

ALCKMIN ADVOGADOS

SRTN – ED. BRASÍLIA RÁDIO CENTER - SALA 1.020
TEL/ FAX (61) 3328-2900 – CEP 79.719-900
BRASÍLIA – DF

JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN
JOSÉ AUGUSTO RANGEL DE ALCKMIN

ASSOCIADOS

ANTONIO CÉSAR BUENO MARRA
RODRIGO OTÁVIO BARBOSA DE ALENCASTRO
OTÁVIO PAPAIZ GATTI
VIVIAN CRISTINA COLLENGHI CAMÊLO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

“(…) no fundo, o § 2º do artigo 109 é uma cláusula de exclusão. Em uma época em que se fala de inclusão – a inclusão é a palavra de ordem: fala-se de inclusão fraternal, social, ecológica – o Código Eleitoral consagra uma cláusula de exclusão de minorias partidárias” – Ministro Ayres Britto no MS 3.555/TSE.

JOÃO CALDAS DA SILVA, brasileiro, casado, empresário, inscrito no CPF sob nº 210.220.974-15, residente na SHTN, Trecho 01, Conj. 36, Bloco A, ap. 405, Residencial Ilhas do Lago, Asa Norte, Brasília (DF), por seus advogados, com fundamento nos arts. 5º, XXXV, da Constituição e 21, IV e V, do RISTF, vem perante Vossa Excelência propor a presente

ACÃO CAUTELAR

incidental no Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 3.555, número originário do TSE, em que é impetrante o autor, tendo como órgão coator o TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE ALAGOAS e litisconsortes (a) JOSÉ FRANCISCO CERQUEIRA TENÓRIO, (b) AUGUSTO CÉSAR CAVALCANTE FARIAS e (c) coligação ALAGOAS MUDAR PARA CRESCER (PTB/PFL/PMN/PV/PP), todos qualificados ao final desta petição, o que faz pelos fundamentos de fato e de direito que passa a expor:

I – FATOS

Nas eleições de 2006, o autor concorreu a deputado federal pelo Estado de Alagoas. A coligação pela qual concorreu, “ALAGOAS A FORÇA DO POVO”, obteve 152.049 votos (10,94% dos votos válidos), sendo o autor o seu candidato mais votado. O quociente eleitoral foi de 154.317, resultado da divisão do número de votos válidos (1.388.854) pelo número de cadeiras destinadas ao Estado na Câmara dos Deputados (9).

Os 152.049 votos dados à coligação Alagoas a Força do Povo garantiriam ao autor a primeira das três vagas não preenchidas pelos quocientes partidários. Contudo, o Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, aplicando o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, excluiu a coligação da distribuição das sobras, privando o autor do mandato de deputado federal.

Contra o ato do eg. TRE/AL que proclamou o resultado das eleições e os eleitos, o autor impetrou o mandado de segurança, autuado no TSE como MS 3.555. Na ação mandamental sustentou que, ao excluir a coligação do impetrante da distribuição das sobras, negando ao requerente o mandato parlamentar, o TRE/AL aplicou direito revogado pela Constituição de 1988. Isso porque o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, que exclui da distribuição das sobras os partidos e coligações que não tenham atingido o quociente eleitoral, representa verdadeira cláusula de exclusão. Sendo direito pré-constitucional e incompatível com o arts. 1º, V e parágrafo único, 3º, I, 5º, LIV, 14, caput, e 45, caput, da Constituição, tem-se que não foi recepcionado pelo novo ordenamento constitucional.

O processo teve longa tramitação perante o eg. TSE por conta de sucessivos pedidos de vista, dos Ministros ARI PARGENDLER, MARCELO RIBEIRO e

AYRES BRITTO. Ao fim, por maioria¹, a segurança foi denegada, ficando o acórdão² assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. QUOCIENTE ELEITORAL. ART. 109, § 2º, DO CÓDIGO ELEITORAL. RECEPÇÃO PELA CF/88. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. No mandado de segurança pleiteia-se a distribuição das “sobras” das vagas para o cargo de Deputado Federal de Alagoas pelo critério da maior média, sem a aplicação do art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, ou seja, com a participação dos partidos/coligações que não atingiram o quociente eleitoral. Alega-se que o referido artigo é incompatível com o ordenamento jurídico vigente, pois fere diversos princípios constitucionais e democráticos.

2. A pretensão do impetrante depende da conjunção de dois eventos:

a) da declaração de não receptividade do art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, pela CF/88, o que vai de encontro com a sua presunção de constitucionalidade, por vir sendo aplicado em todas as eleições realizadas desde a promulgação da Carta Magna de 1988;

b) procedente o seu pleito, realizar-se-ia novo cálculo dos votos para o cargo de Deputado Federal no Estado de Alagoas.

3. O § 2º do art. 109 do Código Eleitoral foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

4. Inexistência de conflito entre o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral e os arts. 1º, V, e parágrafo único; 3º, I; 5º, LIV, 14, *caput*; e 45, *caput*, da CF/88, interpretados sistematicamente.

5. O sistema proporcional adotado pelo art. 45 da CF/88, de modo preciso, tornou-se eficaz pelo regramento imposto pelo § 2º do art. 109 do Código Eleitoral.

6. Não é absoluto, no que se refere à eficácia quantitativa, em um sistema proporcional para o preenchimento das cadeiras do Poder Legislativo, o princípio da igualdade do voto.

7. A técnica do quociente eleitoral adotada pelo legislador infraconstitucional homenageia os ditames constitucionais, especialmente o art. 45 da Carta Magna.

8. Precedentes jurisprudenciais: TSE: MS nº 3.109/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 17.12.2002; RCED nº 644/ES, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 12.8.2004; REspe nº 11.249/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 17.8.1995. STF: RE nº 140.386/MT, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 20.4.2001.

¹ Votaram pela denegação os Ministros José Delgado, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani, Marco Aurélio, Ayres Britto e Cármen Lúcia. Votou pela concessão da ordem o Ministro Ari Pargendler.

² MS 3.555, fls. 670/740.

9. Segurança denegada.

(TSE, MS 3.555, relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJe 08/06/2010)

Contra o acórdão que denegou a segurança, o autor interpôs recurso ordinário³, que foi admitido pelo Presidente do TSE, conforme decisão⁴ publicada em 18/08/2010:

O recurso merece prosperar, uma vez que é tempestivo e preenche os demais requisitos inerentes ao apelo ordinário, nos termos do art. 281 do Código Eleitoral.

Isso posto, admito o recurso ordinário.

(TSE, MS 3.555, decisão que admitiu o recurso ordinário, DJe 18/08/2010)

Ante o juízo positivo de admissibilidade do recurso ordinário, que abre para o recorrente a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, pleiteia-se medida cautelar que assegure ao requerente, até o julgamento do recurso ordinário no MS 3.555, o exercício do mandato de deputado federal pelo Estado de Alagoas.

