

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
5.420 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

DECISÃO:

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 4º da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, no trecho em que deu nova redação ao art. 109, incisos I a III, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965).

Eis, em destaque, o teor da norma impugnada:

Art. 4o A Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 109. Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários e em razão da exigência de votação nominal mínima a que se refere o art. 108 serão distribuídos de acordo com as seguintes regras:

I - dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada partido ou coligação pelo número de lugares definido para o partido pelo cálculo do quociente partidário do art. 107, mais um, cabendo ao partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher, desde que tenha candidato que atenda à exigência de votação nominal mínima;

II - repetir-se-á a operação para cada um dos lugares a preencher;

III - quando não houver mais partidos ou coligações com candidatos que atendam às duas exigências do inciso I, as cadeiras serão distribuídas aos partidos que apresentem as maiores médias.

§ 1º O preenchimento dos lugares com que cada partido ou coligação for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação recebida por seus candidatos.

§ 2º Somente poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos ou as coligações que tiverem obtido quociente eleitoral.” (NR)

Alega que a norma impugnada ofende o regime representativo e o sistema de representação proporcional (artigos 1º, parágrafo único, e 45, **caput** e § 1º, parte inicial, da Constituição da República).

Sustenta o requerente que, antes a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, o art. 109, inciso I, do Código Eleitoral determinava que, na distribuição dos lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidário, deveria ser dividido o “número de votos válidos atribuídos a cada Partido ou coligação de Partidos pelo **número de lugares por ele obtido**, mais um”, sendo tal operação repetida para a distribuição de cada um dos lugares.

Após a Lei nº 13.165/2015, embora a sistemática de cálculo para a distribuição de tais lugares tenha se mantido semelhante à anterior, a mudança de redação operada no inciso I do art. 109 – que não fala mais em “número de lugares por ele [partido] obtido, mais um”, e sim em “**número de lugares definido para o partido pelo cálculo do quociente partidário do art. 107**, mais um” – substituiu um divisor que antes era variável por um fixo, o quociente partidário, “que deverá ser utilizado para os seguidos cálculos de atribuição das vagas remanescentes, desprezando-se a aquisição de vagas nas operações anteriores” (fl. 8).

O autor afirma que o efeito prático desse novo critério é que o partido ou coligação que obtiver a maior média na primeira operação de atribuição das vagas remanescentes logrará todas as demais vagas. Nesse quadro, argumenta que “Isso implica severa distorção das regras do

ADI 5420 MC / DF

sistema de representação proporcional, pois, ao final da distribuição das sobras, a composição das casas legislativas não guardará respeito à votação conquistada pelas forças políticas” (fl. 9).

Também argumenta ser inconstitucional, por também causar distorção ao sistema proporcional, a parte final do inciso I do art. 109, que limita a distribuição de vagas remanescentes ao partido com candidatos que hajam alcançado o patamar de 10% do quociente eleitoral. Aduz que, “Se o partido, embora com maiores votação e restos, não tiver candidatos que logrem tal percentual (imaginem-se, por exemplo, que seus candidatos hajam sido igualmente bem votados, recebendo cada qual 9% do quociente partidário), ele não terá vez na partilha das vagas remanescentes” (fl. 16).

Alega estar presente o **periculum in mora**, ao argumento de que:

“Não se deve desprezar o risco de o país marchar para o pleito de 2016 com dúvida e insegurança sobre a constitucionalidade de regras essenciais para o processo democrático, como são as relativas à definição e proclamação dos eleitos. Essa indefinição tenderia a gerar inúmeras demandas na Justiça Eleitoral, com efeito potencializador da insegurança para o regime democrático brasileiro, para a estabilidade das instituições e até para a gestão dos entes políticos, cujos titulares poderiam vir a ser substituídos conforme variasse o entendimento dos órgãos jurisdicionais eleitorais”.

Ao final, requer “seja, liminarmente, reconhecida a inconstitucionalidade dos trechos indicados do art. 4º da Lei 13.165/2015, ao dar nova redação ao art. 109, I a III, do Código Eleitoral, e que se determine, nos termos do art. 11, § 2º, da Lei 9.868/1999, aplicar-se a legislação anterior” (fl. 27).

É o breve relatório.

Decido.

