

## VOTO - VOGAL

**O Senhor Ministro Edson Fachin:**

### **1. Introito**

Acolho o bem lançado do relatório do e. Ministro Luiz Fux.

Para efeitos argumentativos, rememoro tratar-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pelo Governador do Estado do Pará em face de omissão do Congresso Nacional em legislar, como comanda o art. 45, § 1º da Constituição da República, sobre representação proporcional à população de cada Estado e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados.

O requerente argumenta que a edição da Lei Complementar nº 78/1993, que disciplina a fixação do número de Deputados, nos termos do art. 45, § 1º, da CRFB/88, supriu apenas parcialmente as exigências do comando constitucional, deixando de definir o critério a ser empregado para auferir e implementar a representação proporcional em razão da população de cada Estado.

Argumenta ainda já ter o Supremo Tribunal Federal se pronunciado sobre esta omissão nos julgamentos do Mandado de Injunção nº 219 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4947.

Entendendo existirem precedentes da Corte, nomeadamente a ADO nº 25, que assentariam a possibilidade de imposição de medidas concretas a fim de suprir a existência de lacuna inconstitucional, o Requerente pede o reconhecimento da mora inconstitucional e a adoção da Resolução nº 23.389 /2013, do Tribunal Superior Eleitoral, e os correspondentes ajustes da representação na Câmara dos Deputados.

Era o que se tinha, brevemente, a rememorar.

Reconhecendo estarem presentes todas as condições de cognoscibilidade da ação direta, passo ao exame do mérito.

### **2. considerações sobre o objeto sob julgamento**

O tema que se está aqui a tratar não é simplesmente um entre outros no arcabouço constitucional brasileiro. Estamos a tratar do fundamento mesmo da República que se inaugura em 1988: a soberania popular e a democracia representativa. A distorção na partição proporcional dos Deputados Federais tem consequências por demais profundas, porque, se acompanharmos o aviso do filósofo alemão Jürgen Habermas, o Estado Democrático de Direito pressupõe a “co-implicação entre cidadania e legitimação do Direito” (HABERMAS, J. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.** Frankfurt: Suhrkamp, 1991, p. 492). A relação de co-originalidade e equiprimordialidade entre autonomia pública e a garantia da autonomia privada dos sujeitos de direito condiciona a validade do Direito produzido democraticamente.

Ao se falar de proporcionalidade da representação das populações dos Estados-membros no corpo legislativo da União, está-se, em verdade, tocando na ideia elementar de igualdade quanto ao *status activus* dos cidadãos. Esta noção está cristalizada na máxima “um homem, um voto”. A respeito deste princípio, a Suprema Corte Americana anotou, no julgamento do caso *Reynolds vs. Sims* :

“[Em *Wesberry vs. Sanders* ], decidimos que a repartição dos assentos no congresso que contrai o valor de alguns votos e expande o de outros é inconstitucional, porquanto a Constituição Federal requer que, quando votantes qualificados elegem membros do Congresso cada voto deve ter o mesmo peso dos demais. Concluimos que a exigência constitucional para a eleição dos membros da Câmara dos Deputados [*House of representatives*] “pelo povo”, construída em seu contexto histórico, significa que, tanto quanto possível, o voto de um homem em uma eleição legislativa valha tanto quanto os dos demais” ( *Reynolds v. Sims* , 377 U.S. 533 (1964), p. 27).

Posição similar foi adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso *Überhangmandate II*, de 1997: “O princípio da igualdade eleitoral (...) implica que cada pessoa autorizada a votar tenha o mesmo valor e a mesma chance de sucesso. É decisiva aqui uma consideração *ex ante* . Esta exigência de igualdade se opõe historicamente a diferentes ponderações de votos de acordo com o eleitor, seu pertencimento a uma classe ou suas condições financeiras (...); hoje, ela preserva a igualdade de chances no sentido estrito e formal” (BVerfGE 95, 335 - *Überhangmandate II* ).

Sabemos, ao menos desde o seminal artigo da lavra do professor Miguel Reale intitulado “O Sistema de Representação Proporcional e o Regime Presidencial Brasileiro” (1959), que a realidade institucional brasileira historicamente enfrenta problemas de sobre- e sub-representação estadual, especialmente em razão das condicionantes de valores absolutos mínimos e máximos de Deputados Federais pertencentes a cada um dos Entes-federados.