II – DIREITO

No caso presente tem-se a necessidade de concessão de medida cautelar incidental ao recurso ordinário em mandado de segurança. E considerando que o recurso interposto já foi admitido na origem (TSE), já está instaurada a jurisdição deste eg. Supremo Tribunal Federal.

As razões do recurso bem demonstram a fumaça do bom direito. Já o perigo da demora é inerente ao próprio direito reclamado, que é o exercício de um

³ MS 3.555, fls. 743/777.

⁴ MS 3.555, fls. 782/783.

mandato eletivo temporário, **que tem data certa para encerramento**, independente de ter sido exercido por seu legítimo titular.

Passa-se a demonstrar pormenorizadamente o preenchimento destes dois requisitos para a concessão das tutelas de urgência.

A) PERICULUM IN MORA. MANDATO POLÍTICO. PRIVAÇÃO. DANO IRREPARÁVEL

O requerente não visa ao exercício de um simples cargo público, hipótese em que, reintegrado, o pagamento de todos os vencimentos constituiria reparação satisfatória. O que o requerente pleiteia é o exercício de um mandato político, do qual o fundamental é o seu exercício, não a sua remuneração. Conforme assinalou o Ministro Sepúlveda Pertence no MS 20.962, os mandatos republicanos são limitados no tempo e a indevida privação do seu exercício é irremediável:

8. De seu turno, também o periculum in mora é patente.

9. Não se cuida da perda de um simples cargo público, exercido a título profissional, hipótese em que, reintegrado o funcionário indevidamente demitido, o pagamento de todos os vencimentos não percebidos no período do afastamento constitui reparação satisfatória.

10. Aqui, o caso é de perda de um mandato político, de que o fundamental é o exercício e não a remuneração.

11. Os mandatos republicanos são essencialmente limitados no tempo e improrrogáveis: por isso, a indevida privação, embora temporária, do seu exercício é irremediável, por definição.

(STF - MS 20.962, Ministro Sepúlveda Pertence, decisão de 13/06/1989)

Considerando que o mandato do qual foi privado o requerente termina no dia 31/01/2011, quando se encerra a atual legislatura (2007/2011), impõe-se a concessão da medida cautelar. Do contrário, o v. acórdão que denegou a segurança custará ao requerente todo o tempo do mandato de deputado federal, reduzindo a

nada tanto o direito material defendido no MS 3.555/TSE, como o direito constitucional à proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV), que é não só o direito de provocar a atuação do Estado, mas, sobretudo, o direito de obter, em tempo razoável, uma decisão justa e eficaz.

B) NÃO-RECEPCÃO DO § 2º DO ART. 109 DO CE. SEGURANÇA JURÍDICA.

PONDERAÇÃO. LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

A decisão que conceder o mandado de segurança, declarando *incidenter tantum* a não-recepção do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, não violará o princípio da segurança jurídica, pois os efeitos da segurança serão limitados às partes litigantes, nos termos do art. 472 do CPC.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal confira eficácia *erga omnes* à decisão que declarar a não-recepção do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, esta só atingirá os atos suscetíveis de revisão ou impugnação, como afirma a doutrina do preclaro Ministro GILMAR MENDES:

Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a ideia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede-se proteção ao *ato singular*, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no *plano normativo* e no *plano do ato singular* mediante a utilização das *fórmulas de preclusão*.

Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos suscetíveis de revisão ou impugnação.

Importa, portanto, assinalar que a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico. Ela cria, porém, as condições para a eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou de impugnação.

(MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1457)

Os atos praticados com base no § 2º do art. 109 do Código Eleitoral que não estiverem sujeitos à revisão ou à impugnação não serão afetados pela declaração de sua não-recepção pela Constituição. Desse modo, com exceção do mandato parlamentar buscado pelo requerente, os mandatos políticos obtidos antes do julgamento do recurso ordinário no MS 3.555 não serão atingidos, ante a preclusão da impugnação ou revisão.

Ainda que assim não fosse, outra técnica poderia ser aplicada para evitar consequências jurídicas aos mandatos obtidos antes do julgamento do recurso. Como se fez no HC 82.959 (relator Ministro Marco Aurélio, DJ 01/09/2006) e no RE 197.917 (relator Ministro Maurício Correia, DJ 07.05.2004), este eg. Supremo Tribunal Federal poderá restringir a decisão que declarar a não-recepção do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, dispondo que os efeitos limitar-se-ão ao mandado de segurança impetrado pelo requerente, ora em grau recursal, e aos processos ou recursos das eleições futuras, ficando intangíveis os mandatos obtidos nas eleições anteriores ao julgamento do recurso.

Ante esses fundamentos, caem por terra os argumentos impressos no v. acórdão do eg. TSE, de que a concessão da ordem violaria o princípio da segurança jurídica. A concessão da segurança não impõe a pecha de ilegitimidade a todos os mandatos obtidos com na vigência do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral pós-Constituição de 1988. Como aqui se demonstrou, seja aplicando o art. 472 do CPC, seja se valendo de técnicas modernas de decisão de defesa da Constituição, este eg. Supremo Tribunal Federal poderá limitar os efeitos da decisão que declarar a não-recepção do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral. Assim, harmoniza-se, num juízo de

ponderação constitucional, o princípio da segurança jurídica e o princípio da nulidade dos atos incompatíveis com a Constituição.

C) REGRAS DO JOGO E SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Considerando o MS 3.555, o que deve prevalecer: a Constituição ou o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, direito pré-constitucional que viola a Constituição? A resposta, ante o princípio da supremacia da Constituição, é a Constituição, afinal “[o] que contraria a Constituição é inconstitucional. O que é inconstitucional não pode valer. O que não vale – não tem valor – não pode subsistir” (Ministra Cármen Lúcia)⁵.

A concessão da ordem não implica “*mudar as regras com o jogo já terminado*”, como argumentou o Ministro Marcelo Ribeiro (acórdão, fl. 724). São as regras do jogo que devem obedecer e se adequar à Constituição, não o contrário.

Prover o recurso ordinário no MS 3.555/TSE é dar significado à supremacia da Constituição, é dar efetividade à Constituição, é declarar a força da Constituição, vigente desde 05/10/1988, data em que foi promulgada.

Ao contrário do acórdão do TSE, conceder a segurança não contraria as regras do jogo. Muito ao contrário. Conceder a segurança é observar a maior das regras, a Constituição de 1988, fundamento de validade de todos os atos normativos. O mesmo fundamento que, em 05/10/1988, revogou o § 2º do art. 109 do Código

⁵ O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 165.

Eleitoral, direito pré-constitucional incompatível com os arts. 1º, V, 14, caput, e 45, caput, da Constituição.

D) O QUOCIENTE ELEITORAL COMO CLÁUSULA DE EXCLUSÃO

Por causa do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, o quociente eleitoral opera como cláusula de exclusão, pois o partido ou coligação que não obtém o quociente eleitoral é excluído da distribuição das sobras:

Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes regras:

...

