



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO Nº 3.121
(17.12.2002)

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.121 - CLASSE 14ª - SANTA CATARINA
(Florianópolis).**

Relator: Ministro Luiz Carlos Madeira.

Impetrante: Vicente Augusto Caropreso e outro.

Advogado: Dr. Henrique Neves da Silva.

Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.

Mandado de segurança. Quociente eleitoral.
Cálculo da sobra.

A regra do § 2º do art. 109 do Código
Eleitoral não confronta com a do art. 45 da
Constituição Federal.

Liminar prejudicada.

Ordem denegada.

Vistos, etc.,

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por
unanimidade, em denegar a segurança e julgar prejudicada a medida
liminar, nos termos das notas taquigráficas, que ficam fazendo parte
integrante desta decisão.

Sala de Sessões do Tribunal Superior Eleitoral.

Brasília, 17 de dezembro de 2002.


Ministro NELSON JOBIM, presidente


Ministro LUIZ CARLOS MADEIRA, relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ CARLOS MADEIRA: Sr. Presidente, trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Vicente Augusto Caropreso e outro, contra ato supostamente ilegal e abusivo do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que teria deixado de proclamar como candidato eleito o primeiro impetrante, ao cargo de deputado federal.

Alegam que, realizadas as eleições, o primeiro impetrante obteve 52.003 votos, os quais, somados aos demais conferidos aos outros candidatos de seu partido, totalizaram 177.938 votos válidos. Em todo o Estado de Santa Catarina foram computados 3.066.400 votos válidos, e o primeiro impetrante obteve sozinho 1,696% dos votos válidos para deputado federal, mesmo assim não foi proclamado eleito.

Aduzem que, de um total de dezesseis vagas para deputado federal, treze foram preenchidas pelo cálculo do quociente partidário, assim distribuídas:

- 5 (cinco) para a Coligação Santa Catarina Melhor;
- 4 (quatro) para a Coligação Frente Popular;
- 3 (três) para o PMDB; e
- 1 (um) para a Frente Trabalhista.

Na distribuição das três vagas restantes, uma foi destinada ao PMDB, outra à Coligação Santa Catarina Melhor e a última para a Coligação Frente Popular.

Todavia, no cálculo da média pelo sistema proporcional, entendem os impetrantes que uma das vagas restantes caberia ao PSDB, uma vez que a proclamação efetuada pelo Tribunal Regional seria "desproporcional".

Defendem que a regra de exclusão contida no art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, mereceria ser revogada, por sua notória “desproporcionalidade”, sendo, inclusive, incompatível com o art. 45 da Constituição Federal.

Pleiteiam, na liminar:

- (i) a suspensão da proclamação divulgada pelo TRE/SC;
- (ii) a proclamação do candidato impetrante como deputado federal eleito, assegurando-lhe o diploma até a decisão definitiva do presente *mandamus*.

No mérito, requerem a concessão definitiva da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ CARLOS MADEIRA (relator):
Sr. Presidente, o Mandado de Segurança nº 3.109/ES, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, trata da mesma tese aqui defendida pelos ora impetrantes, tendo sido, na sessão de hoje (17.12.2002), à unanimidade, denegada a ordem.

Em razão do julgamento acima referido, esta Corte, também, à unanimidade, apreciou o presente feito, porquanto a matéria já estava devidamente enfrentada.

Assim, utilizo-me dos fundamentos trazidos no voto do e. Ministro Sálvio de Figueiredo e dos demais votos prolatados na sessão – que deverão ser transcritos para este voto – para julgar prejudicada a liminar e denegar a ordem.

É o voto.



VOTO (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.109/ES)**“O SENHOR MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (RELATOR):**

1. É de afastar-se, em primeiro lugar, a preliminar de incompetência desta Corte, com base no entendimento, já acolhido em mais de uma oportunidade, que reconhece sua competência originária para processar e julgar mandado de segurança contra ato de Tribunal Regional Eleitoral, em situações como a destes autos. É o que se vê do acórdão proferido, em recente assentada (16.10.2002), nos autos do Mandado de Segurança nº 3.100-MA, de que foi relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**. E ainda no Mandado de Segurança nº 2.483-RS, de 10.8.99, relator o Ministro **Eduardo Ribeiro**.

2. Afasto, outrossim, a preliminar de inadequação do mandado de segurança. A uma, porque, como se afirmou à unanimidade, no primeiro dos precedentes citados, admissível o mandado de segurança contra decisão de Regional que resolveu questão de ordem suscitada pela Comissão Apuradora.