Esta realidade não escapou às discussões havidas na Assembleia Nacional Constituinte. Do Diário da ANC de 16 de março de 1988, colho manifestação elucidativa do ilustre Constituinte Fernando Henrique Cardoso:

“A discussão se travou um torno do seguinte. Todos sabem que há uma demanda - e que não é paulista; é uma demanda em função da democracia - no sentido de que se equilibre a representação do povo na Casa do povo, a Câmara dos Deputados. E todos sabem, também, que o equilíbrio da Federação depende de uma representação igual no Senado da República. No Senado da República não há Estado grande ou pequeno, rico ou pobre há representação dos Estados; na Câmara dos Deputados, de acordo com a tradição democrática, a representação é da população, é do povo - e não há de ser em função do tamanho da população do eleitorado que se há de fazer a representação nesta Casa.

(...)

Sabemos todos nós - e não apenas os paulistas - que vivemos num país em que é necessário um grande esforço para reequilíbrio regional. Sabemos: tanto que nunca levantamos a questão de uma representação realmente proporcional. Sabemos os Srs. Constituintes a que número deveria chegar a bancada do Estado de São Paulo se houvesse o critério efetivo da representação da população, hoje? Cento e dezesseis Parlamentares. E somos apenas 60. Por que nunca pedimos os 116? Porque compreendemos a reivindicação política do Norte e da Nordeste, que é correta, de terem mais força política para poderem, em nome de seus Estados, reivindicar com mais forças igualdade, reforma tributária, melhoria regional, algum tratamento preferencial, até mesmo em subsídios”.

A transformação do texto original do atual § 1º do art. 45, ocorrida no Plenário da Assembleia Nacional Constituinte (Fase S), teve como pano de fundo este acordo geral, ao qual alude o Presidente Fernando Henrique Cardoso, para garantir uma espécie de desproporcionalidade restaurativa,

combatendo desigualdades regionais históricas. Mas revela-se também o sentido imanente ao aumento para setenta do número de Deputados Federais do Estado mais populoso, dando-se concretude mínima ao princípio da representação proporcional (“um homem, um voto”).

De mais a mais, não se encontra disponível para nós a avaliação da correção desta decisão fundamental levada a cabo pelo Legislador Constituinte (cf., para uma valoração positiva da ruptura parcial da proporcionalidade, SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Crime e Castigo: Partidos e Gerais na Política Brasileira**. Rio de Janeiro: Vértice, 1987).

Entretanto, que exista esta desproporção estruturada pela Constituição da República, eis razão a mais para que se veja como imprescindível o mecanismo mínimo instituído para a correção em curso da proporcionalidade: a repartição das vagas congressuais segundo a evolução censitária da população estadual.

Há anos os cientistas políticos brasileiros têm observado com assombro os efeitos deletérios da alocação desproporcional de cadeiras na Câmara dos Deputados. Como já demonstrava em 1997 o ilustre professor Jairo Nicolau, as distorções na representação extrapolam a dimensão puramente estadual do problema, e alteram o panorama geral da organização partidária no país. Em outras palavras, o custo da ausência de concretização do art. 45, §1º se estende para todo o sistema político:

“Todas as evidências quantitativas e os argumentos analisados até aqui se ancoram em pressupostos federalistas: algumas unidades da Federação, e conseqüentemente seus habitantes e eleitores, foram sobre-representadas, enquanto outras foram sub-representadas. O problema do tratamento quase que exclusivamente federalista é que ele deixa de lado um aspecto fundamental: a representação partidária. Não são somente os estados e seus habitantes os beneficiados ou desfavorecidos pelas regras de alocação de cadeiras utilizadas no país, mas também os partidos que concentram suas votações em determinadas circunscrições” (NICOLAU, J. As Distorções na Representação dos Estados na Câmara dos Deputados Brasileira. Dados. 1997, v. 40, n. 3, pp. 441-464).

O mesmo professor Jairo Nicolau, em trabalho publicado anos depois, em 2017, recupera todas as normas de distribuição de cadeiras parlamentares na história brasileira, com suas conseqüentes distorções, para afirmar em seguida que, com exceção da República de 1946, jamais houve

uma prática consistente de revisões periódicas das bancadas dos Estados na Câmara dos Deputados. Faço minhas as conclusões do ilustre Professor:

“A Constituição de 1988 referendou a tradição republicana de pisos e tetos e agravou as distorções ao criar um novo estado (Tocantins), conferir representação ao Distrito Federal e elevar dois territórios (Roraima e Amapá) à categoria de estado. **Mas nada justifica que desde a promulgação da nova Carta nunca se tenha feito uma revisão das bancadas para ajustar a representação dos estados às mudanças demográficas ocorridas no país**” (NICOLAU, Jairo. Representantes de quem?: os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Zahar, 2017).

