norma maior a possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes, partidos de sonhos inimagináveis em termos de fortalecimento e partidos fadados a morrer de inanição, quer sob o ângulo da atividade concreta no Parlamento, sem a qual é injustificável a existência jurídica, quer da necessária difusão do perfil junto ao eleitorado em geral, dado indispensável ao desenvolvimento relativo à adesão quando do sufrágio, quer visando, via fundo partidário, a recursos para fazer frente à impiedosa vida econômico-financeira. Em síntese, tudo quanto venha à balha em conflito com os ditames maiores, os constitucionais, há de merecer a excomunhão maior, o rechaço por aqueles comprometidos com a ordem constitucional, com a busca do aprimoramento cultural.”

Vide, ainda, trecho do voto do eminente Ministro Gilmar Mendes:

“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, artigos 1º, V e parágrafo único). Tal modelo realiza-se, efetivamente, através da atuação dos partidos, que são, por isso, elevados à condição de autênticos e peculiares órgãos públicos ainda que não 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).

Esta mediação tem seu ponto de culminância na realização de eleições, com a livre concorrência das diversas agremiações partidárias.

(...)

Portanto, não se afigura necessário despende maior 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'.

(...)

Assinale-se, porém, que, tal como observado, o princípio da 'igualdade de chances' entre os partidos políticos abrange todo o processo de concorrência entre os partidos, não estando, por isso, adstrito a um segmento específico. É fundamental, portanto, que a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, dentre outras, não negligencie a ideia de igualdade de chances sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático."

Aderindo ao conteúdo dos votos citados, tenho que tais conclusões refletem ineludivelmente na composição dos critérios de divisão do tempo de rádio e televisão destinados à propaganda eleitoral, tal qual se reconheceu em relação ao funcionamento parlamentar e à distribuição do fundo partidário e do tempo destinado à propaganda partidária.

Esse instrumento de divulgação autoriza o uso de espaço de comunicação essencial para a efetiva participação no pleito eleitoral, sem o qual a concorrência torna-se deficiente ou mesmo inexistente para o partido político preterido.

Observo, contudo, quanto ao ponto chave do questionamento, que o legislador infraconstitucional foi atento a um padrão equitativo de isonomia, melhor dizendo, ponderou os aspectos formal e material do princípio da igualdade.

A solução interpretativa reclamada pelo requerente, na direção do tratamento absolutamente igualitário entre todos os partidos, com a consequente distribuição do mesmo tempo de propaganda, não é suficiente para espelhar a multiplicidade de fatores que influenciam o processo eleitoral, desprezando, caso acatada, a própria essência do sistema proporcional.

Nesse sentido, a lei distinguiu, em um primeiro momento, os partidos que não têm representação na Câmara Federal dos partidos que o têm. Distribuiu, então, um terço do tempo de forma igualitária entre todos os partidos/coligações concorrentes e dois terços do tempo somente entre os partidos com representação na Câmara dos Deputados (art. 47, § 2º, I, da Lei 9.504/97). Nesse ponto, adotou, isoladamente, o critério da representação.

Atento a essa particularidade, entendo possível, e constitucionalmente aceitável, a adoção de tratamento diversificado, quanto à divisão do tempo de propaganda eleitoral gratuita, entre partidos com e sem representação na Câmara dos Deputados.

O critério adotado, do mesmo modo que reserva espaço destinado às minorias, não desconhece a realidade histórica de agregação de representatividade política experimentada por diversos partidos políticos que na atualidade dominam o cenário político.

Com efeito, não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo. Não há como se exigir tratamento absolutamente igualitário entre esses partidos, porque eles não são materialmente iguais, quer do ponto de vista jurídico, quer da representação política que têm. Embora iguais no plano da legalidade, não são iguais à legitimidade política.

Destaque-se que essa desigualdade está na própria Constituição, que faz a distinção entre os partidos com e sem representação no Congresso Nacional, albergando a possibilidade desse tratamento diferenciado, por exemplo, quando permite a inauguração do controle abstrato de normas e a impetração de mandado de segurança coletivo somente aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Vide:

“Art. 5º. (...)

(...)

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional”;

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional”.

Vide, ainda, outros casos de tratamento diferenciado, agora relacionados ao funcionamento parlamentar:

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

(...)

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.”

“Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

(...)

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.”

“Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.”

Como se vê, da própria Constituição Federal pode-se extrair a distinção entre partidos com e sem representação no Congresso Nacional.

Mas, evidentemente, não pode a legislação instituir mecanismos que, na prática, excluam das legendas menores a possibilidade de crescimento e de consolidação no contexto eleitoral, devendo ser assegurado um mínimo razoável de espaço para que esses partidos possam participar e influenciar no pleito eleitoral, propiciando, inclusive, a renovação dos quadros políticos.

Dessa perspectiva, e com a premissa da inconstitucionalidade da expressão “e com representação na Câmara dos Deputados”, antes analisada, o tempo outorgado proporcionalmente à representatividade, embora dividido de forma distinta entre as agremiações, não nulifica a participação de nenhuma legenda concorrente.

Em verdade, como salientado, já na edição da Lei nº 9.100/95, para a eleição municipal de 1996, foi resguardada a distribuição igualitária de um quinto do tempo entre os partidos e coligações sem representação na Câmara dos Deputados(art. 57, I).

Ressalte-se que, no mesmo vetor, a Lei nº 9.504/97, ora em apreço, ampliou o “piso” de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, de um quinto para um terço do espaço gratuito

de divulgação de candidaturas, ampliando, desse modo, o espaço de comunicação das legendas menores e sua participação na propaganda eleitoral gratuita.

Por sua vez, a legislação estabeleceu, ainda, num segundo momento, outro critério de distinção, qual seja, a proporcionalidade da representação, distribuindo os dois terços do tempo restante proporcionalmente ao número de representantes de cada partido/coligação na Câmara dos Deputados (art. 47, § 2º, II, da Lei 9.504/97). Por que não distribuiu o legislador o tempo de dois terços igualmente entre todos os partidos que possuem representantes na Câmara Federal?

Evidentemente, não se pode colocar em igualdade de situações partidos que, submetidos ao teste de representatividade, angariaram maior legitimação popular do que outros.

A soberania popular, consagrada no parágrafo único do artigo inaugural da Constituição Federal de 1988 (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), e que constituiu elemento nuclear da democracia, é manifesta pelo povo, de maneira mais pujante, no momento do voto.

Do ponto de vista empírico, talvez este seja o ato que mais se assemelha ao ideal de contrato social, manifestado por Rousseau e outros: a outorga ao eleito do mandato de representação política e da legitimidade para a definição dos rumos do Estado.