Na ocasião, ao proferir voto como vogal, não só aderi expressamente àquele entendimento como ainda acentuei as peculiaridades do direito processual eleitoral, que reclama maior flexibilidade, notadamente na esfera do princípio do acesso mais efetivo e eficaz ao Judiciário, sob pena de negar a tutela jurisdicional assegurada constitucionalmente ante lesão ou ameaça de dano, assim me expressando:

‘Intencionava não ingressar em considerações na matéria preliminar, limitando-me a acompanhar o raciocínio do Ministro Relator, reservo-me a manifestação tão-somente sobre o mérito. Vejo, todavia, que o tema da admissibilidade, ou não, da ação de mandado de segurança, na espécie, tem inegável relevo para a jurisprudência deste Tribunal. Como cediço, para evitar o abuso na utilização do mandamus como via para impugnar decisões judiciais, o Supremo Tribunal Federal houve por bem editar o enunciado nº 267 de sua súmula, segundo o qual “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção”.



Certo também é que, mais tarde, quando se utilizava anormalmente esse instrumento de nobreza constitucional como simples cautelar, inclusive exigindo cumulamente os dois pressupostos dessa, a saber, o fumus boni iuris e o periculum in mora, para atribuir efeito suspensivo a recursos dele desprovidos, adveio a Lei 9.139/95, que deu novo perfil ao agravo de instrumento, ensejando a sua interposição diretamente ao Tribunal de segundo grau e autorizando o relator a comunicar-lhe o efeito suspensivo.

Voltou o mandado de segurança, com essa sistemática, ao seu leito normal, como contemplado na legislação ordinária e na própria Constituição, a ter aplicação, como acentuou Castro Nunes, lembrado por Celso Barbi, em obras clássicas, nos casos em que, sobre fatos incontestados, incide uma norma jurídica.

Sem embargo dessa orientação, remanesceu e remanesce, no entanto, o uso do mandado de segurança em hipóteses excepcionais, quando manifesta a possibilidade de dano de difícil ou incerta reparação e carente o ordenamento processual de instrumento eficaz para evitá-lo, sob pena de negar-se ao jurisdicionado o acesso ao Judiciário.

No plano do Direito Eleitoral, pelas peculiaridades do seu processo, regido inclusive pela celeridade, com mais razão não se há de dificultar esse acesso.

Daí acompanhar, na preliminar, o em. Relator'.

Já anteriormente, **mutatis mutandis**, outro não foi o posicionamento deste Tribunal, no MS nº 2.483-RS, relatado pelo Min. **Eduardo Ribeiro** (DJ 3.9.99), com esta ementa, no que interessa:

'Mandado de segurança. Tribunal Superior Eleitoral. Competência originária. Código Eleitoral art. 22, I, "e" e LC 35 art. 21, VI.

O TSE é competente para processar e julgar, originariamente, mandados de segurança contra ato dos Regionais, em matéria eleitoral. Como tal se entende aquela que se inclua em sua atividade-fim'.

Do voto condutor desse acórdão, a propósito, extrai-se:

'A primeira questão a examinar refere-se à competência deste Tribunal para, originariamente,



julgar o presente pedido de segurança, questão suscitada no bem lançado parecer do Ministério Público. E vale acentuar que tem havido alguma hesitação quanto ao tema, impondo-se a uniformização do entendimento.

Ao contrário do que sucede com o Supremo Tribunal Federal e com o Superior Tribunal de Justiça, a Constituição não dispõe sobre a competência do Tribunal Superior Eleitoral, salvo implicitamente ao dispor sobre recursos. Remeteu a matéria para lei complementar, entendendo-se que o Código Eleitoral assumiu essa natureza.

Segundo o contido em seu artigo 22, I, "e", compete a esta Corte julgar mandados de segurança relativos a atos dos Tribunais Regionais, em matéria eleitoral. Ocorre, entretanto, que a LC 35, em seu artigo 21, VI, incluiu na competência privativa dos Tribunais em geral, "julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções".

O tema veio a ser enfrentado diretamente, por este Tribunal Superior, no julgamento do MS 616. Acolheu-se, por unanimidade, o voto do eminente Relator, Ministro José Guilherme Villela, que, com particular acuidade, procedeu às distinções cabíveis. As normas haveriam de conviver. A competência originária do TSE seria exclusivamente para a matéria eleitoral, ou seja, quando se tratasse da atividade-fim da Justiça Eleitoral. Tratando-se de atos de natureza simplesmente administrativa, não de jurisdição voluntária, dizendo com a condução dos assuntos internos da Justiça Eleitoral, com sua atividade-meio, em suma, a competência para os mandados de segurança seria dos próprios Tribunais que os houvessem praticado.

Quando se cuide de atos pertinentes à matéria eleitoral, entendida nos termos acima, é fácil justificar-se a diversidade de tratamento, em relação a outros tribunais. Como salientado no voto acima citado, indispensável instrumento célere que propicie o mais rapidamente possível a ação da Corte superior, de maneira a dar pronto remédio às ilegalidades que surjam no processo eleitoral, sem o que muito freqüentemente o mal não mais poderia ser reparado.