Nesse sentido, recentemente, em estudo a respeito do tema (Federal States and Equality in Political Representation: Federalism Superseding democracy? In: PALERMO, Francesco; MARKO, Joseph. *Studies in Territorial and Cultural Diversity Governance*. Leiden: Koninklijke, 2021, p. 317-337), e, tomando em consideração o Censo de 2010, o professor Sérgio Ferrari, demonstrou que há Estados cuja representação está aquém do constitucionalmente necessário, o que mantém um déficit de representação *inconstitucional*.

É bem certo que, desde fins do séc. XVIII, a experiência federalista americana nos fez conhecer as imensas dificuldades envolvidas na escolha de uma metodologia para o cálculo da partilha dos assentos, nomeadamente em virtude da incontornável contingência ligada à distribuição das quotas fracionárias dos Estados, isto é, do resultado da divisão da população do Estado pela razão entre a população total e o número de assentos na Câmara dos Deputados.

Assumindo-se ser matematicamente impossível o fracionamento equitativo perfeito, isto é, aquele que respeita os cinco axiomas de Balinski e Young (primeiro, nenhum estado que ganhe população abdica de um assento a um que perde população; segundo, em média, ao longo do tempo, cada estado recebe a justa quota; terceiro, à medida que o número total de estados aumenta, com populações fixas, nenhum estado perde um assento; quarto, nenhuma representação estadual se afasta da sua quota-parte por um valor de um assento inteiro ou mais; quinto, nenhuma transferência de um assento de um estado para outro faz com que ambos se aproximem de suas justas quotas), é preciso que uma escolha politicamente responsável seja levada a cabo.

### 3. evolução jurisprudencial

Com o objetivo de divisar corretamente os parâmetros de controle de constitucionalidade aplicáveis ao caso, permito-me reconstruir a cadeia de precedentes deste Supremo Tribunal Federal relacionada ao art. 45, §1º, da CRFB/88, e o farei apontando a existência de um elemento decisivo: a centralidade da representação proporcional para o projeto constitucional que se inaugura em 1988.

Consabido, o art. 45 §1º da CRFB/88 dá a ler:

“O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”.

No ano de 1990, com o objetivo de fazer valer o referido comando legal, deputados federais paulistas ajuizaram o MI nº 219, no qual requeriam ao Tribunal que suprisse esta lacuna legislativa e concretizasse o número de 70 (setenta) deputados para a bancada do Estado de São Paulo.

Por maioria de votos, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal reconheceu, em virtude da falta de elaboração de lei complementar determinada pelo art. 45, §1º da Constituição da República, a omissão em que se encontrava o Congresso Nacional, e deu-lhe ciência da situação de mora constitucional. A decisão ficou assim ementada:

“MANDADO DE INJUNÇÃO, DE INICIATIVA DE DEPUTADOS FEDERAIS PELO ESTADO DE SÃO PAULO, PARA QUE O SUPREMO TRIBUNAL DETERMINE, EM SETENTA, O NUMERO DE REPRESENTANTES DAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, A CÂMARA DOS DEPUTADOS, DIANTE DO VAZIO LEGISLATIVO, DECORRENTE DE NÃO TER SIDO ELABORADA A LEI COMPLEMENTAR, PREVISTA NO ART. 45, PAR. 1., DA CONSTITUIÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DOS IMPETRANTES, COMO CIDADÃOS, TITULARES DE PRERROGATIVAS POLÍTICO-JURIDICAS QUE SÃO INEQUIVOCAMENTE DIFUSAS, MAS POR SUA PROPRIA NATUREZA. PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE, DENTRO DOS LIMITES DE PROVISAO CONSTITUCIONALMENTE

CABIVEL, PARA, RECONHECIDAS A OMISSÃO E A MORA APONTADAS, DAR CIÊNCIA DAS MESMAS AO CONGRESSO NACIONAL, A FIM DE QUE SUPRA A OMISSÃO. VOTOS VENCIDOS, TANTO NO TOCANTE A PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE, COMO A PROPOSITO DA EXTENSÃO OU FINALIDADE DO DEFERIMENTO DA MEDIDA” (MI 219, Relator(a): OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 22/08/1990, DJ 19-05-1995 PP-13989 EMENT VOL-01787-01 PP-00074).