Desprezar essa realidade, no momento de se compor a divisão do tempo de propaganda, é menoscar, em certa medida, a voluntas populi.

Assevero, outrossim, que o critério de divisão adotado – proporcionalidade da representação na Câmara dos Deputados – guarda propriedade com a finalidade colimada de representatividade proporcional. A Câmara dos Deputados é a Casa Legislativa de representação do povo, podendo a eleição de seus membros servir de critério de aferição, tanto quanto possível, da legitimidade popular:

“Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.”

Tendo o Brasil adotado, em relação às eleições parlamentares, o sistema proporcional, a divisão do tempo da propaganda eleitoral, de forma semelhante, também agasalha a diferenciação de acordo com a representação da legenda na Câmara dos Deputados.

Nas palavras de Orides Mezzaroba,

“[c]om a adoção do sistema proporcional (art. 45) garante-se constitucionalmente, sobretudo no Legislativo, a fidelidade da representação àquela pluralidade de ideias existentes no interior da Sociedade brasileira” (Introdução ao Direito Partidário Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 238).

Como salientei antes, a representação do povo, em máxima instância, é conferida à Câmara dos Deputados, sendo legítimo pressupor que a representatividade de seus membros apresenta-se como medida adequada e razoável para a divisão do tempo de acesso ao rádio e à televisão.

Sendo a Câmara Federal o espelho das diversas tendências presentes na sociedade, levar em consideração a força eleitoral de cada uma dessas tendências é consonante com o sistema de representação proporcional.

Daí se vê que os critérios equitativos adotados nos incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei 9.504/97 decorrem todos do próprio regime democrático e da lógica da representatividade proporcional, sem descuidarem, por outro lado, da garantia do direito de existência das minorias.

O acesso gratuito ao rádio e à televisão, de forma proporcional à representação do partido mas sem excluir desse acesso, conforme assegurado no art. 17, § 3º, da Lei Maior, aquelas agremiações que não possuem representantes na Câmara Federal, viabiliza a presença das condições necessárias para que os partidos/coligações e seus candidatos possam divulgar e promover, em igualdade material de condições, o debate democrático sobre suas propostas e ideias.

Por todas essas razões, Senhores Ministros, entendo que os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, em consonância com a cláusula democrática e com o sistema proporcional,

estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de privilégio não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular.

7) Participação no horário eleitoral gratuito de candidatos ou militantes de partido político integrante da coligação em âmbito nacional nos programas

Antes de adentrar na análise relativa à criação de partido novo e às possíveis alterações na representatividade da Câmara dos Deputados para fins de propaganda eleitoral gratuita, cabe, rapidamente, afastar a impugnação do Partido Humanista da Solidariedade (PHS) ao § 6º do art. 45 da Lei nº 9.504/97. Vide o dispositivo questionado:

“Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:

(...)

§ 6º É permitido ao partido político utilizar na propaganda eleitoral de seus candidatos em âmbito regional, inclusive no horário eleitoral gratuito, a imagem e a voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional.”

Segundo o PHS a disposição seria inconstitucional, por agressão ao caráter nacional dos partidos políticos (art. 17, I, CF/88) e aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, pois facilitaria negociações espúrias do horário gratuito da propaganda eleitoral na formação de coligações partidárias.

Acerca da exigência do caráter nacional dos partidos políticos, José Jairo Gomes destaca:

“A exigência de expressão nacional visa afastar a estruturação de agremiações com caráter meramente local ou regional. Historicamente, trata-se de reação às oligarquias estaduais e ao regionalismo político imperante na República Velha. Nesta, sobressaíam partidos políticos estaduais, sendo os principais o Partido Republicano Paulista (PRP) e o Partido Republicano Mineiro (PRM). Daí o predomínio das oligarquias paulistas e mineiras, que controlavam o governo federal, fato conhecido como ‘política do café-com-leite’; tal expressão alude ao maior produtor e exportador de café (São Paulo), e ao tradicional produtor de leite e derivados – Minas.” (op. cit. p. 90)

Assim, ao confrontar o conteúdo do § 6º do art. 45 da Lei nº 9.504/97, ora em análise, com a exigência insculpida no preceito constitucional, verifico que não há violação do texto constitucional.

Em sentido contrário, o dispositivo questionado, ao possibilitar ao partido político que se utilize, na propaganda eleitoral em âmbito regional, da imagem e da voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional, reforça esse caráter nacional do partido político, pois a permissividade do dispositivo é diretamente vinculada à existência de coligação em âmbito nacional.

Com efeito, como bem salientado pela Procuradoria-Geral da República, não há que se falar em

“inconstitucionalidade na norma do art. 45, §6º, da Lei nº 9.504, pois, ao contrário do que diz o autor ela não mitiga, e sim reforça o caráter nacional dos partidos políticos previsto no artigo 17, inciso I, da Constituição Federal. O contrário, ou seja, impedir que militantes ou candidatos de partido político que integrem sua coligação nacional participem da propaganda regional, é que se traduziria em regionalização das disputas eleitorais (...)”.

Ressalto, ainda, por oportuno, os princípios da autonomia e da liberdade de associação partidária, dispostos no § 1º do art. 17 da Constituição Federal, in verbis:

“É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.”

Acerca da liberdade na formação de coligação partidária, que é, na essência, contrária à verticalização obrigatória, o Ministro Celso de Mello, em decisão no MS nº 30.380, destacou, de forma acurada como sempre, o seguinte:

“A coligação partidária, como se sabe, constitui a união transitória de dois ou mais partidos políticos, vocacionada a funcionar, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei 9.504/1997, ‘como um só partido no relacionamento com a Justiça eleitoral e no trato dos interesses interpartidários’, objetivando viabilizar, aos organismos partidários que a integram, a conquista e o acesso ao poder político (...), além de fortalecer, no contexto do processo eleitoral, a representatividade e a sobrevivência das pequenas agremiações partidárias (...). Para esse efeito, as coligações partidárias – que conferem maior eficácia à ação, conjunta e solidária, dos partidos coligados – acham-se investidas de expressivas prerrogativas de ordem jurídico-eleitoral (...)” (MS nº 30.380-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 3/10/08).

Ademais, cumpre ressaltar a resposta firmada pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1209-49. Vide:

“CONSULTA. PROPAGANDA ELEITORAL. UTILIZAÇÃO DE IMAGEM E VOZ DE CANDIDATO A PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PROGRAMA ELEITORAL. ÂMBITO REGIONAL. ARTS. 45, §6º, E 54, DA LEI Nº 9.504/97.

1. Candidato a cargo majoritário na circunscrição do Estado não pode utilizar na sua propaganda eleitoral imagem e voz de candidato a Presidente da República ou militante do mesmo partido quando seu partido estiver coligado em âmbito regional com outro que também tenha lançado candidato a Presidente da República.