O mesmo não ocorre, entretanto, quando se trate da administração interna, do autogoverno dos órgãos do Judiciário.

Em resumo, o Código Eleitoral não atribui ao TSE competência ampla para apreciar originariamente, via mandado de segurança, os atos dos Regionais. Restringiu-se à matéria eleitoral. Pretendesse fosse competente para todos os atos, não consignaria a restrição'.

A duas, porque não se está a questionar a lei em tese nem a utilizar-se a via do **mandamus** como sucedânea da ação direta de inconstitucionalidade. Ao contrário, os impetrantes defendem seu direito individual de ocupar uma cadeira na Câmara dos Deputados, 'direito *próprio* do impetrante', nas palavras de **Hely Lopes Meirelles**, 'que pertence a quem o invoca' (*Mandado de segurança*, 21. ed., Malheiros, 1999, cap. 4, p. 34). Torna-se, daí, inaplicável a jurisprudência invocada, segundo a qual '*não é o mandado de segurança via própria para atacar a lei em tese e assim obter-se a declaração de inconstitucionalidade da mesma*' (RMS nº 11.780-MG, Superior Tribunal de Justiça, rel^a Min. **Eliana Calmon**, DJ 13.8.2001). No caso, os impetrantes utilizaram o fundamento da inconstitucionalidade como causa de pedir a diplomação do candidato e, em conseqüência, a vaga na Câmara dos Deputados. E, como cediço, o ordenamento jurídico brasileiro também adota o controle difuso de constitucionalidade, incidentalmente, nas demandas aforadas perante qualquer juízo ou tribunal, utilizando-se das vias judiciais admissíveis, entre elas o mandado de segurança.

A inconstitucionalidade, por sua vez, é de ressaltar-se, diz respeito a questão eminentemente de direito e não de fato, ou, em outras palavras, não é de exigir-se a prova pré-constituída desse fundamento, como estão a pretender os litisconsortes, uma vez que, como cediço, a dilação não permitida na via do **mandamus** só se refere aos fatos, que devem vir 'comprovados de plano', na expressão de Hely Lopes Meirelles.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (presidente):
Ministro Sálvio de Figueiredo, V. Exa. estaria entrando no mérito da matéria.

Obtive do gabinete do Ministro Sepúlveda Pertence a parte do seu voto relativa à questão do cabimento do mandado de segurança, sem revisão.



Peço licença ao eminente Relator para ler aquele acórdão.

Dizia o Ministro Sepúlveda Pertence no Mandado de Segurança nº 3.100, do Maranhão:

‘Admito o mandado de segurança.

1. De logo, tanto a proclamação dos resultados da eleição, quanto a diplomação dos eleitos são atos de administração eleitoral, e não de jurisdição.

2. Por isso mesmo, tenho observado que o chamado **“recurso contra expedição de diplomação” (C. Eleit., art. 262)**, antes de ser um recurso, é, na verdade, uma ação constitutiva negativa do ato administrativo da diplomação.

3. De qualquer sorte – escusado o óbvio –, a decisão de que se cuida, resolvendo questão prejudicial da proclamação do eleito, não é ainda de diplomação, e dela, portanto, **“recurso contra a diplomação”** não cabe.

4. Certo, extrai daí a contestação dos litisconsortes passivos a alegação de inexistência do interesse de agir, que, entretanto, não procede.

5. Patente, com efeito, nas circunstâncias do caso, que resolvendo a questão de ordem, o TRE se vinculou ao decidido, ao qual há de manter-se fiel nas etapas posteriores do procedimento de proclamação e diplomação.

6. Só por isso se explica a decisão da Comissão Apuradora, de submeter a questão ao Plenário do TRE, e a deste, de resolvê-la de imediato.

7. Em hipóteses similares de processos administrativos – assim, as do processo disciplinar dos servidores públicos ou a do provimento de cargos judiciários por escolha em lista –, a jurisprudência do Supremo Tribunal tanto admite a impugnação, mediante mandado de segurança, dos atos intermediários, quanto que aguarde o interessado o ato final, ainda que para opor-lhe a nulidade dos antecedentes.

8. Na espécie, visando a impetração a solução que implicará a convocação ou não do segundo turno de votação, na data em que se efetivará o das eleições presidenciais e o de diversas eleições para o governo dos estados, é não só legítima, mas também

conveniente para o processo eleitoral se admita o requerimento de mandado de segurança para, se for o caso, viabilizar-lhe o deferimento em tempo oportuno'.

Nesse caso se discutia o problema do cômputo ou não dos votos de um candidato a governador que teve o seu registro indeferido antes das eleições, e se admitiu o mandado de segurança para esse fim.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: O Ministro Sepúlveda Pertence disse caber mandado de segurança como cabe contra ato administrativo. Tanto que começa dizendo não haver dúvida de que é um processo administrativo.