§ 2º Só poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos e coligações que tiverem obtido quociente eleitoral.

(Código Eleitoral, art. 109, § 2º)

Essa idéia – do quociente eleitoral como cláusula de exclusão – é compartilhada pelos Ministros Gilmar Mendes e Ayres Britto:

Os Constitucionalistas: O quociente eleitoral opera como uma cláusula de exclusão?

Gilmar Mendes: Eu tenho a impressão que sim. Este é o problema dos critérios dos sistemas eleitorais como um todo. Esse é o grande paradoxo da democracia e o Hans Kelsen formula isso de forma muito clara. Se adotarmos, por exemplo, um modelo puramente distrital, podemos ter, por absurdo, um partido que tem a maioria dos votos, no sentido da soma de todos os votos, mas que não elege a maioria do parlamento porque na distribuição dos assentos os votos são contados tendo em vista a disputa em cada distrito.

Imaginem 10 distritos disputados pelo partido “A” e pelo partido “B”. O partido “A” ganha em 4 distritos, e o “B” em 6 distritos, todavia, na margem de votos verificamos que “A” teve mais votos do que “B” porque a disputa foi acirrada e aonde ele venceu, teve uma grande diferença de votos. Então, na soma de votos, “A” teria mais votos, mas ele é o perdedor da eleição. O governo parlamentar será formado por quem teve maioria.

O modelo proporcional tem a vantagem de permitir uma distribuição mais justa e de contemplar a posição da minoria, coisa que não acontece no modelo majoritário, em que os votos da

minorias desaparecem, eles acabam não tendo nenhum efeito prático.

Agora, qual é a fórmula adequada realmente? É a que encontre um maior equilíbrio tendo em vista as pretensões que oneram o modelo. Aqui o que se quer é ter, tanto quanto possível, uma maior representatividade e também a contemplação da minoria. Vivemos esse dilema.

Tenho a impressão de que o próprio quociente eleitoral já é uma cláusula de barreira, tanto é que não são poucos os casos de arguição de inconstitucionalidade. Vejam, por exemplo, o caso da distribuição das sobras. Só participam das sobras os partidos que conseguiram o quociente eleitoral. Há partidos que tiveram uma importante votação, porém não lograram o quociente eleitoral. Por definição legal, esses partidos estão fora da distribuição das vagas. Há processos, inclusive no Supremo, que reclamam que a sobra deveria ser dada àquele partido que eventualmente não logrou o quociente eleitoral mas que teve uma expressiva votação. Isso é absurdamente abandonado no critério da eleição proporcional.

(Ministro Gilmar Mendes, entrevista⁶ ao blog Os Constitucionalistas)

(...) quando o seu senso de justiça material reage a uma praxe, a uma tradição, preste atenção, ali está ou pode estar a grande oportunidade para se dar um salto quântico, de qualidade, para quem tiver coragem de problematizar os dogmas. Vão me dizer que o sistema é proporcional. Mas a gente não pode trabalhar com o sistema proporcional de outro modo, que não signifique uma apropriação indébita de votos do eleitor soberano? Isso é uma apropriação indébita. Não é possível bolar um sistema de representação proporcional impeditivo dessa apropriação. Nós temos um ranço autoritário que se disfarça, que se encobre, que se mascara. A quem serve o quociente eleitoral como cláusula de exclusão partidária, cláusula de barreira? Aos grandes partidos. É um mecanismo autoritário e elitista.

(Ministro Ayres Britto, entrevista⁷ à revista ConJur)

(...) na medida em que o Código Eleitoral consagra a possibilidade de um partido – já favorecido, porque alcançou o quociente eleitoral – ir além da sua força, da sua expressividade eleitoral, aí o Código Eleitoral, primeiro: favoreceu esse tipo de partido ou coligação duas vezes e desfavoreceu as minorias partidárias também duas vezes. Isso porque, no fundo, o § 2º do artigo 109 é uma cláusula de exclusão. Em uma época em que se fala de inclusão – a inclusão é a palavra de ordem: fala-se de inclusão fraternal, social, ecológica – o Código Eleitoral consagra uma cláusula de exclusão de minorias partidárias.

⁶ Entrevista do Ministro Gilmar Mendes ao blog Os Constitucionalistas, disponível no endereço <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdicao-constitucional-ii>>, acesso em 11/06/2010.

⁷ Entrevista do Ministro Ayres Britto à revista Consultor Jurídico, disponível no endereço <<http://www.conjur.com.br/static/text/66060,1>>, acesso em 11/06/2010.

(Ministro Ayres Britto, voto no MS 3.555, fl. 735)

Entendo que o § 2º do artigo 109, consubstanciador de cláusula de exclusão, e já não pode ser chamado de cláusula de desempenho – porque não tem nada a ver, a não ser que admitíssemos uma cláusula de sobredesempenho (o que seria um absurdo). Então, dou pela não recepção desse § 2º e, por isso, em princípio, deferiria o mandado de segurança. Mas, o Ministro Marcelo Ribeiro bem lembrou que “o jogo já está jogado”, palavras de Sua Excelência, da eleição de 2006.

(Ministro Ayres Britto, voto no MS 3.555, fl. 738)

E) CLÁUSULA DE EXCLUSÃO E A FÓRMULA DA MAIOR MÉDIA

A cláusula de exclusão do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral não faz parte da fórmula da maior média (CE, art. 109, I e II), que é a fórmula utilizada para distribuir as vagas das sobras. A cláusula de exclusão encontra-se apenas associada à fórmula da maior média, não sendo um elemento integrante ou essencial, como anota Giusti Tavares:

Como as três fórmulas precedentes, o sistema de representação proporcional que atribui as cadeiras não distribuídas pelos cocientes partidários aos partidos com as mais fortes médias de votos por cadeira parlamentar, na ordem decrescente de sua magnitude, adota o cociente eleitoral tradicional, de Andrae e Hare, como instrumento de cálculo para a primeira distribuição das cadeiras legislativas e, com base nele, define o cociente partidário.

Para adjudicação das cadeiras não ocupadas pelo cociente partidário, o sistema estabelece um segundo procedimento que consiste em dividir o número de votos que cada partido recebeu por um denominador constituído pelo número de representantes até então obtido pelo partido acrescido de uma unidade: se o partido não tiver obtido representantes, divide-se a totalidade de seus votos por um. Deste modo identifica-se o partido que teria a maior densidade de votos por representante se um representante adicional lhe fosse atribuído. O partido que, como resultado desse procedimento, tiver obtido o maior cociente, isto é, a maior média de votos por representante, ganha a primeira cadeira restante. Se ainda houver cadeiras a ocupar, repete-se sucessivamente a operação, acrescentando sempre uma unidade ao denominador no cálculo da média do partido que obteve um representante na operação imediatamente precedente, até ocupar inteiramente os assentos parlamentares (Cotteret et Emeri, pp. 62-63).