2. Candidato a cargo majoritário na circunscrição do Estado não pode utilizar na sua propaganda eleitoral imagem e voz de candidato a Presidente da República ou de militante de partido diverso em conjunto com candidato a Presidente da República do seu próprio partido, ainda que esses dois partidos estejam coligados em âmbito regional, de acordo com o que dispões o art. 54 da Lei 9.504/97.

3. Consulta conhecida e respondida negativamente aos dois questionamentos.

Resolvem os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, responder negativamente a ambas as questões, nos termos do voto do relator.” (Res. nº 23.292 de 29/6/10, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJe de 11/2/11).

Ainda com relação à consulta acima citada, para aclarar o conteúdo do § 6º do art. 45 da Lei nº 9.504/97, vale transcrever trechos do voto do eminente Relator, Ministro Aldir Passarinho Junior:

“(…) Por outro lado, o art. 45. § 6º, da Lei nº 9.504/97, introduzido pela Lei nº 12.034/2009 e reproduzido no art. 6º da Resolução nº 23.191/2010, permite a utilização da imagem e da voz de candidato de âmbito nacional em programa eleitoral de candidato regional desde que o partido do candidato regional integre a coligação em âmbito nacional. (...)

(...)

Na hipótese legal, portanto, a coligação existe em âmbito nacional, enquanto na esfera regional o candidato concorre apenas sob a legenda do seu partido. Nesse contexto, a lei permite ao candidato em âmbito regional filiado ao partido A utilizar na sua propaganda eleitoral a imagem e a voz de candidato a Presidente que concorra pela coligação AB.

Dessa forma, para que seja possível a participação de candidato a Presidente da República na propaganda eleitoral de candidato regional de outro partido a lei pressupõe a existência de coligação em âmbito nacional.

Na consulta ora trazida à apreciação desta c. Corte, repito, os questionamentos tratam de caso diverso, no qual a coligação existe em âmbito regional. Questiona-se acerca da possibilidade de se utilizar, na propaganda eleitoral de candidato a cargo majoritário regional integrante de coligação AB a imagem e a voz de candidato a Presidente da República filiado ao partido A, considerando que o partido B também possui candidato à Presidência da república.

Nessa hipótese, então, entendo que a resposta aos dois questionamentos deve ser negativa, de acordo com o disposto nos arts. 54 e 45, § 6º, da Lei nº 9.504/97 (...)”

Entendo, portanto, que o conteúdo do art. 45, § 6º, da Lei nº 9.504/97 não afronta a exigência de observância do caráter nacional pelos partidos políticos, reforçando, ao contrário, as diretrizes de tal exigência constitucional.

Saliente-se, contudo, que, a exemplo da consulta acima citada, a Justiça Eleitoral pode ponderar sobre eventuais abusos e excessos na participação de figuras nacionais nas propagandas locais.

Por outro lado, quanto às alegações de violação dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, acertadas as considerações da Advocacia-Geral da União:

“Também por serem entidades de direito privado, alheias à estrutura da Administração Pública, não são aplicáveis as disposições constantes do artigo 37, caput, da Constituição aos partidos políticos e coligações. É que, com relação às agremiações partidárias, os pressupostos constitucionais de constituição e funcionamento estão previstos no artigo 17 da Carta.

Desse modo, os princípios da legalidade e moralidade administrativas não servem como parâmetros de controle de constitucionalidade com relação à norma constante do artigo 45, § 6º, da Lei 9.504/97.”

Com efeito, como conclui a douta Procuradoria-Geral da República, “a invocação de princípios que norteiam a Administração Pública é, por óbvias razões, descabida aqui”.

Constitucional, portanto, o art. 45, § 6º, da Lei nº 9.504/97.

8) A criação dos partidos políticos e as alterações na representatividade da Câmara dos Deputados

Na ADI nº 4.795/DF, busca-se, especificamente, emprestar interpretação conforme à Constituição ao mesmo inciso II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), no sentido de

“afastar qualquer intelecção que venha a estender às agremiações político-partidárias que não elegeram representantes na Câmara dos Deputados o direito de participar do rateio proporcional de dois terços do tempo reservado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV”.

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

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

8.1) Processo histórico de formação dos partidos políticos no Brasil e o Processo de implantação da representação proporcional (sistema de listas abertas)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com efeito, o eleitorado era dominado pelas situações estaduais. A base da política era o domínio dos governadores sobre o voto. Deixava-se de lado a ideia de partidos nacionais, que poderiam trazer riscos para a autonomia dos Estados, e surgiam “os famosos ‘P. R.’ [Partidos Republicanos] em quase todo o Brasil” (Afonso Arinos. op. cit. p. 57).

Como explicita Samuel Dal-Farra Naspolini:

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

De igual modo, juridicamente, os partidos então existentes não tinham sequer disciplina específica, fundavam-se no direito geral de associação civil, regulado pelo Código Civil de 1916. Foi somente após a Revolução de 1930 e de suas históricas consequências no Direito Eleitoral nacional, com a edição do Decreto 21.076, de 1932, primeiro Código Eleitoral brasileiro, que se passou a ter um instrumento jurídico nacional reconhecendo a existência jurídica dos partidos políticos, regulando o seu funcionamento, os quais, por sua vez, podiam ser (art. 18): (i) permanentes, adquirindo personalidade jurídica, mediante inscrição no registro a que se refere o art. 18 do Código Civil; (ii) provisórios, formados transitoriamente para disputar as eleições; (iii) sendo a eles equiparados as associações de classe legalmente constituídas. Eram admitidas, ainda, as candidaturas avulsas (art. 88, parágrafo único), desde que requerido por um número mínimo de eleitores, e permitidos os partidos estaduais.

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

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

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

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

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

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

“Neste ponto a influência centralizadora do Estado Novo foi benéfica. Aquilo que não tinha conseguido a Constituinte de 1934 – o reconhecimento solene dos partidos como instrumento de governo e a imposição do seu caráter nacional – a Constituição de 1946 já encontra feito, através da lei eleitoral da ditadura.

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

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

Procurava-se estimular a mentalidade partidária nacional, impondo a criação de partidos em bases nacionais (LEAL, Victor Nunes. op. cit., p. 262). Buscava-se, com isso, diminuir a força das elites regionais, afastando-se, juntamente com os partidos estaduais, a sombra das disputas locais.

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

O fato de não se conhecer um verdadeiro sistema partidário de âmbito nacional, embora necessário para assegurar a unidade da Nação, e de se ter, primordialmente, uma base eleitoral regional revela a necessidade de se conferir, embora adotando o sistema proporcional, representação às elites locais, por intermédio do voto uninominal.