Mas o cabimento do mandado de segurança não está em causa, e sim saber a competência de quem o julgará. E competência para julgar ato administrativo, de acordo com o Código Eleitoral, não houvesse a suspensão do Senado, seria do Tribunal.

3. No mérito, questionam os impetrantes o modelo de sistema proporcional escolhido pelo legislador brasileiro para o preenchimento das vagas de deputado federal, estadual e distrital e vereadores (art. 84, CE), descrito nos arts. 105 a 113, CE. Por esses dispositivos, apura-se o *quociente eleitoral*, nos termos do art. 106. A partir dele, obtém-se o *quociente partidário* e preenchem-se as vagas. Os lugares que restarem serão divididos pela regra do art. 109, CE, expressando, porém, o texto legal que, para esses, 'só poderão concorrer (...) os partidos e coligações que tiverem obtido quociente eleitoral' (§ 2º).

É exatamente contra o comando desse § 2º que se insurgem os impetrantes, ao pretenderem sua inclusão na contagem dos votos, uma vez que se viram excluídos da apuração por não terem obtido o quociente eleitoral. Arrimam-se na inconstitucionalidade do referido parágrafo em face do art. 45 da Constituição, que dispõe:

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

4. A primeira observação a ressaltar é que esta Corte, com outra composição, já apreciou o tema dos critérios de contagem de votos pelo sistema proporcional, concluindo pela aplicabilidade do mencionado art. 109, CE, notadamente em relação às 'sobras'. É o que se vê no REspe nº 11.249-RS, trazido à colação nas defesas, em



que ficou vencido o relator, Ministro **Marco Aurélio**, com as seguintes considerações, no pertinente:

(...)

Conforme salientado pelo Recorrente, à ordem jurídica em vigor não pode ser conferido o alcance de sobrepor o critério do artigo 109 do Código Eleitoral ao próprio sistema da representação proporcional, no que assentado nos quocientes eleitoral e partidário. Vale dizer: não se pode conferir ao texto do artigo mencionado o efeito de colocar em plano secundário o fato de o partido político haver ficado com sobra que, por si só, não motivou a conquista de mais uma cadeira, logrando, no entanto, nessa nova fase, não uma, mas duas ou mais cadeiras. Seria reconhecer à sobra valia maior do que a do inteiro. Enquanto este, respeitadas as balizas do sistema proporcional, elege um candidato, aquela teria o condão de eleger mais de um candidato'.

Ao acompanhar a divergência, inaugurada à época pelo Ministro **Ilmar Galvão**, manifestou-se o Ministro **Walter Medeiros**:

'Não tenho dúvida, Sr. Presidente, a respeito da excelência do critério proposto pelo em. Ministro Marco Aurélio, de cuja coragem intelectual e firmeza de posições sou admirador confesso.

Mas identifico aí, na posição por S. Exa. assumida, mais uma sugestão válida para o aperfeiçoamento do nosso sistema político-eleitoral, a ser consagrada de lege ferenda, mas não, com a devida vênias, exegese que possa ser extraída do jus positum.

É que, na verdade, para se chegar à solução alvitada pelo em. relator, teria o legislador, no art. 109 do Código Eleitoral, de acrescentar ao item: "II – repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares", a oração: "excluído o partido contemplado com a sobra anterior".

Essa ressalva, contudo, não se contém no dispositivo interpretado, pelo que somente de lege lata poder-se-ia adotar o critério agora proposto.

Com a devida vênias, adiro aos votos dos Senhores Ministros Ilmar Galvão, Costa Lima e, agora, dos Srs. Ministros Costa Leite e Torquato Jardim, para também não conhecer do recurso especial".

A reflexão sobre o tema atinge, nessa dimensão, os limites da atuação do juiz ante a liberdade de conformação do legislador na divisão entre os Poderes do Estado. Nesse passo, a doutrina do Direito Constitucional tem avançado rumo à máxima eficácia possível da Constituição, que deve ser tomada sempre, na expressão de Mestre **Paulo Bonavides**, *'globalmente, como um todo, de que as cláusulas particulares se fazem tributárias e indissociáveis'* (*Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., Malheiros, 2002, p. 428-429), tendo em conta princípios ou valores cardeais, como 'a união indissolúvel, a justiça, o bem-estar geral, enfim, as bênçãos de uma liberdade perpétua' (p. 429).

Essa moderna hermenêutica visa, em última análise, distinguir as normas constitucionais das demais normas, dada a insuficiência dos métodos clássicos de interpretação apregoados por Savigny para identificar a exata densidade dos conceitos expressos na Constituição. Daí o avanço da doutrina e da jurisprudência no desenvolvimento de outros métodos de hermenêutica, da adoção da interpretação conforme, da lei ainda constitucional, do método concretista de interpretação, do princípio da proporcionalidade, entre outros, com vistas a assegurar, tanto quanto possível, a máxima eficácia.