Naquela oportunidade, prevaleceu a posição do relator, o e. Min. Octavio Galloti. Raciocinou-se, ali, não somente em termos da impossibilidade de se substituir a atividade concretizadora do Parlamento pela atuação do Tribunal, mas também a partir da natureza eminentemente política de uma decisão que suporia serem constantes o teto de representação e o número total de deputados. Neste cenário, argumentava-se, um provimento mandamental traria inexoravelmente a reconfiguração do número de representantes de cada Estado-federado. O e. Ministro Néri da Silveira, presidente da Corte à época, acrescentou ante estas considerações:

“Estou certo de que (...) recebendo a comunicação do Supremo Tribunal Federal (...) [o Congresso Nacional] não deixará de cumprir a sua missão constitucional e elaborá-la. Não estou, assim, entendendo que seja uma decisão sem eficácia possível a do Supremo Tribunal Federal. Todos sabemos que os Poderes da República coexistem de forma harmônica, e nunca uma decisão desta Corte foi descumprida por outro Poder da República”.

A primeira vista, a história institucional parece ter dado razão a estas ponderações, uma vez que no ano de 1993 o Congresso Nacional editou a Lei Complementar nº 78, que disciplina a fixação do número de Deputados, nos termos do art. 45, § 1º, da Constituição Federal. Da leitura do projeto de lei que lhe deu origem (PLC nº 165/1993), colhe-se justificção na qual os autores, em modalidade de diálogo entre instituições, referem expressamente a decisão nos autos do MI nº 219: “Já se passaram três anos desde a expedição do ofício 495/P, e, no entanto, até o presente momento, o Congresso Nacional não foi capaz de suprir sua omissão”.

Do projeto de lei complementar e dos debates havidos no Congresso Nacional, percebe-se que havia relativo consenso quanto ao tipo de lacuna a ser extirpado do ordenamento jurídico. Entendia-se que o Constituinte já teria oferecido as linhas gerais da representação popular proporcional na Câmara dos Deputados, cabendo ao legislador ordinário, dentro das balizas

avançadas no art. 45, §1º, simplesmente determinar o número total de deputados federais. Este balizamento está expresso no art. 1º da Lei Complementar 78/93, que dispõe: “Proporcional à população dos Estados e do Distrito Federal, o número de deputados federais não ultrapassará quinhentos e treze representantes, fornecida, pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano anterior às eleições, a atualização estatística demográfica das unidades da Federação.”

Ocorre, entretanto, que este Supremo Tribunal aprofundou o sentido dado à mora constitucional em que se encontrava o Congresso Nacional quando do julgamento conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade de número 4.947/DF, 4.963/PB, 4.965/PB, 5.020/DF e 5.028/DF. Ao analisar a compatibilidade da Resolução nº 23.389/2013 do TSE, a qual, efetivando o comando do art. 1º Lei Complementar 78/93, dispunha sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmara Legislativa para as eleições de 2014, o Plenário extraiu duas conclusões quanto à integridade do sistema de normas que regulamentava o art. 45, §1º da Constituição da República. Em primeiro lugar, o poder regulamentador atribuído ao Tribunal Superior Eleitoral exorbitava os limites da reserva de lei complementar, uma vez que não se limitava a realizar simples cálculo, e sim definia o critério de apuração da distribuição proporcional por Estados da Federação. Em segundo lugar, a mora do Congresso Nacional na regulamentação do art. 45, §1º não se resolvia com simples menção ao número máximo de deputados federais, fazendo-se necessária a fixação da representação do Estados e do Distrito Federal, bem como o critério de distribuição.

Neste sentido, cito trecho da ementa da ADI 4.965, de relatoria da e. Ministra Rosa Weber:

“EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL ELEITORAL. RESOLUÇÃO Nº 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DEFINIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL NA CÂMARA DOS DEPUTADOS. ART. 45, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PROPORCIONALIDADE RELATIVAMENTE À POPULAÇÃO. OBSERVÂNCIA DE NÚMEROS MÍNIMO E MÁXIMO DE REPRESENTANTES. CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. INDELEGABILIDADE. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. FUNÇÃO NORMATIVA EM SEDE ADMINISTRATIVA. LIMITES. INVASÃO DE COMPETÊNCIA.