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

Contudo, ainda durante o Império, ilustres como o maranhense João Mendes de Almeida e o cearense José de Alencar, em razão dos reflexos das ideias de representação que afloravam na Europa, já defendiam a tese da representação proporcional.

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

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

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

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

Em termos mais positivos, o número de votados devia ser inferior ao número de eleitos na proporção conveniente para garantir uma representação à minoria sem risco da maioria” (Systema representativo. ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 1996. p. 3).

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

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

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

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

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

Defendia, ainda, Assis Brasil a necessidade de formação de uma única circunscrição nacional como instrumento de se obter o que chamava de “nacionalização do voto e da representação”. Mas teve de ceder dessa proposição, em razão da vasta extensão do país, preferindo a representação por Estado,

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

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

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

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

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

“Antes de tomar posse, Vargas já articulava a escolha dos nomes que iriam integrar o ministério do Governo Provisório. Escolhe Assis Brasil para a pasta da Agricultura, Indústria e Comércio.

Conforme Vargas escreveu em seu diário, a escolha e a própria nomeação de Assis se deram sem que o líder do Partido Libertador tivesse sido consultado. Getúlio não quis correr o risco de ouvir uma resposta negativa (VARGAS, 1995). Assis Brasil aceitou por telegrama a oferta.

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

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

Segundo Assis Brasil, a referida legislação "tem muito de original; não é cópia de lei alguma, começa por isto: somos o primeiro país do mundo que fez um Código Eleitoral" (op. cit. v. 2, p. 184).

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

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

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

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

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

Mas, como salienta Vitor Nunes Leal, "as críticas ao código eleitoral, suscitadas pelos pleitos de maio de 1933 e outubro de 1934, motivaram a promulgação de outro – lei nº 48, de 4 de maio de 1935" (op. cit. p. 158).

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

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

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

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

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

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

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

Barreto Campelo – O voto de legenda é completamente oposto ao princípio individualista; é uma forma coletivista, em oposição à individualista (DPL, 1935, p. 1201-1206)” (op. cit. p. 110). Ainda sobre a escolha do sistema proporcional, vale mencionar a defesa de João Villasbôas da adoção do sistema de listas fechadas, de forma que a ordem de votação dos candidatos deveria ser aquela dada no registro pelos respectivos partidos. O sistema proposto, no entanto, foi combatido por Pedro Aleixo:

“João Villasbôas – A classificação deve ser dada pelos partidos. Se o partido arca com a responsabilidade de colocar determinados candidatos na cabeça das cédulas, em primeiro turno, se ele tem a certeza de que não serão vitoriosos nas urnas todos os candidatos e de que fará, apenas, um representante, por que não assume a responsabilidade da colocação de todos os demais nomes?

Adolfo Bergamini – Por ordem preferencial partidária?

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

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

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

O sistema eleitoral brasileiro, de representação proporcional de lista aberta, surge desses embates; resultado que foi da conjugação de nossa ausência de tradição partidária com a força das nossas bases eleitorais regionais. Diante das dificuldades históricas de desenvolvimento de forças partidárias nacionais, não havia como forçar os eleitores do país a votar em partidos. Como já asseverava Assis Brasil, “[é] assim o caso brasileiro um d’aquelles em que a natureza das cousas sanciona a quebra dos principios” (op. cit. p. 214).

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

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

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

Esse continua a ser o nosso sistema atual.

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

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

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

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

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

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

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

A minha conclusão é que, no nosso sistema proporcional, não há como afirmar, simplesmente, que a representatividade política do parlamentar está atrelada à legenda partidária para a qual foi eleito, ficando, em segundo plano, a legitimidade da escolha pessoal formulada pelo eleitor por meio do sufrágio.

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

Como explicita Maurizio Cotta, a escolha do sistema partidário não se resume à forma de decidir quais são os eleitos, a escolha entre o sistema de listas abertas e listas fechadas significa também decidir qual o aspecto da representação que se quer ressaltar (Dicionário de Política. 13. ed., v. 2, Brasília: Unb, 2010. p. 1105).

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

Basta ver os números das últimas eleições para deputado federal (2010): segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, do total de votos válidos, 9,19% foram de legenda e 90,81%, votos nominais.

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

Disso já decorre, portanto, a inviabilidade de se declarar a inconstitucionalidade da interpretação questionada pelos autores da ADI nº 4.795 com fundamento no sistema proporcional de eleição (art. 45, CF/88).

8.2) O caput do art. 17 da Constituição Federal e a equiparação constitucional entre as hipóteses de criação, fusão e incorporação de partidos políticos

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

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

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

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

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

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

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

“Os partidos políticos são importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada pela atuação dos partidos políticos. Eles exercem uma função de mediação entre o povo e Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral. Mas não somente durante essa fase ou período. O processo de formação de vontade política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período. Enquanto instituições permanentes de participação política, os partidos desempenham função singular na complexa relação entre o Estado e sociedade. Como nota Grimm, se os partidos políticos estabelecem a mediação entre o povo e o Estado, na medida em que apresentam lideranças pessoais e programas para

a eleição e procuram organizar as decisões do Estado consoante as exigências e as opiniões da sociedade, não há dúvida de que eles atuam nos dois âmbitos.”

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

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

“[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.

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

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

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

Com efeito, 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 de tempo de televisão e de rádio, é aquele definido pela última eleição para deputado federal.

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

Como explicita Olivar Coneglian:

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

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

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

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

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

Como o deputado federal eleito por um partido ainda poderia mudar para outro até o início da legislatura, na sequência, a Lei nº 11.300, de 2006, alterou o dispositivo legal, passando a fazer a previsão hoje vigente, no sentido 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. Essa realidade era prática recorrente.

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 passa 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-lhe o direito de reaver o mandato perdido, em face da caracterização da infidelidade partidária, de forma que as modificações de legendas resultem, em consequência, na perda do mandato. (MS nº 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau; MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MS nº 26.604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia; MS nº 26.890/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Por outro lado, foram fixadas justas causas aptas a legitimarem a mudança de legenda e, dentre essas causas, sobressaem, exatamente, o nascimento de novo partido político legalmente constituído no Estado pluripartidário brasileiro e a fusão ou 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 participaram da criação de novel partido a representatividade de seu mandatos e as benesses políticas que deles decorrem. Seria o mesmo que dizer que os parlamentares que migram para nova legenda não perdem o mandato mas não mais carregam, durante toda a legislatura seguinte, a representatividade que lhes conferiu seus eleitores.

Não haverá “autêntica” liberdade de criação de partidos políticos se não se admitir que os fundadores de uma nova agremiação que detenham mandato parlamentar possam contar com sua representatividade para a divisão do tempo de propaganda, desigualando esses parlamentares de seus pares, com a exclusão do direito de propaganda proporcionalmente à representatividade de seus quadros.