...

Por outro lado, se estiver associada ao sistema da maior média uma cláusula que exclua da competição eleitoral os partidos que não lograram o cociente eleitoral, a distribuição final das cadeiras entre os partidos se realizará segundo o mesmo padrão daquela obtida pela fórmula das médias mais elevadas. No exemplo adotado, o resultado da distribuição seria exatamente o mesmo: o Partido I receberia três cadeiras, e o Partido II, duas, excluindo-se os demais partidos.

É o que ocorreu no Brasil, no qual os códigos eleitorais de 1950 e 1965 adotaram, para a eleição da Câmara dos Deputados, a fórmula da maior média, nela inserindo a definição do cociente eleitoral como cláusula de exclusão, isto é, eliminando da competição eleitoral os partidos cujos votos não atingiam aquele cociente.

(José Antônio Giusti Tavares, *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, pp. 139-140 e 142)

F) A DISTRIBUIÇÃO DAS SOBRAS NÃO DEPENDE DA CLÁUSULA DE EXCLUSÃO

Como a cláusula de exclusão não faz parte da fórmula da maior média, a distribuição das sobras não depende do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral. Com isso, declarada a não-recepção deste dispositivo (CE, art. 109, § 2º), não haverá vácuo ou vazio normativo na distribuição das sobras, uma vez que os partidos e coligações que não lograram o quociente eleitoral terão os seus votos inicialmente divididos por 1 (um):

Para adjudicação das cadeiras não ocupadas pelo cociente partidário, o sistema estabelece um segundo procedimento que consiste em dividir o número de votos que cada partido recebeu por um denominador constituído pelo número de representantes até então obtido pelo partido acrescido de uma unidade: se o partido não tiver obtido representantes, divide-se a totalidade de seus votos por um. Deste modo identifica-se o partido que teria a maior densidade de votos por representante se um representante adicional lhe fosse atribuído. O partido que, como resultado desse procedimento, tiver obtido o maior cociente, isto é, a maior média de votos por representante, ganha a primeira cadeira restante. Se ainda houver cadeiras a ocupar, repete-se sucessivamente a operação, acrescentando sempre uma unidade ao denominador no cálculo da média do partido que obteve um representante na operação imediatamente precedente, até ocupar inteiramente os assentos parlamentares.

(José Antônio Giusti Tavares, *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, pp. 139-140)

Convertidos igualmente na fórmula da maior média (CE, art. 109, I e II), os 152.049 votos dados à coligação Alagoas a Força do Povo garantem ao requerente a primeira maior média (152.049), portanto, a primeira das três vagas das sobras:

Vagas	Média	Coligação
1ª vaga	152.049	ALAGOAS A FORÇA DO POVO
2ª vaga	140.287	ALAGOAS LIVRE E JUSTA
3ª vaga	137.485	ALAGOAS PAZ E DESENVOLVIMENTO

G) A CLÁUSULA DE EXCLUSÃO FERE A IGUALDADE DE CHANCES

O princípio da igualdade de chances, que decorre do fundamento do pluralismo político (Constituição, art. 1º, V), visa garantir a todos os partidos a mesma (igual) possibilidade de lutar pela prevalência de suas ideias, a mesma (igual) possibilidade de ganhar as eleições, a mesma (igual) possibilidade de se tornar maioria no Parlamento. No entanto, o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral despreza a idéia da igualdade de chances, reservando todas as vagas das sobras aos partidos que obtiveram o quociente eleitoral.

Para o Ministro GILMAR MENDES, “[a] adoção do princípio da igualdade de chances constitui condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a minoria somente há de renunciar ao direito de resistência se ficar

assegurada a possibilidade de vir a se tornar maioria” (ADI 1.351, Ministro GILMAR MENDES).

No voto que proferiu na ADI 1.3518, o Ministro GILMAR MENDES ressaltou que “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”. Pontuou ser fundamental 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”.

Não obstante o princípio da igualdade de chances, o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral fere de morte o pluralismo político. Em lugar de garantir a todos os partidos iguais possibilidades de participação na formação da vontade popular, como a mesma (igual) possibilidade de lutar pela prevalência de suas idéias, a mesma (igual) possibilidade de disputar e ganhar as eleições, a mesma (igual) possibilidade de um dia se tornar maioria no Parlamento, a cláusula de exclusão institui uma reserva absoluta de vagas para os partidos que lograram o quociente eleitoral, que ficam com todas as vagas da disputa, sejam as distribuídas pelos quocientes partidários, sejam as distribuídas pela maior média.

Não se tem um processo eleitoral justo, uma consideração igual da vontade soberana de todos os eleitores, mas apenas a consolidação ou ampliação do *status quo* dos partidos que conseguiram atingir o quociente eleitoral. A idéia de

⁸ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1351. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 07/12/2006. Acórdão publicado em 30/03/2007.

igualdade de chances é desprezada pelo § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, que torna a disputa eleitoral uma ficção para os partidos eliminados pela cláusula de exclusão.

Como a ficção vivida em 2006 pela coligação ALAGOAS A FORÇA DO POVO, que, com 152.049 votos, suficientes para conquistar a primeira das três vagas das sobras, não teve nenhuma chance de influir na composição da Câmara dos Deputados. Ou a ocorrida em 1996 no Município de Juatuba⁹, Minas Gerais, quando 18 partidos concorreram a 11 vagas de vereador, mas apenas um conseguiu o quociente eleitoral, ficando com todas as 11 vagas. Os outros 17 partidos não tiveram nenhum peso, nenhuma influência no resultado eleitoral, sendo os seus votos desconsiderados como se fossem lixo.

Não há espaço para a diversidade¹⁰. Os partidos eliminados pela cláusula de exclusão ficam privados do direito de influir na formação da vontade política da sociedade. Por negar a igualdade de chances, princípio que decorre do pluralismo político, o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral é incompatível com o inciso V do art. 1º da Constituição, uma vez que “[a] *minoría de hoje tem que ter espaço para ser a maioria de amanhã*” (ADI 1351, Ministra CÁRMEN LÚCIA) e que a “*democracia não se faz apenas como governo da maioria, mas como um governo da maioria em que a minoría pode aspirar a transformar-se em maioria*” (ADI 1.351, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE).

H) DIREITO FUNDAMENTAL SEM PRECEDENTES

⁹ Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral 15.296. Relator Ministro Eduardo Alckmin. Acórdão publicado em 31/08/1999.

¹⁰ “(...) a diversidade deve ser entendida não como ameaça mas como fator de crescimento, como vantagem adicional para qualquer comunidade que tende a enriquecer-se com essas diferenças. O desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais” – ADI 1351, voto do Ministro Marco Aurélio.