ADI 5420 MC / DF

Examinados os elementos havidos nos autos, considerando a relevância do caso e iminência dos efeitos da norma impugnada, em razão da proximidade das Eleições de 2016, bem como da premente elaboração das Instruções do Tribunal Superior Eleitoral, em caráter excepcional examino monocraticamente, *ad referendum* do Plenário, o pedido de medida cautelar, sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei, conforme precedentes desta Corte, tais como: ADPF nº 130/DF-MC, Rel. Min. **Ayres Britto**, DJ de 27/2/08; ADI nº 4.307/DF-MC, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJ de 8/10/09; ADI nº 4.598/DF-MC, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 1º/8/11; ADI nº 4.638/DF-MC, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.705/DF-MC, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.635-MC, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJ de 5/1/12; ADI nº 4.917-MC, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJ de 21/3/13; e ADI 5.184-MC, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 9/12/14.

1) SÍNTESE DA DEMANDA

Em resumo, a questão posta na presente ADI se insere sobre a problemática da distribuição das vagas remanescentes no sistema de representação proporcional.

Pelo arcabouço adotado pela legislação eleitoral para a distribuição das vagas do Poder Legislativo no sistema proporcional, tem-se duas etapas de distribuição das cadeiras legislativas.

Primeiro se distribui as vagas a partir de um processo matemático em que se calcula o quociente eleitoral (soma dos votos válidos/nº de cadeiras em disputa), em seguida o quociente partidário (soma dos votos válidos obtidos pelo partido ou coligação/quociente eleitoral), **desprezando-se as frações eventualmente resultantes**. O quociente partidário maior que uma unidade é pressuposto para que o partido ou coligação receba, ao menos, uma cadeira da disputa eleitoral. Já as vagas resultantes do desprezo às frações tornam-se remanescentes e serão distribuídas consoante os preceitos legais a tanto estabelecidos.

Até a edição da lei ora combatida:

ADI 5420 MC / DF

(i) o quociente partidário (ressalte-se novamente, “desprezadas as frações”) correspondia ao número de vagas destinadas, na primeira etapa, a cada partido, que as distribuiria na ordem de maior votação nominal a seus candidatos. **Nenhuma consideração se fazia quanto à votação individual de cada candidato contemplado com uma vaga obtida pelo partido, senão a que respeitava à ordem de distribuição das cadeiras;**

(ii) as vagas remanescentes decorreriam, apenas, do desprezo às frações no cálculo do quociente partidário; e

(iii) as vagas remanescentes eram distribuídas de acordo com cálculo que considerava em seu denominador o “número de lugares por ele [partido ou coligação] obtido [na primeira etapa de distribuição das vagas], mais um”.

Com a edição da Lei nº 13.165/2015:

(i) o quociente partidário continuou a ser pressuposto para o recebimento de vagas pelo partido ou coligação; contudo, um novo critério foi incluído, **sendo necessário, ainda, que os candidatos aos quais se destinem as vagas obtidas pelo partido ou coligação recebam votação nominal superior a 10% do quociente partidário (art. 108, do Código Eleitoral);** com isso,

(ii) as vagas remanescentes continuarão advindo das frações desprezadas, mas também (art. 109, **caput**) resultarão das vagas não ocupadas pelos candidatos que não tenham atendido ao novo critério (obtenção de votação correspondente a, no mínimo, 10% do quociente eleitoral); e

(iii) **as vagas remanescentes serão distribuídas sob novo critério matemático, que terá como denominador não mais o “número de lugares por ele obtido, mais um”, mas sim um critério fixo, “o quociente partidário, mais um” (art. 109, I).**

Ao questionar o art. 109, incisos I, II, e III do Código Eleitoral (com as modificações introduzidas pela Lei nº 13.165/2015), está a d. PGR se insurgindo contra a modificação na fórmula de cálculo da distribuição

ADI 5420 MC / DF

das vagas remanescentes e quanto à introdução do novo critério (de votação mínima) exigido para recebimento dessas vagas.

Aprecio, em separado, as impugnações.

2) DA INCONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO DO DIVISOR UTILIZADO NO CÁLCULO DE DISTRIBUIÇÃO DAS VAGAS REMANESCENTES (EXPRESSÃO “NÚMERO DE LUGARES DEFINIDO PARA O PARTIDO PELO CÁLCULO DO QUOCIENTE PARTIDÁRIO DO ART. 107”, CONSTANTE DO ART. 109, INCISO I, DO CÓDIGO ELEITORAL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.165/2015)

Com razão o Procurador-Geral da República ao sustentar que a nova sistemática de cálculo para a distribuição das vagas remanescentes, instituída a partir da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, viola a Constituição Federal.