Por sua vez, 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 já em funcionamento quando da realização da eleição que, embora tenham dela participado, não lograram obter representantes na Câmara dos Deputados. Situação bastante distinta é a daqueles partidos políticos que somente foram criados após finda a eleição e que, por óbvio, dela não participaram.

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

No meu entender, o fato de a novel agremiação e o seu programa partidário não terem ainda passado pelo chamado "teste das urnas" não é suficiente para ensejar a inconstitucionalidade da interpretação aqui defendida.

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

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

Todavia, não faz a Lei Maior distinção em relação ao momento em que é auferida a representação pela agremiação partidária, se a resultante da eleição ou de momento posterior. A Carta Maior exige representação, mas não faz nenhum tipo de restrição em relação ao momento em que o partido a adquire. Sendo assim, para os 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, não poderia fazê-lo o legislador ordinário.

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.

Compara-se, ademais, a criação de partido novo com a fusão de legendas em momento posterior às eleições. A agremiação resultante da fusão de legendas também não participou 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 contar com programa partidário completamente distinto do desses. Nesse caso, contudo, embora esse partido também não tenha participado de eleições gerais para a Câmara dos Deputados, tal como na hipótese de criação de partido, conforme disposição expressa no § 4º do art. 47 da Lei das Eleições, ele preserva a representatividade dos partidos que o originam.

Não há razão, portanto, para conferir às hipóteses de criação de nova legenda tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão, já que ambas as possibilidades detêm o mesmo

patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema.

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

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

Situação diversa é aquela em que parlamentares migram de seus partidos de origem para agremiações que já participaram de pleitos anteriores. Nessas hipóteses, embora o deputado possa manter seu mandato, caso seja reconhecida a justa causa para a troca de partido, não há transferência de representatividade, pois não se trata de alteração partidária decorrente da criação de partido novo, reconhecida e estimulada constitucionalmente, mas, sim, de casos pessoais e individuais de troca de partido.

Para concluir, no meu sentir, declarar a inconstitucionalidade da interpretação questionada pelos autores da ADI nº 4795 seria deixar de lado a representatividade de partidos que já nascem, ao receber parlamentares oriundos de outros partidos, com força política nacional, frustrando, assim, sua participação nos processos eleitorais de forma compatível e condizente com a representatividade política que ostentam e com a legitimidade popular de seus membros advinda das urnas.

Por todas essas razões, reputo constitucional a interpretação que reconhece 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, aos partidos criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, 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.

#### 9. Conclusão

Como salientado, no início deste voto, confrontando as ações diretas em comento (ADI nº 4.430 e ADI nº 4.795), constata-se que se trata de nítido caso de continência de pedidos.

Isso porque, enquanto na ADI nº 4.430 a impugnação aponta como inconstitucional a integralidade do art. 47, § 2º, inciso II, da Lei nº 9.504/97, na ADI nº 4.795, a postulação limita-se à conferência de interpretação conforme restritiva ao referido dispositivo, no sentido de “afastar qualquer interpretação que venha a estender às agremiações político-partidárias que não elegeram representantes na Câmara dos Deputados o direito de participar do rateio proporcional de dois terços do tempo reservado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV”.

Percebe-se que o segundo pedido está contido no primeiro, mais amplo, no qual se questiona o preceito por inteiro, embora com causa de pedir diversa.

Caso confirmada sua constitucionalidade na ADI nº 4.430, entendo que, pelo menos a princípio, são conjuntamente corroboradas todas as interpretações possíveis do texto, tendo em conta que, nas ações de controle abstrato, há causa de pedir aberta, e esta Suprema Corte, no desempenho da função primordial de guardiã da Carta Maior, pode valer-se de fundamentos outros, não constantes do corpo da petição inicial.

Nesses termos, na medida em que assentada em meu voto a constitucionalidade do § 6º do art. 45 da Lei 9.504/97 e que o pedido maior, veiculado na ADI nº 4.430, autoriza o juízo de constitucionalidade sobre os vários sentidos do texto impugnado, inclusive aquele referido na ADI nº 4.795, julgo parcialmente procedente a ADI nº 4.430, no sentido de:

- i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados” contida na cabeça do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97;
- ii) dar interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do § 2º do art. 47 da mesma lei, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda na sua criação.

Por conseguinte, fica prejudicado o pedido contido na ADI nº 4.795.

Diante do exposto, considerando que esses mesmos fundamentos se aplicam ao presente caso, adoto-os como razão de decidir e voto no sentido de deferir o pedido, para que o PSD tenha acesso proporcional relativo aos 95% das cotas dos recursos do fundo partidário, entretanto em extensão menor à do voto do eminente relator.

No caso, na linha do que assentei no julgamento da ADI nº 4.430, a proporção a ser considerada deverá levar em conta os votos nominais dados a cada filiado que tenha sido candidato nas eleições de 2010 para a Câmara dos Deputados e que tenha migrado do partido pelo qual concorreu, diretamente para a legenda criada, em até 30 (trinta) dias após o registro no TSE.

É como voto.

#### ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhora Presidente, o Partido Social Democrático (PSD) apresentou pedido com vistas a obtenção de acesso proporcional aos recursos do fundo partidário, com base no artigo 41-A da Lei nº 9.096/1995, que assim dispõe:

Art. 41-A. 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Pretende o PSD obter acesso ao percentual de 95% das cotas do fundo partidário, apesar de não ter eleito representantes para a Câmara dos Deputados.

Após os votos do eminente Ministro relator e do Ministro Marco Aurélio que deferiram o pedido, e o voto do Ministro Arnaldo Versiani indeferindo-o, pedi vista dos autos para melhor exame.

O eminente relator votou no sentido de considerar, para efeito do cálculo da distribuição no fundo partidário ao partido recém-criado, a votação nominal de cada filiado candidato, ainda que não eleito, que migrou para a nova legenda.

Feito o registro do voto do relator, do qual o Ministro Arnaldo Versiani divergiu e houve o acompanhamento por parte do Ministro Marco Aurélio, eu faço o registro de que houve pelo Supremo Tribunal Federal o encerramento, na manhã de hoje, da Ação Direta de

Inconstitucionalidade (ADI) nº 4430, cujo mérito já foi julgado, no sentido de reconhecer a equiparação nos casos de fusão ao partido criado e contando, naquele caso da Lei Eleitoral, a bancada eleita.

Como não houve ao partido criado bancada eleita, considerou-se, então, a representatividade dos deputados federais que no ato de criação do partido a ele aderiram, de tal sorte que esses deputados levaram a sua representatividade para fins do cálculo.