Todavia, assim como ao intérprete da legislação ordinária não é dado tomar liberdades inadmissíveis com a lei, não obstante deva dar, a essa, exegese valorativa, teleológica, construtiva, ajustada à lógica do razoável, também no plano constitucional a liberdade do hermeneuta não é ilimitada. Assim, e para exemplificar, apesar da ampliação da função do juiz ao interpretar a Lei Maior e extrair-lhe o conteúdo de valores e expressões, certo é que a ele não se permite a função de legislador positivo, mas apenas negativo. A propósito, exemplificam estes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

'Não se revela ilícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial.

Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes

essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes'. (RE n. 200.844-PR, DJ 16.8.2002, rel. Min. Celso de Mello).

'O STF como legislador negativo: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.

Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.

(...)

Substantive due process of law e função legislativa: A cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário.

A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal (...)' (ADI n. 1.063-MC-QO-DF, DJ 27.4.2001, rel. Min. Celso de Mello).



'Não só a Corte está restrita a examinar os dispositivos ou expressões deles cuja inconstitucionalidade for argüida, mas também não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo.

Em conseqüência, se uma das alternativas necessárias ao julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (a da procedência dessa ação) não pode ser acolhida por esta Corte, por não poder ela atuar como legislador positivo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade como posto não atende a uma das condições da ação direta que é a da sua possibilidade jurídica.

*Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido' (ADI n. 896-MC-DF, DJ 16.2.96, rel. Min. **Moreira Alves**).*

*Sobre o tema, entre muitos outros, confirmam-se ainda a ADI n. 1.407-MC-DF, DJ 24.11.2000, e o RE n. 181.138-SP, DJ 12.5.95, ambos da relatoria do Ministro **Celso de Mello**.*

*Em matéria eleitoral, o Supremo Tribunal Federal chegou à mesma conclusão de impossibilidade de atuar como legislador positivo ao apreciar a compatibilidade do art. 47 da Lei n. 9.504/97 com a Constituição, por meio da ADI n. 1.822-DF, DJ 10.12.99, rel. Min. **Moreira Alves**, de cuja ementa se colhe:*

'(...) sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97 impugnados [art. 47, §§ 2º, I e II, 3º, 4º], a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo'.

4

No caso, a expressão 'sistema proporcional', por si só, contida no art. 45 da Constituição, encontra no Código Eleitoral critérios precisos e definidos de apuração dos votos. A proposta de outro modelo, destarte, há de ser feita *de lege ferenda*, mas não na solução de um caso concreto, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade implicaria a alteração do sentido do texto legal, o que não se permite ao Judiciário.

Também não me parece o melhor o modelo adotado pelo legislador ordinário brasileiro. É de convir-se, entretanto, que, conquanto haja outros modelos de sistema proporcional, com maiores vantagens ou desvantagens, o Código Eleitoral não foge à razoabilidade, atendendo ao princípio da proporcionalidade. Acerca do sistema proporcional preconizado na Constituição e descrito na legislação ordinária, o Supremo Tribunal Federal examinou a constitucionalidade do art. 106, parágrafo único, CE, no RE n. 140.386-MT, DJ 20.4.2001, assim ementado:

'CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. VOTOS EM BRANCO. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. QUOCIENTE ELEITORAL: DETERMINAÇÃO. Cód. Eleitoral, art. 106, parág. único. COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO.

I. – A norma inscrita no parág. único do art. 106 do Cód. Eleitoral, a dizer que “contam-se como válidos os votos em branco para determinação do quociente eleitoral”, não é incompatível com a Constituição vigente.

II. – R. E. não conhecido'.

Na oportunidade, registrou o relator, **Ministro Carlos Velloso**:

'Distinguindo a Constituição os princípios proporcional e majoritário, e, quanto ao primeiro, não tendo adiantado princípios ou regras, recepcionou a Constituição as normas inscritas na lei ordinária que o disciplinam (...).'

No mesmo julgamento, com sua habitual excelência jurídica, registrou o **Ministro Celso de Mello**:

'O eleitor que vota em branco tem a plena consciência de que, ao assim proceder, poderá estar elegendo candidato em quem ele não votou. Trata-se, porém, de conseqüência que necessariamente emerge do sistema de representação proporcional cujas notas



típicas dependem, em nosso ordenamento positivo, de definição pelo legislador.

Nesse contexto, pois, o cômputo dos votos em branco não desqualifica, não descarateriza e nem afeta, em sua substância mesma, o sistema proporcional, a integridade do postulado constitucional do pluralismo partidário e a garantia de representação das minorias.

A opção do legislador ordinário pode, até, não ter sido efetivamente a melhor. O Congresso Nacional, contudo, ao delinear os elementos essenciais que compõem, no plano sistêmico, o regime jurídico que disciplina o princípio da representação proporcional, agiu nos estritos limites estipulados pelo ordenamento constitucional.