Com efeito, uma alteração sutil realizada na redação do inc. I do art. 109 do Código Eleitoral acabou por acarretar consequência que praticamente **desnatura o sistema proporcional no cálculo das sobras eleitorais**.

Na lei anterior, o cálculo utilizado para obtenção da “maior média” entre os partidos (que é o critério utilizado para distribuição das sobras eleitorais), tinha por denominador o “número de lugares por ele [partido ou coligação] obtido, mais um”. Desse modo, **a regra previa que cada vaga remanescente distribuída a um partido era, em seguida, levada em consideração no cálculo da distribuição das próximas vagas**. Portanto, se um partido recebeu a primeira vaga, isso entrava no cálculo da segunda, diminuindo as suas chances de obtê-la e aumentando as chances de outros partidos recebê-la.

Pela nova sistemática, apenas o “quociente partidário, mais um” **(que é um dado fixo)** é que deverá ser utilizado para os seguidos cálculos de atribuição das vagas remanescentes, **desprezando-se a aquisição de**

ADI 5420 MC / DF

vagas nas operações anteriores.

Conseqüentemente, o partido político ou coligação que primeiro obtiver a maior média e, conseqüentemente, obtiver a primeira vaga remanescente, **acabará por obter todas as vagas seguintes, enquanto possuir candidato que atenda à exigência de votação nominal mínima (pelo menos 10% do quociente eleitoral).** Ou seja, **haverá uma tendência à concentração, em uma única sigla ou coligação, de todas os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários e em razão da exigência de votação nominal mínima.**

Evidencia-se, pois, em tal regramento, a desconsideração da distribuição eleitoral de cadeiras baseada na proporcionalidade (art. 45 da CF/88), que é intrínseca ao sistema proporcional, em que as vagas são distribuídas aos partidos políticos de forma a refletir o pluralismo político-ideológico presente na sociedade, materializado no voto.

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).

Note-se que no sistema proporcional busca-se, na distributividade que lhe é intrínseca, assegurar a participação das minorias nas cadeiras legislativas. A respeito desse aspecto do sistema proporcional, leciona José Jairo Gomes:

“O sistema proporcional foi concebido para refletir os diversos pensamentos e tendências existentes no meio social. Visa distribuir entre as múltiplas entidades políticas as vagas existentes nas Casas Legislativas, tornando equânime a disputa de poder e, principalmente, ensejando a representação de grupos minoritários. Por isso, o voto tem caráter dúplici ou binário, de modo que votar no candidato significa igualmente

ADI 5420 MC / DF

votar no partido (= voto na legenda); também é possível votar tão só na agremiação. Assim, tal sistema não considera somente o número de votos atribuídos candidato, como no majoritário, mas sobretudo os endereçados à agremiação. Pretende, antes, assegurar a presença no Parlamento do maior número de grupos e correntes que integram o eleitorado. Prestigia minoria” (**Direito Eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 122-123).

A nova regra, portanto, por atribuir unicamente a um mesmo partido político todas as vagas remanescentes, viola, ainda, a distribuição de cadeiras legislativas às legendas representativas de ideais minoritários no seio social.

Tenho, portanto, que, nesse ponto, é de se conceder a medida cautelar pleiteada na presente Ação Direta, por ofensa ao art. 45 da Constituição Federal.

3) DA CONSTITUCIONALIDADE DA PARTE FINAL DO INC. I DO ART. 109, QUE FIXA QUE SOMENTE PARTICIPARÁ DA DISTRIBUIÇÃO DAS SOBRES ELEITORAIS O PARTIDO POLÍTICO OU COLIGAÇÃO QUE TENHA CANDIDATO QUE ATENDA À EXIGÊNCIA DE VOTAÇÃO NOMINAL MÍNIMA

No que tange especificamente à alteração promovida no art. 109, inc. I, parte final (e bem assim no art. 108, **caput** – não impugnado nesta ADI), que fixam votação nominal mínima para que um candidato seja eleito, tenho que não merece guarida a proteção cautelar buscada nesta ADI.

Começo observando que, de fato, a Lei nº 13.165/2015 atribuiu uma diversa feição ao nosso sistema proporcional, com uma nova calibração entre o peso dado ao partido político e o peso dado à escolha do eleitor por determinado candidato no cálculo da distribuição das vagas do Poder Legislativo.