Literalmente, a decisão final quanto ao ponto que interessa – item II da parte dispositiva do meu voto que por maioria acabou prevalecendo – foi a seguinte: dar interpretação conforme a Constituição Federal ao inciso II do § 2º do artigo 47 da mesma lei, para assegurar aos partidos novos, criados após as eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para nova legenda na sua criação.

Essa foi a parte dispositiva referente à Lei Eleitoral. Fazendo esse registro, transcrevo todo o meu voto naquela ação.

Penso que mesmo os colegas que estão aqui no Tribunal Superior Eleitoral, que não compõem o Supremo Tribunal Federal, tiveram acesso a essas informações e, evidentemente, acompanharam a deliberação, que, no caso da Lei Eleitoral, tem efeito vinculante.

Acredito, Senhora Presidente, que as premissas e os pressupostos que levaram a considerar a representatividade daqueles deputados também devem ser aplicados ao caso. Aqui a disciplina não é a bancada, e sim os votos dados.

Então acrescentaria à parte dispositiva do voto do Ministro Marcelo Ribeiro – que não está conosco, mas penso que talvez tenha sido esse o sentido – aquilo que coloquei na parte dispositiva do meu entendimento.

O entendimento do Ministro Marcelo Ribeiro foi que teria acesso aos 95% o partido recém-criado, com base na votação nominal de cada filiado, candidato nas últimas eleições, ainda que não eleito, que tenha migrado para a nova legenda. Para ficar claro, assentaria: que tenha migrado para a nova legenda diretamente do partido pelo qual disputou a eleição.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (presidente): Essa é a mudança do voto de Vossa Excelência, que prevaleceu no Supremo, e que se acrescenta ao voto do Ministro Relator.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Faço dois adendos: que a migração seja feita diretamente do partido pelo qual o candidato concorreu ao novo partido, tendo este participado do ato de criação do novo partido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (presidente): E vindo diretamente do partido pelo qual se candidatou.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Sim. Aqui o pressuposto não é ter sido eleito, mas os votos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Não é a eleição, mas a candidatura.

### VOTO (ratificação)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhora Presidente, apenas para reafirmar o voto, atentando-se à vertente agora surgida. Não cabe distinguir se a migração fora do Partido pelo qual concorreu no último certame ou de legenda diversa, para a qual antes migrara o parlamentar. O que importa saber é a representatividade do novo Partido.

A premissa a ser observada é consentânea com o que normalmente ocorre, ou seja, a presunção de legitimidade das migrações. Enquanto estas não forem afastadas, devem ser consideradas, perquirindo-se a representação da sigla.

O que se tem é uma ficção jurídica. Não cabe exigir do Partido Político uma condição impossível, ou seja, a participação no pleito pretérito, antes de ele vir à balha, antes de ser criado.

Reafirmo o voto no sentido de determinar levar-se em conta a representação da legenda na Câmara dos Deputados.

### VOTO

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhora Presidente, cuida-se de requerimento formulado pelo Partido Social Democrático (PSD) – Nacional com o objetivo de obter acesso proporcional aos recursos do Fundo Partidário, considerada sua bancada atual na Câmara dos Deputados.

O requerente afirma que 52 (cinquenta e dois) deputados federais estão filiados à agremiação, os quais teriam obtido conjuntamente 4.670.295 (quatro milhões e seiscentos e setenta mil e duzentos e noventa e cinco) votos nominais nas eleições de 2010.

Diante do esclarecedor relatório lido pelo e. Ministro Marcelo Ribeiro, dispense-me de recapitular os argumentos do requerente e dos demais interessados e passo diretamente ao voto.

O PSD teve seu registro deferido por esta c. Corte na sessão de 27.9.2011 (RPP 1417-96/DF), estando apto, portanto, a participar do pleito de 2012, nos termos dos arts 7º, § 2º, da Lei 9.096/95<sup>4</sup> e 4º da Lei 9.504/97<sup>5</sup>.

Assim, é inquestionável que a referida agremiação está habilitada a receber recursos do Fundo Partidário, ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, registrar delegados perante os órgãos da Justiça Eleitoral, além de ter assegurada a exclusividade de sua denominação, sigla e símbolos,

---

<sup>4</sup> Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

[...]

§ 2º Só o partido que tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral pode participar do processo eleitoral, receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos fixados nesta Lei.

<sup>5</sup> Art. 4º Poderá participar das eleições o partido que, até um ano antes do pleito, tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral, conforme o disposto em lei, e tenha, até a data da convenção, órgão de direção constituído na circunscrição, de acordo com o respectivo estatuto.

conforme dispõem os arts. 7º, §§ 2º e 3º, e 11 da Lei 9.096/95<sup>6</sup>, que regulamentam o art. 17, § 3º, da CF/88<sup>7</sup>.

Ressalte-se, por oportuno, que o TSE já se manifestou nesse sentido no julgamento da Pet 3019/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJe* de 13.9.2010. A respeito, destaco excertos do voto do e. Relator na mencionada petição:

[...] após o registro do respectivo estatuto no Tribunal Superior Eleitoral é que o partido político poderá participar do processo eleitoral, receber recursos do Fundo Partidário, ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, registrar delegados perante os órgãos da Justiça Eleitoral, bem como ter assegurada a exclusividade de sua denominação, sigla e símbolos, a teor do que dispõem os arts. 7º, §§ 2º e 3º, e 11 da Lei nº 9.096/95.

[...]

Conclui-se, pois, que o partido político somente passa a existir, para fins eleitorais, após o registro do estatuto partidário no Tribunal Superior Eleitoral.

Também é incontroverso que aqueles que contribuíram para a criação do PSD e vieram a ele se filiar no período compreendido entre o registro do estatuto do novo partido no TSE até um ano antes do pleito de 2012 podem, em tese, candidatar-se nas próximas eleições – desde que ostentem todas as condições de elegibilidade e não incorram em nenhuma causa de inelegibilidade –, conforme decidido na Cta 755-35/DF, de minha relatoria, *DJe* de 1º.8.2011.

Assim, conclui-se que o PSD e seus filiados são titulares de direitos e detêm, ao menos em princípio, todos os requisitos essenciais para figurarem como atores no processo eleitoral próximo, tal como os demais partidos cujos registros foram anteriormente deferidos pelo TSE.

Estabelecidas essas premissas, cumpre indagar se o PSD possui direito à percepção dos recursos partidários de forma proporcional à sua representação na Câmara dos Deputados, tal como previsto no art. 41-A da Lei 9.096/95.

<sup>6</sup> Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

[...]

§ 2º Só o partido que tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral pode participar do processo eleitoral, receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos fixados nesta Lei.

§ 3º Somente o registro do estatuto do partido no Tribunal Superior Eleitoral assegura a exclusividade da sua denominação, sigla e símbolos, vedada a utilização, por outros partidos, de variações que venham a induzir a erro ou confusão.