(...)



3. Da Lei Complementar nº 78/1993, à luz da Magna Carta e do Código Eleitoral, não se infere delegação legitimadora da Resolução nº 23.389/2013 do Tribunal Superior Eleitoral. 4. O art. 45, § 1º, da Constituição da República comanda a definição, por lei complementar (i) do número total de Deputados e (ii) da representação dos Estados e do Distrito Federal, proporcionalmente à população – e não ao número de eleitores –, respeitados o piso de oito e o teto de setenta cadeiras por ente federado. **Tal preceito não comporta a inferência de que suficiente à espécie normativa complementadora – a LC 78/1993 –, o número total de deputados. Indispensável, em seu bojo, a fixação da representação dos Estados e do Distrito Federal. A delegação implícita de tal responsabilidade política ao Tribunal Superior Eleitoral traduz descumprimento do comando constitucional em sua inteireza.** 5. **Compete ao legislador complementar definir, dentre as possibilidades existentes, o critério de distribuição do número de Deputados dos Estados e do Distrito Federal, proporcionalmente à população, observados os demais parâmetros constitucionais. De todo inviável transferir a escolha de tal critério, que necessariamente envolve juízo de valor, ao Tribunal Superior Eleitoral ou a outro órgão.** 6. A Resolução impugnada contempla o exercício de ampla discricionariedade pelo TSE na definição do critério de apuração da distribuição proporcional da representação dos Estados, matéria reservada à lei complementar. A renúncia do legislador complementar ao exercício da sua competência exclusiva não legitima o preenchimento da lacuna legislativa por órgão diverso. 7. Inconstitucionalidade da Resolução nº 23.389/2013 do TSE, por violação do postulado da reserva de lei complementar ao introduzir inovação de caráter primário na ordem jurídica, em usurpação da competência legislativa complementar. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, sem modulação de efeitos” (ADI 4965, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014, grifos meus).

O argumento trazido à colação pela e. Ministra Rosa Weber, e que encontrou acolhida do Plenário, dizia respeito a uma dupla obrigação de legislar instituída pelo Legislador Constituinte em face do Congresso Nacional, a saber, (i) o dever de definir o número de Deputados Federais, e (ii) o dever de enunciar a fórmula do cálculo da proporcionalidade. Neste sentido, por mais que a Lei Complementar nº 78/93 lograsse responder à primeira destas obrigações, a segunda (critério da representação proporcional) não poderia ser deixada à mera regulação administrativa.

Este argumento se assentava sobre uma condicionante empírica, a saber, a pluralidade de formas de cálculo da representação proporcional disponíveis na literatura científica (Webster, Hamilton, Huntington-Hill, Jefferson, D'Hondt e Adams). Ante esta variedade, e as distorções incontornáveis de cada uma das formas de cálculo, existiria um componente intrinsecamente político na decisão de como calcular a proporção.

Permito-me citar, a este propósito, elucidativo trecho do voto da e. Ministra Rosa Weber no bojo das referidas ações diretas de inconstitucionalidade:

“A Resolução nº 23.389/2013 do TSE evidencia o exercício de plena discricionariedade daquele órgão na definição do critério de apuração de distribuição proporcional da representação dos Estados, fazendo-o, no entanto a respeito de matéria reservada à Lei complementar. A renúncia do legislador complementar ao exercício da sua competência exclusiva não se presta a legitimar o preenchimento da lacuna legislativa por outro ente.

**18. Não se sustém o argumento segundo o qual entendimento diverso levaria à insensata exigência de edição de nova lei complementar a cada quatro anos, a fim de que o comando constitucional restasse satisfeito. A definição, na lei complementar, da equação, do critério a ser observado para o cálculo da representação proporcional, a partir do qual efetuasse o TSE o cálculo para os ajustes necessários, parece em princípio suficiente. O que não se pode admitir é que o TSE tenha um cheque em branco para definir o próprio critério matemático de distribuição das cadeiras, consabido que não existe apenas um”** (grifos meus).