O sistema da representação proporcional, ainda que passível de identificação doutrinária quanto à suas linhas básicas, constitui conceito jurídico indeterminado, cuja implementação depende do poder de regulação atribuído à instituição parlamentar.

Assiste, pois, ao legislador ordinário – especialmente ante a multiplicidade de variações tipológicas desse sistema eleitoral – irrecusável espaço de liberdade decisória na disciplinação do tema. Inquestionável, assim, no plano normativo, o seu poder de conformação do sistema de representação proporcional. Essa circunstância defere ao legislador a condição eminente de sujeito do processo de concretização do sistema proporcional consagrado pela Carta Política. Daí, a advertência – que cumpre lembrar – do Min. Paulo Brossard, quando do julgamento, pelo Tribunal Superior Eleitoral, da **quaestio juris** ora renovada perante esta Corte:

“O fato de a Constituição não dizer, aqui, que a lei regularia a proporcionalidade da representação, não significa que o legislador não possa fazê-lo. Era mesmo imperioso que o fizesse, pois não existe um conceito unívoco de representação proporcional”.

A intervenção definidora do legislador ordinário, na definição e tipificação do sistema da representação proporcional, traduz, em consequência, providência estatal indispensável e necessária, pois à lei, em nosso sistema constitucional, compete instituir os meios e definir os processos tendentes à conformação do sistema eleitoral de representação proporcional.

Desse modo, não vislumbro o conflito hierárquico-normativo denunciado pelo ora recorrente, eis que a decisão proferida pelo TSE – que considerou válidos os votos em branco para efeito de fixação do quociente eleitoral – revela-se plenamente ajustada ao que prescreve a Lei Fundamental da República.

Não se pode perder de perspectiva que, no regramento normativo do sistema em questão, a representação proporcional das agremiações partidárias não se reveste de caráter absoluto, achando-se necessariamente subordinada ao que dispuser a lei.

*A interpositio legislatoris revela-se, no caso, medida de inquestionável necessidade, eis que, sem o delineamento legislativo dos **essentia** que concretizam e identificam o modelo de representação proporcional adotado pelo sistema jurídico brasileiro, a norma inscrita no art. 45 da Constituição reduzir-se-ia a uma situação de virtual inoperância.*

Longe de contrariá-lo, as regras consubstanciadas no art. 106, parágrafo único, e no art. 109, § 2º, ambos do Código Eleitoral – que, ao mandarem computar os votos em branco para o cálculo do quociente eleitoral, exigem que este seja alcançado como requisito para que o Partido Político tenha direito à representação – dão efetividade ao postulado emergente do art. 45 da Constituição. Resulta evidente, portanto, que essa norma constitucional, mesmo sem delegar expressamente ao legislador ordinário o poder de desenvolver e regulamentar a aplicabilidade desse princípio (como o fizera a revogada Carta Política de 1969 em seu art. 148), depende e reclama, para efeito de sua plena incidência jurídico-normativa, da intervenção conformadora do Poder Legislativo”.

5. Como última observação, é de assinalar-se que este próprio Tribunal Superior Eleitoral deu cumprimento ao Código Eleitoral ao editar a Resolução nº 21.000/2002, que ‘dispõe sobre apuração e totalização dos votos, proclamação e diplomação nas eleições de 2002’ e, em seu art. 78, § 2º, repete o indigitado § 2º do art. 109, CE.

6. Além do mais, a declaração de ‘inconstitucionalidade’ (rectius – revogação da norma ordinária) pretendida neste mandado de segurança implicaria substancial modificação dos critérios aplicados em eleição já realizada, a ensejar ofensa a outro princípio

constitucional, insculpido no art. 16, sobre o qual me manifestei na Consulta n. 715-DF, que versou a comumente conhecida 'verticalização' das coligações partidárias, com estas palavras:

'(...) o comando do art. 16 da Constituição, muito mais que uma regra, reflete e expressa um princípio que, na hierarquia dos valores normativos, segundo a melhor doutrina, é superior à própria lei, do qual normalmente essa decorre, nasce e frutifica, o que ganha destaque quando promana da própria Constituição, a lei fundamental de uma Nação.

E tanto tem nobreza de princípio que o seu texto primitivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 4, de 14.9.93, para ampliar-lhe os horizontes.

A propósito, mesmo antes dessa alteração, merece relevo a observação do Sr. Ministro Celso de Mello, na ADIMC nº 353-DF, Pleno, em decisão de 5.9.90, de cuja ementa se extrai (in Uadi L. Bulos, Constituição Federal Anotada, Saraiva, 3ª ed., 2001, art. 16):

"- A norma inscrita no art. 16 da Carta Federal, consubstanciadora do princípio da anterioridade da lei eleitoral, foi enunciada pelo constituinte com o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romper a igualdade de participação dos que nele atuem como protagonistas principais: as agremiações partidárias e os próprios candidatos".