Cumpre avaliar se essa nova calibração é compatível com o modelo

ADI 5420 MC / DF

de sistema proporcional adotado em nosso país. Para tanto, é primordial, antes, 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.**

Acerca do tema, rememoro a análise feita por mim no julgamento da ADI nº 4430, da minha relatoria (Dje 19/9/13):

“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 eles mais se aproximassem 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 Naspolini 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, dá-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, desenvolvem-se em termos estritamente regionais, tratando-se, no mais das

ADI 5420 MC / DF

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 e regulando o seu funcionamento. De acordo com esse regramento, os partidos políticos 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; ou (iii) equiparados às associações de classe legalmente constituídas. Segundo aquele dispositivo legal, eram admitidas, ainda, as candidaturas avulsas (art. 88, parágrafo único), desde que requeridas por um número mínimo de eleitores, e permitidos os partidos estaduais.

Mudanças como essas não surtiriam 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).

Como esperado, 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** - já no final da ditadura Vargas mas se beneficiando de sua influência centralizadora, do **Decreto-lei nº 7.586**, também conhecido como “Lei Agamenon Magalhães”, com o qual, **finalmente, se passou a 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-

ADI 5420 MC / DF

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, então, 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 e a possibilidade de captura do poder central por partido de caráter (interesse) fracionário.

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 (presente o mundo real), 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 em circunscrição que coincide com os estados da federação.

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 numero de votados devia ser inferir 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).

ADI 5420 MC / DF

Os questionamentos de Alencar 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 de candidatos a serem 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 da Assembleia Nacional.**

Precursor do sistema proporcional na República, Assis Brasil publicou, 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

ADI 5420 MC / DF

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, por fim, a representação por Estado,

“pois não é de esperar que jamais se estabeleça unidade de collegio neste incommensurável colosso, cujas provincias, 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 se poderia 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**

ADI 5420 MC / DF

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

ADI 5420 MC / DF

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, enunciavam 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

ADI 5420 MC / DF

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 fosse aquela dada no registro pelos respectivos

ADI 5420 MC / DF

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 dispondo 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 surgiu, portanto, 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 maiorias 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.”

Ainda no julgamento da ADI nº 4430, posicionei-me no sentido de que a conjugação do sistema proporcional de listas abertas e de votação

ADI 5420 MC / DF

uninominal com a exigência constitucional de partidos nacionais, com bases distritais nas unidades da Federação – Estados-membros e Distrito Federal –, foi, acima de tudo, uma **solução então adequada à representação federativa no âmbito da Nação**. Ali aponte:

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, impede-se 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.

E concluí 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**.

ADI 5420 MC / DF

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. Brasília: UnB, 2010. v. 2, 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**".

Sob esse raciocínio, observa-se que a alteração legislativa, ao adicionar como requisito para a obtenção de vaga o recebimento, pelo candidato, de votação correspondente a pelo menos 10% do quociente eleitoral, apenas reforça essa característica do sistema proporcional brasileiro: **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 (2014): segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, **do total de votos válidos, 8,37% foram de legenda e 91,63%, votos nominais**.

Observe-se, por fim, que a alteração legislativa não desnaturou o sistema proporcional, uma vez que não excluiu do processo de distribuição das vagas a essencialidade da quantidade de votos total obtida pelo partido ou coligação, uma vez que esse dado – apurado pelo quociente partidário – continua sendo considerado na distribuição de vagas aos partidos.

Desse modo, a nova conformação é apenas uma opção legislativa

no estabelecimento do equilíbrio entre a votação na legenda e a votação na pessoa do candidato, plenamente válida na medida em que não desequilibrou essas forças, que são os polos do sistema proporcional.

Note-se que, ao contrário, a alteração legislativa mais se aproxima de uma tentativa de equilíbrio entre essas variáveis do sistema proporcional, na medida em que, nitidamente, visou impedir o “arrastamento” de candidatos com votação inexpressiva às cadeiras legislativas (e que, caso eleitos, não refletiriam a vontade popular registrada em urna), tão somente em função do quociente partidário obtido pela legenda.

4) CONCLUSÃO

Assim como assim, **concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para suspender, com efeito *ex nunc*, a eficácia da expressão “número de lugares definido para o partido pelo cálculo do quociente partidário do art. 107”, constante do inc. I do art. 109 do Código Eleitoral (com redação dada pela Lei nº 13.165/2015), mantido – nesta parte - o critério de cálculo vigente antes da edição da Lei nº 13.165/2015.**

Comunique-se.

Publique-se.

À julgamento pelo Plenário.

Brasília, 3 de dezembro de 2015, às 20h10m

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

Documento assinado digitalmente