Chama a atenção a extrema complexidade não apenas da questão que se apresentava ao Supremo Tribunal Federal naquela oportunidade, senão também a natureza algo híbrida do próprio pronunciamento da Corte. Combinavam-se, então, elementos concernentes à declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (especificamente quanto ao parágrafo único do artigo 1º da Lei Complementar 78/93) e à declaração de inconstitucionalidade por omissão. Dos debates havidos no plenário, sublinho interessante diálogo havido entre o saudoso Ministro Teori Zavascki e o e. Ministro Ricardo Lewandowski:

“O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite, para efeito de encaminhamento?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não, Ministro Teori.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Penso que está se estabelecendo um consenso de que aquilo que está no caput não é inconstitucional. Inconstitucional seria aquilo que não está escrito. Ou seja, a inconstitucionalidade seria não da lei, mas do legislador, por omissão. Então, é cabível proclamar, sim, que está se declarando a inconstitucionalidade apenas do parágrafo único.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isto, até porque nós estamos em sede de ação direta de inconstitucionalidade, não de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Deixamos isso para uma próxima oportunidade, ou quem quiser que argua essa questão. Então nós poderíamos nos centrar e declarar que, por maioria, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da Lei Complementar 78, de 30 de dezembro de 93. Com os votos que nós computamos e foram explicitados.

Agora passamos à modulação. Ministra Rosa com a palavra, numa eventual sugestão, em seguida o Ministro Gilmar Mendes e depois o Ministro Dias Toffoli.”

Da forma como leio esta decisão, em virtude das particularidades formais da ação direta de inconstitucionalidade, o Tribunal optou por simplesmente declarar a inconstitucionalidade do referido parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar 78/1993: “Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas”. Em outras palavras, entendeu-se ser contrária à Constituição da República a delegação ao TSE da realização dos cálculos da representação proporcional. Por conseguinte, foi também declarada inconstitucional a Resolução nº 23.389/2013, do Tribunal Superior Eleitoral, que efetivamente implementava este cálculo. O *caput* do art. 1º, entretanto, permaneceria intocado, uma vez que sua constitucionalidade estaria infirmada não por aquilo sobre o que dispunha expressamente, mas por aquilo sobre o que deixava de dispor.

A ementa da ADI 4.947 deixou ainda mais explícita a omissão do Legislador:

“EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL ELEITORAL. ART. 1º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 78/1993. DEFINIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DOS ESTADOS E DO

DISTRITO FEDERAL NA CÂMARA DOS DEPUTADOS. ART. 45, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PROPORCIONALIDADE RELATIVAMENTE À POPULAÇÃO. OBSERVÂNCIA DE NÚMEROS MÍNIMO E MÁXIMO DE REPRESENTANTES. CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. INDELEGABILIDADE. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. FUNÇÃO NORMATIVA EM SEDE ADMINISTRATIVA. LIMITES. INVASÃO DE COMPETÊNCIA.

(...)

**3. Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº 78/1993 por omissão do legislador complementar quanto aos comandos do art. 45, § 1º, da Carta Política de definição do número total de parlamentares e da representação por ente federado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, sem modulação de efeitos (ADI 4947, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 RTJ VOL-00232-01 PP-00042)''.**

O que se deve, então, concluir a partir desta linha de precedentes? Se é bem certo que o art. 45, §1º da CRFB/88 determinou o dever do Legislador ordinário de definir o número total de Deputados Federais e implementar um rateio proporcional à população dos Estados-federados, resta afastada qualquer dúvida de que a mora declarada no julgamento do MI nº 219 tenha sido integralmente sanada.

Logo, o precedente fixado quando do julgamento conjunto das ADIs de número 4.947/DF, 4.963/PB, 4.965/PB, 5.020/DF e 5.028/DF, a despeito de não representar um provimento típico das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, evidenciou, no plano das razões do decisório, que o Legislador ordinário havia satisfeito com baixa intensidade a exigência constitucional do art. 45, §1º da CRFB/88. A isto que a doutrina identifica como uma omissão parcial vertical (cf., a título exemplificativo, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional** . 10. ed. rev., atual São Paulo: Saraiva Jur, 2021), deve o intérprete impreterivelmente adir ao reconhecimento da mora inconstitucional que se fizera no julgamento do MI nº 219. Trata-se, portanto, de uma situação continuada de descumprimento.

Passo à análise dos elementos fáticos trazidos aos autos.

#### **4. Aplicação do direito ao caso**

Uma vez demonstrado o dever, imposto ao Congresso Nacional pelo art. 45, §1º da Constituição da República, de legislar sobre o número total de Deputados Federais e sua divisão proporcional pelos Estados (definindo-se ou número absoluto ou fórmula algébrica), resta saber se persiste a inação da autoridade normativa competente.