O voto com valor igual para todos, previsto no caput do art. 14 da Constituição, é um direito fundamental sem precedentes. Nenhuma das Constituições anteriores dispôs sobre o valor do voto, igual para todos, como fez a Constituição de 1988:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, **com valor igual para todos**, e, nos termos da lei, mediante:

(...) a Lei Fundamental brasileira de 1988 inovou no estabelecimento do direito de voto com valor igual para todos, visando o impedimento de todo e qualquer artifício capaz de fraudar a igualdade eleitoral.

...

A atual Constituição dispõe que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: ...”. Nenhuma das Constituições brasileiras anteriores dispôs expressamente sobre o valor do voto.

(Janílson Bezerra de Siqueira, “Quociente eleitoral e a barreira nas eleições proporcionais do Brasil: incompatibilidade com a Constituição?”, disponível em <<http://www.jfrn.gov.br/doutrina/doutrina207.doc>>, acesso em 11/06/2010)

Sendo o povo soberano, cada eleitor é titular de parte ou fração da soberania, compreendida como o poder de influir igualmente na composição do Poder Legislativo. E o *caput* do art. 14 da Constituição de 1988, quando preceitua que a soberania popular será exercida pelo voto, determina expressamente que esse voto seja com valor igual.

1) O SIGNIFICADO DO VOTO COM VALOR IGUAL PARA TODOS

O que significa o voto com valor igual para todos? Significa que cada voto tem o mesmo (igual) peso, a mesma (igual) influência na distribuição das vagas. Significa que cada voto tem a mesma (igual) chance de influir na composição

do Parlamento. Significa que cada voto tem a mesma (igual) eficácia, a mesma (igual) repercussão, a mesma (igual) consideração na repartição dos mandatos.

Todos os cidadãos são iguais politicamente e essa igualdade se exprime na igual ponderação da sua vontade na formação da vontade política. O direito do voto com valor igual para todos visa garantir a igual influência de cada voto e assim realizar a igualdade democrática dos cidadãos: não só contam igualmente, mas também influem igualmente. A igualdade do valor de contribuição de cada voto para o resultado eleitoral (do valor do resultado do voto) garante a igualdade do poder político que cada eleitor exerce ao votar.

Na ADI 3592¹¹, o Ministro GILMAR MENDES asseverou que “[a] igualdade do voto não admite qualquer tratamento discriminatório, seja quanto aos eleitores, seja quanto à própria eficácia de sua participação eleitoral”. Acentuou que “[a] igualdade de votos abrange não apenas a igualdade de valor numérico (*one man one vote*) (*Zahlwertgleichheit*), mas, também, fundamentalmente, a igualdade de valor quanto ao resultado (*Erfolgswertgleichheit*)”. Quanto à segunda dimensão da igualdade do voto, proclamou o Ministro GILMAR MENDES que “[a] igualdade de valor quanto ao resultado é observada se cada voto é contemplado na distribuição dos mandatos”.

O Professor GOMES CANOTILHO afirma que “[o] princípio da igualdade exige que todos os votos tenham uma eficácia jurídica igual, ou seja, o mesmo peso. O voto deve ter o mesmo valor de resultado (consideração igual para a distribuição de mandatos)”. “Daí a insistência dos autores”, segundo Canotilho,

¹¹ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.592, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 26/10/2006. Acórdão publicado em 02/02/2007.

“na caracterização do voto igual: igual peso numérico (*Zahlwert*) e igual valor quanto ao resultado (*Erfolgswert*)”¹².

A igualdade do valor do voto não se confunde com a universalidade do sufrágio, identificada no princípio *one man, one vote*. O caput do artigo 14 da Constituição assegura a cada eleitor o direito do voto com valor igual para todos, consubstanciado no princípio *one man, one vote, one value*. De nada adianta garantir a cada cidadão um voto se esse voto tiver menor peso, menor influência na distribuição dos mandatos, menor chance de influir na composição do Parlamento, menor consideração, menor significado na repartição das vagas.

O caput do art. 14 da Constituição não sujeitou o direito à igualdade do valor do voto a reserva de lei. Só há necessidade de lei para as outras três modalidades de soberania popular (plebiscito, referendo e iniciativa popular). Não do voto em si, direto e secreto, com valor igual para todos, conforme entendimento do Ministro AYRES BRITTO:

(...) insista-se na proposição de que o discurso normativo-constitucional faz da soberania um dos fundamentos da República Federativa, para em seqüência prescrever que tal soberania se traduz na colocação do povo como fonte de todo o poder (inciso I e parágrafo único do art. 1º). Mas sem deixar de elucidar que o povo tem a alternativa de exercer o poder, ou diretamente, ou “por meio de representantes eleitos”, e, mais que isto, *eleitos nos termos da própria Constituição* (parte final do referido parágrafo).

Depois de assim estabelecer o vínculo funcional direto entre representatividade e elegibilidade, *nos termos dela própria*, a Magna Carta senta praça do seu intuito de produzir o máximo de resultados por si mesma, dizendo que só haveria necessidade de lei para o exercício das outras três modalidades de soberania popular (reler a parte final do art. 14, *caput*). Não do voto em si, desde logo tipificado como “direto e secreto, com valor igual para todos”.

(BRITTO, Carlos Ayres. O aproveitamento do voto em branco para o fim de determinação de quociente eleitoral: inconstitucionalidade. In *Direito eleitoral*, coordenadores Cármen Lúcia Antunes Rocha e

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 305.

Carlos Mário da Silva Velloso, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 130)

A Constituição de 1988 não deixou a igualdade do valor do voto à mercê do legislador. O direito do voto com valor igual para todos é um direito constitucional. Isso significa que nas relações entre o sistema eleitoral e a igualdade do valor do voto se estabeleceu uma prevalência e uma reserva de Constituição. A garantia da igualdade do valor do voto não ficou dependente do sistema eleitoral, não é uma função a ser regulamentada pelo legislador. Pelo contrário. O direito do voto com valor igual para todos, juntamente com o sufrágio universal e o direito ao voto direto e secreto, possui um caráter constitutivo para definição e conformação de todo o sistema eleitoral.

A igualdade do valor do voto se afere na distribuição dos mandatos. Nesse momento é que se verifica se o voto de um eleitor tem o mesmo (igual) valor que o voto dos outros eleitores. Se o voto válido de um eleitor for aprioristicamente excluído da distribuição das vagas, seja da distribuição das vagas pela fórmula do quociente partidário, seja da distribuição das vagas pela fórmula da maior média, esse voto excluído é um voto com valor reduzido a nada, uma vez que não terá o mesmo (igual) peso, a mesma (igual) influência que os demais votos considerados na distribuição dos mandatos.