7. Com estas considerações, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **denego** a segurança.



ESCLARECIMENTOS

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: Excelência, não seria mais técnico considerar que o problema não é de inconstitucionalidade, mas de revogação?

O problema que se coloca é que a norma é de 1985, e, pelo que li dos memoriais, se alega que a Constituição de 1969 estabelecia que a proporcionalidade seria na forma estabelecida pela lei, ao passo que Constituição de 1988 não mais usa a expressão, 'na forma em que a lei estabelecer'.

Assim, o problema seria em face da Constituição atual, e não da Constituição de 1969, sob cuja égide essa nova redação foi introduzida no Código Eleitoral. Assim, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de revogação, embora o resultado seja o mesmo.

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (RELATOR): Atentei para a circunstância. Acontece que o pedido e toda a fundamentação vieram constando como 'inconstitucionalidade'. Como tenho de julgar de acordo com o pedido, usei essa expressão.

Estou de acordo com V. Exa.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: Com relação à revogação, ainda há uma circunstância de que o advogado, da tribuna – não sei se na petição consta isso –, pede a revogação do § 2º desse dispositivo e a manutenção dos demais. Isso não será possível, porque o inciso I do art. 109 do Código Eleitoral estabelece:

'Art. 109 (...)

I – dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada partido ou coligação de partidos pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher'.

Ora, se ele não obteve lugar algum, obviamente esse dispositivo também estaria revogado. E estando revogado este dispositivo e o § 2º, é óbvio que está tudo revogado, porque não é possível ficar um sistema manco.

Ainda haveria um outro problema. É que, em havendo sido revogado esse dispositivo, a sua revogação não revive

o texto anterior, o que deixaria um vazio. E qual a solução a ser dada? Não haveria critério nenhum.

Fosse problema de inconstitucionalidade – por isso penso que é importante ser revogação –, fosse declarado inconstitucional, o texto anterior reviveria, porque no problema da revogação não há a possibilidade da repristinação.

De modo que, revogado esse texto, não repristinaria o texto anterior. Fosse inconstitucional, seria diferente, porque não seria problema de repristinação, mas de declaração de inconstitucionalidade e, portanto, nulo, como se jamais tivesse integrado o ordenado jurídico. Assim, reviveria o texto anterior, que, por sua vez, também teria de ser declarado inconstitucional, e cairíamos no vazio.

A revogação tem esse aspecto, basta dizer que não foi revogado, porque, se dissesse o contrário, ficaria também o vazio por causa do problema de o nosso ordenamento não admitir a repristinação.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (presidente): O pior é que acabaríamos chegando na Lei Agamenon, que determina que as sobras ficariam só com o partido que obteve o maior quociente eleitoral, não distribuiria as sobras.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: Isso se fosse inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (presidente): Ministro Sálvio de Figueiredo, V. Exa. concorda com as observações feitas?

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (RELATOR): De acordo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, rejeito as preliminares, em especial aquela referente à competência desta Corte para apreciar este mandado de segurança. Sobretudo, em face dos precedentes citados pelo relator: Mandado de Segurança nº 2.483, relator Ministro Eduardo Ribeiro, e Mandado de Segurança nº 3.100, relator Ministro Sepúlveda Pertence.

Na questão de fundo, estou de acordo com o Sr. Ministro Relator em denegar a segurança, pois não vejo também incompatibilidade entre o art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, e o art. 45 da Lei Maior. Entre os vários modelos possíveis, o legislador ordinário elegeu um, ou seja, o sistema de quociente que, em rigor, não conflita com a Carta Política de 1988.

Acompanho o ministro relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ CARLOS MADEIRA:
De acordo.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE:
Sr. Presidente, voto de acordo com o relator, incluindo os acréscimos feitos pelo Ministro Moreira Alves.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (presidente):
Srs. Ministros, lembro que a questão se resume, efetivamente, na expressão que não é do meu gosto, de recepção pela Constituição de 1988 da legislação anterior.

Na verdade, o que se tem é a discussão sobre o § 2º do art. 109, que só poderão concorrer à distribuição dos lugares os partidos e coligações que tiverem obtido o quociente eleitoral. Na verdade, se entendêssemos que esse dispositivo estivesse revogado, estariam revogados os outros parágrafos do art. 109, com a redação dada pela Lei de 1985.

Lembro-me de que a Lei de 1985 só fez uma pequena alteração no Código nº 50, porque introduziu a questão das coligações, que até então eram proibidas. Com isso, não tínhamos esse problema.