Em sua manifestação, o Presidente do Senado, além de arguir a ausência de interesse de agir, por entender que eventual provimento positivo teria apenas o efeito de reprisar a decisão lavrada na ADI 4.947, também alegou que tramitam no Congresso Nacional os seguintes projetos de regulamentação do art. 45, §1º da CRFB/88: no Senado Federal, projetos de lei complementar 221/2013, 251/2015 e 315/2016; na Câmara dos Deputados, projeto de lei complementar 180/1997.

A Advocacia-Geral da União reprisou o argumento da inexistência de mora em virtude da tramitação de projetos de lei em estágio avançado, acrescentando consideração sobre o lapso temporal exíguo entre a constituição em mora e o julgamento da presente ADI. Cito:

“Sendo assim, não se justifica a reiteração, na presente ação direta, da declaração da mora do Congresso Nacional relativa à regulamentação do artigo 45, § 1º, da Constituição da República. Considerando-se a complexidade e a relevância da matéria envolvida, bem como a circunstância de que transcorreram menos de 3 (três) anos desde o trânsito em julgado das decisões prolatadas nas Ações Diretas nº 4947 e 5020, verifica-se que não houve lapso temporal suficiente para configurar situação de inércia legislativa provocada pelo Poder Legislativo da União” (eDOC 11, p. 18).

Penso que este argumento não merece prosperar. Na linha do precedente firmado na ADI nº 3.682, há evidências no caso que permitem valorar negativamente a *inertia deliberandi* do Congresso Nacional. Os supracitados projetos de lei complementar não se revelam suficientes para debelar a inconstitucionalidade por omissão, porquanto sua tramitação não se fez concluir em prazo razoável.

A noção de razoabilidade temporal aqui empregada deve ser lida em contraste com a história institucional acima reconstruída. Torna-se evidente que, desde o julgamento do MI 219, isto é, desde o ano de 1990, o Supremo Tribunal Federal reconhece a existência de mora inconstitucional na

regulação de dispositivo originário da Constituição da República. Ainda que, de maneira contrafática, esposasse-se o entendimento de que a mora houvesse sido constituída somente com as ADIs de número 4.947/DF, 4.963/PB, 4.965/PB, 5.020/DF e 5.028/DF, o transcurso de tempo entre o ano de 2014 e o presente fulminaria a plausibilidade da tese da insuficiência de prazo para a deliberação.

É sempre atual, a este propósito, a conhecida lição do professor Jorge Miranda:

“Quando ainda nem está aprovado o projecto ou a proposta, continua a dar-se a inconstitucionalidade por omissão. Esta deve apurar-se independentemente de qualquer iter conducente ao seu suprimento, porquanto só conferem exequibilidade a normas constitucionais medidas legislativas actuais e não futuras ou potenciais. A observação da prática parlamentar – com dezenas e dezenas de iniciativas legislativas, sem qualquer seguimento – leva outrossim a esta conclusão. Ao invés, se o processo já está concluído no órgão legislativo competente e se dele já não depende a edição de norma, não se justifica mais qualquer juízo de inconstitucionalidade sobre o seu comportamento. No entanto, obviamente a omissão só desaparece com a entrada em vigor da norma” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. VI, p. 324-325).

Nestes termos, voto pelo reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional.

No que se refere às modalidades de colmatação da mora inconstitucional, não encontro razões no nosso sistema de direitos para superar o argumento vencedor no julgamento das ADIs de número 4.947/DF, 4.963/PB, 4.965/PB, 5.020/DF e 5.028/DF. Uma vez expurgada da ordem constitucional a Resolução nº 23.389/2013, não me parece viável ripristiná-la, sobretudo porque permanecem intactos os riscos de desbalanceamento da relação entre os poderes, bem como a questão eminentemente política da escolha da forma de cálculo da proporcionalidade.

Considerada a relevância do tema e suas implicações em termos de direitos fundamentais; considerada igualmente a omissão de mais de 30 anos na regulação da matéria, penso ocorrer atração da linha jurisprudencial inaugurada na ADI nº 3.682, e prolongada em ADOs como as de número 25 e 30. Com efeito, deve este Supremo Tribunal Federal impor ao Congresso Nacional a colmatação do estado de mora em prazo a ser devidamente fixado.

## 5. dispositivo

Antes o exposto, acompanho integralmente o voto do e. Relator, inclusive em relação aos prazos estabelecidos e às medidas em caso de persistência da omissão, e julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 24/08/2023