A vontade de cada eleitor, manifestada soberanamente no voto, deve ter a mesma (igual) consideração, o mesmo (igual) significado na repartição dos mandatos. Todos os cidadãos são iguais politicamente e essa igualdade se exprime na igual ponderação da sua vontade na formação da vontade política. Se a lei não assegura a cada eleitor o voto com valor igual para todos, a lei eleitoral então viola o *caput* do art. 14 da Constituição, pois a soberania somente é exercida pelo povo se o voto tiver valor igual para todos.

J) DIREITO FUNDAMENTAL REDUZIDO A NADA

Os votos dados aos partidos e coligações que não obtêm o quociente eleitoral não têm nenhum significado no resultado eleitoral. Ceifados pela cláusula de exclusão, os votos dados a esses partidos e coligações não têm o mesmo (igual) peso, a mesma (igual) influência, a mesma (igual) consideração dos votos dados aos partidos e coligações que conseguem o quociente eleitoral. O § 2º do art. 109 do Código Eleitoral reduz a nada o valor dos votos dados aos partidos e coligações atingidos pela cláusula de exclusão, violando o *caput* do art. 14 da Constituição, que assegura a cada cidadão o direito do voto com valor igual para todos.

A Constituição de 1988 não autorizou o legislador a restringir o direito do voto com valor igual para todos. Sendo um direito não submetido reserva de lei, a igualdade do valor do voto não está sujeita ao arbítrio do legislador. Não pode o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral eliminar a igualdade do valor do voto, pois o voto com valor igual para todos é um elemento constitutivo para a definição e a conformação do sistema eleitoral.

O § 2º do art. 109 do Código Eleitoral torna os cidadãos diferentes politicamente. O direito do voto com valor igual para todos é assegurado apenas àqueles que votaram nos partidos ou coligações que conseguiram o quociente eleitoral. Não se tem a igualdade do valor de contribuição de cada voto para o resultado eleitoral (do valor do resultado do voto), pois a igualdade do poder político, consubstanciada no voto com valor igual para todos, é negada aos cidadãos que votaram em partidos ou coligações excluídos da disputa.

No MS 3.555, a vontade soberana de 152.049 eleitores foi reduzida a nada. Os 152.049 votos dados à coligação Alagoas a Força do Povo não tiveram a

mesma (igual) influência dos votos atribuídos aos partidos e coligações que obtiveram o quociente eleitoral. A cláusula de exclusão aniquilou a igualdade de valor desses 152.049 votos.

Nenhum eleitor vota para ver a sua vontade soberana excluída ou desprezada. Vota para influenciar a formação da vontade política da sociedade. Sendo o eleitor soberano, a sua vontade “tem que estar acima de tudo e acima de todos” (Ministro Ayres Britto¹³). Por isso não pode o direito do voto com valor igual para todos ficar dependente do quociente eleitoral. É o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral que deve se conformar ao *caput* do art. 14 da Constituição de 1988. Nunca o contrário.

Considerando que o “voto é poder”, é “o verbo mais vigoroso do cidadão”, é “sua voz que se faz soar para a plenificação da democracia representativa” (Ministra CÁRMEN LÚCIA¹⁴), o voto de cada eleitor deve ter a mesma consideração, a mesma influência na distribuição dos mandatos, independentemente do quociente eleitoral.

O § 2º do art. 109 do Código Eleitoral viola o *caput* do art. 14 da Constituição porque impõe o quociente eleitoral como condição para que os votos sejam considerados igualmente na repartição dos mandatos. O quociente eleitoral afeta a igualdade do voto quanto ao resultado, que se reduz a 0 (zero), como assevera o Professor GILMAR MENDES:

¹³ BRITTO, Carlos Ayres. O aproveitamento do voto em branco para o fim de determinação de quociente eleitoral: inconstitucionalidade. In *Direito eleitoral*, coordenadores Cármen Lúcia Antunes Rocha e Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 126/127.

¹⁴ “*Voto é poder. O voto é o verbo mais vigoroso do cidadão. É sua voz que se faz soar para a plenificação da democracia representativa*” – ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Justiça eleitoral e representação política. In *Direito eleitoral*, coordenadores Cármen Lúcia Antunes Rocha e Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 377.

(...) O sistema proporcional permite, por sua vez, uma distribuição de vagas de acordo com o número de votos obtido pelos candidatos e/ou partidos. Isso significa que os votos dados ao parlamentar ou ao partido serão computados para os fins de definição do quociente eleitoral e do quociente partidário. Em geral, o sistema proporcional opera-se com listas fechadas apresentadas pelos partidos, fazendo-se a distribuição de vagas consoante a vontade obtida pelo partido e pela posição atribuída ao candidato na lista partidária. Semelhante sistema parece contemplar de forma mais ampla a igualdade do voto quanto ao resultado, pois valora, tanto quanto possível, as opções formuladas pelos eleitores. Em compensação, tal sistema amplia a divisão das forças políticas e dificulta, por isso, a formação de maiorias. De qualquer sorte, também no sistema proporcional afasta-se o “aproveitamento geral” da manifestação do eleitor mediante a utilização das “cláusulas de barreira” ou de “desempenho”, que prevêem um índice mínimo de votos a ser alcançado pela agremiação partidária a fim de que possa participar do processo de distribuição de vagas. Assim, no Direito Alemão, fixou-se uma cláusula de barreira de 5%, que exclui da distribuição de assentos a agremiação partidária que não a atingiu. Trata-se de uma significativa intervenção no princípio da igualdade eleitoral, uma vez que o valor do voto quanto ao resultado reduz-se a zero. Embora a cláusula de barreira afete, em parte, a igualdade de votos, admite-se a sua legitimidade constitucional em razão da necessidade de se assegurar a capacidade funcional do Parlamento no interesse também da formação de maioria apta a assegurar um quadro de governabilidade. A Corte Constitucional alemão considera, porém, que 5% é um limite último, uma vez que as eleições têm também a função de integração das forças e tendências existentes na sociedade. Também a própria adoção do quociente eleitoral acaba por afetar, em alguma medida e de forma inevitável, a igualdade de voto quanto ao resultado.

(MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 862/863)

Ante esses fundamentos, há de ser declarada a não-recepção do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, norma incompatível com o direito do voto com valor igual para todos. A igualdade do valor do voto, enraizada no *caput* do art. 14 da Constituição, é um direito que visa garantir o igual peso de cada voto e assim realizar a igualdade democrática dos cidadãos: não só contam igualmente, mas também influem igualmente. A igualdade do valor de contribuição de cada voto para o resultado eleitoral (do valor do resultado do voto) garante a igualdade do poder político que cada eleitor exerce ao votar.

K) A ESSÊNCIA DO SISTEMA PROPORCIONAL

Qual é a essência, a natureza do sistema proporcional? Para Jairo Nicolau, “[a] fórmula proporcional tem duas preocupações fundamentais: assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade esteja refletida no Legislativo e garantir uma correspondência entre os votos recebidos pelos partidos e sua representação”¹⁵.