Art. 11. O partido com registro no Tribunal Superior Eleitoral pode credenciar, respectivamente:

I - delegados perante o Juiz Eleitoral;

II - delegados perante o Tribunal Regional Eleitoral;

III - delegados perante o Tribunal Superior Eleitoral.

Parágrafo único. Os delegados credenciados pelo órgão de direção nacional representam o partido perante quaisquer Tribunais ou Juízes Eleitorais; os credenciados pelos órgãos estaduais, somente perante o Tribunal Regional Eleitoral e os Juízes Eleitorais do respectivo Estado, do Distrito Federal ou Território Federal; e os credenciados pelo órgão municipal, perante o Juiz Eleitoral da respectiva jurisdição.

<sup>7</sup> 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:

[...]

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

## I – Da Distribuição do Fundo Partidário. Breve Histórico

A Constituição Federal de 1988, ao tratar do financiamento dos partidos políticos, estabeleceu que eles “têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei” (art.17, § 3º).

Em outras palavras, o constituinte assegurou aos partidos políticos o recebimento do fundo partidário mas deixou a cargo da lei ordinária a definição dos critérios para o seu recebimento e do percentual devido a cada agremiação.

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado apenas em 1995, por meio da edição da Lei 9.096, também chamada Lei dos Partidos Políticos.

O art. 41 dessa lei determinava que 1% do Fundo Partidário fosse dividido entre todos os partidos registrados no TSE e os outros 99% fossem distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição para a Câmara dos Deputados, mas somente entre aqueles partidos que tivessem funcionamento parlamentar.

De acordo com o art. 13 da mesma lei, teria direito a funcionamento parlamentar o partido que tivesse eleito ao menos um representante na respectiva Casa Legislativa e que obtivesse o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

Além disso, o funcionamento parlamentar era requisito para que os partidos obtivessem também mais tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão (art. 49 da Lei 9.096/95).

No entanto, esse condicionamento da representação parlamentar à obtenção de um certo número de votos pelo partido, denominado doutrinariamente “cláusula de barreira”, ou “cláusula de desempenho”, foi declarado inconstitucional pelo STF em 7.12.2006.

Naquela ocasião, o STF julgou procedentes as ADIs 1.351-3 e 1.354-8, declarando a inconstitucionalidade da cláusula de barreira (art. 13 da Lei 9.096/95) e da forma de divisão do fundo partidário (art. 41 da Lei 9.096/95), por entender que feriam o pluralismo político, o pluripartidarismo, o direito de representação das minorias e o princípio da igualdade de chances dos partidos e dos candidatos.

Os Ministros do STF consideraram, em síntese, que a impossibilidade de funcionamento parlamentar dos partidos que não atingissem os requisitos da cláusula de barreira, somada à desequilibrada distribuição do Fundo Partidário, fariam com que os partidos menores praticamente “morressem de inanição”, uma vez que teriam menos recursos financeiros e elegeriam parlamentares “de segunda classe”, sem direito de participar da Mesa e das comissões parlamentares.

Em fevereiro do ano seguinte, foi sancionada a Lei 11.459/2007, que introduziu o art. 41-A na Lei 9.096/95, disciplinando uma nova divisão dos recursos do fundo partidário: 5% seriam divididos entre todas as agremiações registradas no TSE e 95% distribuídos na proporção dos votos obtidos na última eleição para a Câmara dos Deputados. Para melhor exame, transcrevo o dispositivo:

Art. 41-A. 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior

Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

## II – Da distribuição do Fundo Partidário para partido político criado após a eleição geral

Tendo em vista a evolução legislativa acerca da distribuição do montante do Fundo Partidário para os partidos políticos, tem-se que, numa primeira leitura do art. 41-A da Lei 9.096/95, restaria aos partidos pequenos e aos partidos criados após a eleição geral participar somente da distribuição igualitária dos 5% entre todos os partidos registrados no TSE.

No entanto, não se pode olvidar que o espírito da mudança realizada na Lei 9.096/95 com a introdução do art. 41-A era de adequar a distribuição do Fundo Partidário aos princípios balizadores da unânime decisão do STF sobre a cláusula de barreira: proteção ao pluralismo político, ao pluripartidarismo, à representação das minorias e à igualdade de chances dos partidos e dos candidatos.

Na decisão que declarou a inconstitucionalidade da cláusula de barreira, o e. Relator, Ministro Marco Aurélio, destacou que a vigência da cláusula seria como a emissão de um atestado de óbito aos partidos que não a cumprissem, como se pode notar no seguinte trecho de seu voto:

“O que contém no artigo 17 da Carta Federal diz respeito a todo e qualquer partido político legitimamente constituído, **não encerrando a norma maior a possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes**, partidos de sonhos inimagináveis em termos de fortalecimento e **partidos fadados a morrer de inanição**, quer sob o ângulo da atividade concreta no parlamento, sem a qual é injustificável a existência jurídica, quer da necessária difusão do perfil junto ao eleitorado em geral, dado indispensável ao desenvolvimento relativo à adesão quando do sufrágio, quer visando, **via fundo partidário, os recursos para fazer frente à impiedosa vida econômico-financeira**”<sup>1</sup>. (sem destaque no original).

Assim, da leitura do citado art. 41-A, aliado a outros dispositivos, tais como os que disciplinam a distribuição do tempo de propaganda partidária e eleitoral, infere-se que o legislador privilegiou a igualdade entre os partidos políticos, determinando que lhes coubesse, a cada um, recursos e visibilidade **na medida de sua representação no cenário nacional**.

Desse modo, ao mesmo tempo em que se está a garantir o pluralismo político – fundamento da República (art.1º, V, da CF/88) – e a possibilitar meios para a concretização do pluripartidarismo (art. 17, *caput*, da CF/88), permite-se que o cenário político reflita os diferentes segmentos da coletividade na exata proporção em que se apresentam na sociedade, respeitando os direitos das minorias.

Ao contrário, se se entender que o PSD não tem direito a participar da divisão de 95% do Fundo Partidário porque não participou das eleições gerais de 2010, incorrer-se-á na mesma inconstitucionalidade que ocorria até 2006, quando os partidos que não elegiam ao menos um deputado federal tinham direito a participar da divisão de somente 1% dos recursos do Fundo.

Hoje, a divisão do Fundo é muito mais equânime e justa. Todos os partidos que concorreram na última eleição usufruíram da divisão de 100% da arrecadação do Fundo, sendo que 5% foi dividido igualmente entre os partidos e 95% dividido na proporção do número de votos obtidos por cada agremiação.

O ordenamento jurídico, pois, garante a igualdade a todos os partidos políticos, observada a representatividade de cada agremiação.