Segundo Dieter Nohlen, “os sistemas de representação proporcional pretendem refletir, com a maior exactidão possível, as forças sociais e os grupos políticos existentes na população. Por conseguinte, esta é a função básica do princípio de representação proporcional e dela resultam os critérios que permitem avaliar a eficácia de um sistema eleitoral proporcional”¹⁶.

Para Gomes Canotilho, “[o] sistema proporcional, defendido logo na Revolução Francesa (‘O parlamento deve ser um mapa reduzido do povo’, dizia Mirabeau), invoca fundamentalmente: a) a igualdade material, pois a proporcionalidade corresponde melhor à exigência do voto igual, designadamente quanto ao valor do resultado (Erfolgswert); b) adequação à democracia partidária, dado que a moderna democracia não é uma democracia individualista de ‘notabilidades’ mas uma democracia partidária em que cada partido tem um programa (preferência pelos problemas), de acordo com a ideologia ou interesses por eles mediados”¹⁷.

¹⁵ NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 5ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 37.

¹⁶ NOHLEN, Dieter. *Os sistemas eleitorais: o contexto faz a diferença*. Lisboa: Horizonte, 2007, p. 28.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 307.

A natureza do sistema proporcional é garantir que a diversidade de opiniões esteja representada no Parlamento. É assegurar a representação parlamentar à maior variedade possível de tendências e projetos em que se divide a população. É espelhar no Legislativo a maior pluralidade de preferências, propostas, interesses e pensamentos relevantes da sociedade. O sistema proporcional tem como conteúdo essencial assegurar que no Parlamento esteja configurada a diversidade das ideias que estruturam politicamente a sociedade, e não fabricar maiorias parlamentares a todo custo.

L) CLÁUSULAS QUE EXCLUEM A DIVERSIDADE DE OPINIÕES

A liberdade do legislador na conformação legal do sistema proporcional não é absoluta. O legislador não pode estabelecer cláusulas de exclusão que, desiguais e elevadas, desnaturam o sistema proporcional, cujo propósito é assegurar a diversidade de opiniões no Parlamento, e não fabricar maiorias parlamentares a todo custo, esterilizando votos na formação da vontade política da nação.

Em 1996, no Município de Juatuba¹⁸, Minas Gerais, 18 partidos concorreram a 11 vagas de vereador. Desses 18 partidos, apenas um obteve o quociente eleitoral. Consequência: o partido ficou com todas as 11 vagas da disputa. Os 17 partidos atingidos pela cláusula de exclusão não tiveram nenhum peso, nenhuma influência no resultado eleitoral, sendo os seus votos desconsiderados, descartados como lixo.

¹⁸ Caso versado no REspe 15.296, TSE, Relator Ministro Eduardo Alckmin, DJ 31.08.1999.

Em 2006, o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral negou à coligação ALAGOAS A FORÇA DO POVO o direito de participar da distribuição das vagas das sobras. Em termos proporcionais, se a coligação ALAGOAS A FORÇA DO POVO, com 10,94% dos votos válidos, concorresse nos Estados de Espírito Santo, Piauí, Paraíba, Santa Catarina, Goiás, Pará, Maranhão, Ceará, Pernambuco, Paraná, Rio Grande do Sul, Bahia, Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo, o requerente seria eleito deputado federal, uma vez que nesses 15 Estados a cláusula de exclusão é inferior a 11,11% dos votos válidos, valor da cláusula de Alagoas:

Valores das 27 cláusulas de exclusão para a Câmara dos Deputados:

Roraima: 12,5%	Mato Grosso: 12,5%	Maranhão: 5,55%
Distrito Federal: 12,5%	Rondônia: 12,5%	Ceará: 4,54%
Rio Grande do Norte: 12,5%	Alagoas: 11,11%	Pernambuco: 4%
Acre: 12,5%	Espírito Santo: 10%	Paraná: 3,33%
Mato Grosso do Sul: 12,5%	Piauí: 10%	Rio Grande do Sul: 3,22%
Sergipe: 12,5%	Paraíba: 8,3%	Bahia: 2,56%
Amapá: 12,5%	Santa Catarina: 6,25%	Rio de Janeiro: 2,17%
Amazonas: 12,5%	Goiás: 5,88%	Minas Gerais: 1,88%
Tocantins: 12,5%	Pará: 5,88%	São Paulo: 1,42%

Os valores das 27 cláusulas de exclusão variam de 1,42% (São Paulo) a 12,5% (Roraima, *v.g.*). Em termos proporcionais, a coligação Alagoas a Força do Povo, com 10,94% dos votos válidos, elegeria 5 deputados em Minas Gerais, já que nesse Estado o valor da cláusula de exclusão é de 1,88%. E em São Paulo a coligação elegeria 7 deputados, vez que a cláusula de exclusão é de 1,42% dos votos válidos.

As eleições têm a função de integrar as forças e tendências da sociedade. Todavia, a cláusula de exclusão do § 2º do art. 109 do Código Eleitoral torna os cidadãos diferentes politicamente. Por causa desse direito pré-constitucional, a vontade de cada eleitor não tem a mesma (igual) ponderação na repartição dos mandatos. A igualdade do poder político é negada aos cidadãos que confiaram os seus votos aos partidos ou coligações atingidos pela cláusula de exclusão.

Como valor protegido pela Constituição, a diversidade de opiniões encontra no sistema proporcional a possibilidade de se fazer presente no Parlamento. O sistema proporcional visa assegurar voz e voto no Parlamento a maior variedade de tendências e projetos da população. Visa espelhar no Legislativo a maior pluralidade de propostas, interesses e pensamentos relevantes da sociedade. Visa configurar no Parlamento o maior número das ideias que estruturam politicamente a sociedade.

Se todo o poder emana do povo, conforme parágrafo único do art. 1º da Constituição, a emanção desse poder não pode ser represada, discriminada ou diferenciada. Cada cidadão, sendo titular de parte ou fração da soberania, tem o direito de participar e influir igualmente na composição do Poder Legislativo. Esse direito fundamental não pode ser negado pelo § 2º do art. 109 do Código Eleitoral.

Ainda que se alegue que a capacidade funcional do Parlamento necessita de uma maioria parlamentar apta a assegurar a governabilidade, esse argumento funcionalista não pode violar o princípio da igualdade de chances, o direito do voto com valor igual para todos, muito menos o valor da diversidade declarado na ADI 1351: “[o] desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo,

viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais”, como afirmou o Ministro MARCO AURÉLIO na ADI 1.351.

Como fator que concretiza a fabricação de maiorias parlamentares, há de se reconhecer a desproporcionalidade das 27 cláusulas de exclusão, cujos valores variam de 1,42% (São Paulo) a 12,5% (Mato Grosso, v.g.). A Constituição não autorizou o legislador a estabelecer cláusulas de exclusão que, desiguais e elevadas, esterilizam votos.