Dessa forma, o art. 41-A da Lei 9.096/95 não deve ser lido e aplicado com os olhos voltados apenas aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também e principalmente atentos aos ditames do pluripartidarismo e da representatividade. É dizer, de nada serve permitir a criação de partido político se esse partido não puder desempenhar seu papel na proporção daquilo que representa.

É incontroverso que o PSD, hoje, é a terceira maior bancada da Câmara dos Deputados (atualmente com 52 deputados federais) e essa dimensão não pode ser desconsiderada nem olvidada, pois os parlamentares do PSD, embora não tenham sido eleitos pelo partido, não deixam de representar a população que os elegeu pelo simples fato de terem mudado legitimamente de partido (art. 1º, § 1º, II, da Res.-TSE 22.610/2007<sup>8</sup>).

Assim, a destinação ao PSD apenas da parcela correspondente a 5% do Fundo Partidário que é igualmente distribuída entre todos os partidos políticos registrados no TSE, alijando a nova agremiação da divisão proporcional dos outros 95% do referido fundo, implica, *data maxima venia*, privilegiar os demais partidos em detrimento do PSD, que inegavelmente possui significativa representação na Câmara dos Deputados.

Respeitadas as opiniões em contrário, ao julgador não é dado apegar-se à literalidade da lei. É dever do juiz contemporâneo julgar sempre rente aos fatos e rente à vida, e ao julgador eleitoral é preciso ir além da legislação eleitoral, porém sempre pelos caminhos da própria legislação eleitoral.

Ademais, atendidos os requisitos legais, não há óbice para a constituição de partido político, tanto que o Judiciário considera esse fato como justa causa para desfiliação partidária. Assim, criado um Partido, ele deverá funcionar na exata medida de sua representatividade, sob pena de se revigorar a extinta cláusula de barreira e condená-la ao ostracismo político e a uma morte quase certa, em flagrante desrespeito ao pluralismo político e ao pluripartidarismo defendidos pela Constituição.

Não vislumbro, portanto, razões para diferir, para depois das eleições de 2014, o recebimento pelo PSD das cotas do Fundo Partidário relativas à distribuição proporcional da parcela de 95% a que alude o art. 41-A da Lei 9.096/95.

Forte nessas razões, **defiro** o pedido formulado pelo requerente para que tenha acesso proporcional aos 95% do Fundo Partidário, com base nos 52 (cinquenta e dois) deputados federais a ele filiados, que migraram diretamente da sua legenda ao novo partido, tendo participado do ato de criação.

É o voto.

---

<sup>8</sup> 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:

[...]

II) criação de novo partido;

## VOTO (vencido)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (presidente): Senhores Ministros, peço vênia ao Ministro Relator e aos que o seguiram, para, na esteira do que votei no Supremo Tribunal Federal, acompanhar a divergência do Ministro Arnaldo Versiani, pelo indeferimento da petição.

DJE de 27.8.2012.

---

## TEMAS ELEITORAIS DO INFORMATIVO DO STF

---

(Retirado do Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 675, de 13 a 17 de agosto de 2012)

### MED. CAUT. EM ADI N. 4.310-DF

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58/2009. ALTERAÇÃO NA COMPOSIÇÃO DOS LIMITES MÁXIMOS DAS CÂMARAS MUNICIPAIS. ART. 29, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DE EFEITOS À ELEIÇÃO DE 2008 (ART. 3º, INC. I). POSSE DE VEREADORES. VEDAÇÃO DE APLICAÇÃO DA REGRA A ELEIÇÃO QUE OCORRA ATÉ UM ANO APÓS O INÍCIO DE SUA VIGÊNCIA: ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA COM EFEITOS 'EX TUNC' PARA SUSTAR OS EFEITOS DO INCISO I DO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58, DE 23.9.2009, ATÉ O JULGAMENTO DE MÉRITO DA AÇÃO.

1. Cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para questionar norma de Emenda Constitucional. Precedentes.
2. Norma determinante da retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado: afronta à garantia do exercício da cidadania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14 da Constituição) e do princípio da segurança jurídica.
3. Eleitos e diplomados pela Justiça Eleitoral até 18.12.2009 com posse em 2009: impossibilidade de se empossar suplente não eleito pelo sufrágio secreto e universal; ato caracterizador de nomeação, não eleição.
4. A aplicação da regra questionada importaria vereadores com mandatos diferentes, o que afrontaria o processo político juridicamente perfeito.
5. Medida cautelar deferida com efeitos *ex tunc*.

---

## OUTRAS INFORMAÇÕES

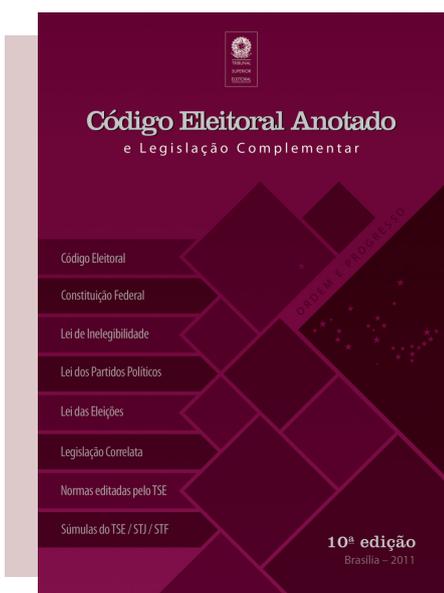
---

### Coletânea de **Jurisprudência** do TSE Organizada **por assunto**

A obra, atualizada mensalmente, contém mais de 11 mil ementas de acórdãos e resoluções ou notas substitutivas distribuídas em 19 temas.

Você pode acessar a coletânea pelo menu Jurisprudência no portal do TSE ou diretamente no endereço:

<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>.



### **CÓDIGO ELEITORAL**

#### ANOTADO E LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR

Você pode adquirir o seu exemplar da 10ª edição do *Código eleitoral anotado e legislação complementar* na Seção de Impressão e Distribuição (1º andar – sala V-104), após o recolhimento do valor de R\$ 16,06, por meio de Guia de Recolhimento da União (GRU).

A obra está disponível, ainda, no sítio do Tribunal Superior Eleitoral em formato PDF.

Faça, gratuitamente, o *download* do arquivo no endereço:  
<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral-anotado/codigo-eleitoral-anotado-e-legislacao-complementar-10a-edicao>.

---

Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha  
Presidente

Juiz Carlos Henrique Perpétuo Braga  
Secretário-Geral da Presidência

Murilo Salmito Noletto

Ana Paula Vilela de Pádua

Assessoria Especial da Presidência

[asesp@tse.jus.br](mailto:asesp@tse.jus.br)