Na Alemanha, para eleição do *Bundestag*, não existem 27 cláusulas de exclusão, mas uma única cláusula de exclusão, a *Sperrklausel*, com valor de 5% para todo o país. O valor nacional de 5% da *Sperrklausel* é o limite último, que não pode ser modificado, a menos que o legislador alemão opte pelo sistema majoritário, conforme declara Dieter Nohlen:

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por exemplo, considerou que a barreira legal de 5% prevista no sistema eleitoral para o Bundestag era compatível com o princípio de representação proporcional. Contudo, o mesmo Tribunal estabeleceu que uma barreira de 5% deveria constituir o limite superior da barreira legal, proibindo qualquer mudança posterior que viesse a fortalecer o ‘efeito redutor’ do sistema, por ser incompatível com o princípio de representação proporcional. Assim, se o legislador deseja fortalecer os efeitos redutores do sistema eleitoral – elevando, por exemplo, a barreira dos 5% – terá de optar primeiro por outro princípio de representação (isto é, o princípio de representação de maioria absoluta); só depois será permitido ao Bundestag estabelecer uma cláusula de barreira superior.¹⁹

Enquanto o valor da *Sperrklausel* é de 5%, o § 2º do art. 109 do Código Eleitoral estabelece 27 cláusulas de exclusão para eleição dos membros da Câmara dos Deputados, 27 cláusulas desproporcionais, desarrazoadas, cujos valores,

¹⁹ NOHLEN, Dieter. *Os sistemas eleitorais: o contexto faz a diferença*, Lisboa: Horizonte, 2007, pp. 30/31.

que variam de 1,42% a 12,5% dos votos válidos, são incompatíveis com a essência do sistema proporcional.

Analisando o quadro que espelha os valores das 27 cláusulas de exclusão para deputado federal, constata-se que (a) não existe uma cláusula de exclusão com valor igual para os 26 Estados e o Distrito Federal; (b) apenas 8 Estados possuem cláusulas de exclusão inferiores a *Sperrklausel*; (c) 18 Estados e o Distrito Federal têm cláusulas de exclusão superiores a 5%; (d) 10 Estados e o Distrito Federal possuem cláusulas de exclusão de 12,5%, duas vezes e meia superior o valor da *Sperrklausel*.

Cabe então ponderar: é proporcional o sistema que, fundado no § 2º do art. 109 do Código Eleitoral, estabelece 27 cláusulas de exclusão para deputado federal, desintegra as forças que estruturam a sociedade, permite que um único partido fique com todas as vagas de uma Câmara de Vereadores e que nega representação a uma coligação com 10,94% dos votos válidos de um Estado? Como afirmou o Ministro AYRES BRITTO, o quociente eleitoral como cláusula de exclusão é um mecanismo autoritário e elitista:

(...) Vão me dizer que o sistema é proporcional. Mas a gente não pode trabalhar com o sistema proporcional de outro modo, que não signifique uma apropriação indébita de votos do eleitor soberano? Isso é uma apropriação indébita. Não é possível bolar um sistema de representação proporcional impeditivo dessa apropriação. Nós temos um ranço autoritário que se disfarça, que se encobre, que se mascara. A quem serve o quociente eleitoral como cláusula de exclusão partidária, cláusula de barreira? Aos grandes partidos. É um mecanismo autoritário e elitista.²⁰

O § 2º do art. 109 do Código Eleitoral viola o sistema proporcional disposto no *caput* do art. 45 da Constituição. A liberdade do legislador, na

²⁰ Entrevista do Ministro Ayres Britto à revista Conjur, disponível no endereço <<http://www.conjur.com.br/static/text/66060,1>>, acesso em 11/06/2010.

conformação legal do sistema proporcional, não é absoluta. Não pode o legislador estabelecer cláusulas de exclusão que, desiguais e elevadas, convertem maiorias relativas em maiorias absolutas. As 27 cláusulas de exclusão para deputado federal desnaturam o sistema proporcional, cuja essência é assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade esteja refletida no Legislativo, garantindo uma correspondência entre os votos recebidos pelos partidos e sua representação, e não fabricar maiorias parlamentares a todo custo, descartando votos como se fossem lixo as vontades soberanas neles depositadas.

III – CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR

Demonstrada, no capítulo anterior, a existência de plausibilidade de concessão da ordem por via do provimento do recurso ordinário, de outra parte há inegável *periculum in mora*, como antes destacado, justificando-se o pedido de concessão de medida liminar *initio litis*.

Com efeito, o período de mandato relativo ao cargo de deputado federal encontra-se próximo do fim, sendo absolutamente imprescindível a concessão da medida, a fim de que não haja perecimento do direito.

Por tal motivo, requer-se a concessão de medida liminar.

IV – PEDIDO

Ante todo o exposto, o autor requer:

- a) liminarmente, **a concessão de medida cautelar** para assegurar ao requerente, até o julgamento final do recurso ordinário no MS 3.555, o exercício do mandato de deputado federal pelo Estado de Alagoas na legislatura 2007/2011;
- b) no mérito, que seja julgada procedente a ação cautelar para assegurar ao requerente, até o julgamento final do Recurso Ordinário no MS 3.555/TSE, o exercício do mandato de deputado federal pelo Estado de Alagoas, relativo à legislatura 2007/2011.

O processo cautelar incidental esgota-se com a própria concessão de medida pretendida e a intimação das partes pela imprensa oficial (AC 175-QO, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 167/51). Todavia, caso assim não se entenda, requer-se a citação dos litisconsortes passivos:

(a) JOSÉ FRANCISCO CERQUEIRA TENÓRIO, brasileiro, casado, servidor público, deputado federal, portador do RG nº 536.327 SSP/AL, residente na Av. Durval de Góes Monteiro, 4229, Tabuleiro dos Martins, Maceió (AL);

(b) AUGUSTO CÉSAR CAVALCANTE FARIAS, brasileiro, divorciado, deputado federal, inscrito no CPF sob nº 097.192.374-49 e portador do RG nº 247.780 SSP/AL, residente na Av. Sílvio Vianna, nº 2727, ap. 304, Ponta Verde, Maceió (AL)

(c) coligação ALAGOAS MUDAR PARA CRESCER (PTB/PFL/PMN/PV/PP), formada para a disputa das eleições 2006 para o cargo deputado federal no Estado de Alagoas, com endereço na Av. Fernandes Lima, 139, Farol, Maceió (AL), por seu representante Tarcísio José Oliveira Rocha, brasileiro, casado, eng. Agrônomo, inscrito no CPF sob o nº 312.426.344-87.

A presente ação cautelar é instruída com cópia integral dos autos do processo principal (recurso ordinário no MS 3555-TSE).

Atribui-se a causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

P. Deferimento.

Brasília, 25 de agosto de 2010.



José Eduardo Rangel de Alckmin
OAB/DF nº 2.977

Rodrigo Pires Ferreira Lago
OAB/DF nº 30.221