O fato é que o Tribunal já examinou esse assunto por diversas vezes e há um voto importantíssimo do Ministro Costa Porto, que faz longa análise sobre a história da questão da divisão das sobras no sistema eleitoral. Lembra o Ministro Costa Porto – e aqui faço alguns acréscimos, de natureza pessoal, de pesquisas que fiz sobre a matéria há alguns anos atrás – que o Código Eleitoral de 1932, quando tratou das sobras, era uma coisa curiosa.

Gostaria de observar que a questão é claramente legislativa, como deixou muito claro o ministro relator.

Em 1932, quando se introduziu o sistema proporcional no Brasil, o que hoje chamamos de sobras lá se chamava de segundo turno. Dizia-se, pelo Código Assis Brasil, que estariam eleitos todos os candidatos que tivessem feito o quociente eleitoral, e não se levava em conta partidos no cálculo dos quocientes. Depois, as chamadas sobras eram distribuídas aos mais votados na ordem das votações. O quociente se calculava pela votação partidária, mas atribuía-se sempre no primeiro turno aos candidatos que tinham quociente. Aquilo que não fosse distribuído aos candidatos com votos iguais ao quociente eleitoral ou superior seria distribuído pela ordem de votação de todos os candidatos, do maior para o menor.

Esse problema foi corrigido em 1935, com a Lei nº 48, Lei Vicente Ráo, que altera o sistema de Assis Brasil, exatamente para estabelecer o problema da maior média. Ou seja, vem-se dizer que aos partidos é que deviam ser distribuídos, e essa distribuição se faria pela maior média. Assim, os partidos que tinham quociente eleitoral participariam do processo, da divisão das sobras, e far-se-ia o cálculo pelo sistema que eles chamavam de Sistema de Hold Modificado, porque se somava sempre o número 1 às vagas obtidas.

Quando veio o golpe de 1937 e se estabeleceu o desaparecimento do Poder Legislativo durante todo o período do Estado Novo, surgiu a Lei Agamenon Magalhães. Com a queda de Getúlio, qual seria o problema havido com a Lei Agamenon Magalhães? Haveria de se disciplinar a eleição da Constituinte de 1946. Sabiam os políticos de então que era necessário se ter o mínimo de consistência hegemônica dentro da Constituição de 1946. E

o que se fez? O Decreto-Lei nº 7.586/45 (a Lei Agamenon), que regulamentou a eleição para a Constituinte de 1946, estabeleceu que as sobras seriam atribuídas integralmente ao partido que obtivesse o maior número de votos, para se conseguir que no corpo da Constituinte houvesse um partido com capacidade de produzir um processo constitucional definitivo, uma definitiva maioria.

Quando veio o Código nº 50, voltou-se ao sistema anterior e restabeleceu-se a maior média, o modelo atualmente existente, que vem desde 1950.

Pode-se dizer, efetivamente – e se disse da tribuna –, que os sistemas eleitorais proporcionais são para respeitar as maiorias. No entanto, lembro que Gilberto Amado, escrevendo, em 1931, logo após a revolução de 1930, diz claramente, na discussão com Assis Brasil, que não era este o objetivo. Dizia ele:

‘Os sistemas de representação proporcional não visam como se pode pensar à primeira vista, a representação das minorias. Visam a representação de todas aquelas opiniões que existindo, em força numérica suficientemente importante para significar uma corrente de idéias tem o direito de influir na proporção da sua força no Governo do País’.

A questão que se discute é do Estado do Espírito Santo, e sustenta-se que a minoria não se fez representada. O autor do mandado de segurança é do Partido da Frente Liberal, a segunda maior bancada para a legislatura a se iniciar no ano de 2003. O PFL fez 84 deputados, enquanto o Partido dos Trabalhadores, do presidente da República diplomado e empossando, fez 91 deputados, mas o Partido da Frente Liberal não fez nenhum deputado no Acre nem no Espírito Santo.

O que precisamos pensar, quando se falar em questão das maiorias e minorias, não é o problema do núcleo molecular estadual, mas, sim, o núcleo molecular maior, que é a Câmara dos Deputados. Logo, o argumento de que a minoria não se fez representar não é verdadeiro, porque o Partido da Frente Liberal está exatamente com 84 parlamentares.

No caso específico, fiz alguns cálculos e demonstro que, na hipótese de uma concessão da segurança, estaremos alterando a composição das bancadas, além do Estado do Espírito Santo, dos estados da Bahia, de Santa Catarina e de Sergipe, porque alteraria este modelo.

Creio que é importante ter presente artigo de um grande cientista político de 1941, ao dizer que o número dos sistemas de representação proporcional inventados até aquela data, 1941, já ultrapassava 300, e em todos os cientistas políticos que examinei, para fazer esses cálculos, há toda uma discussão política embasada na forma pela qual se distribui as vagas.

E, ainda, havendo sobras, como as distribuir? Há fórmulas, como a situação de que os votos sobrantes se dividem pelo total dos restantes na ordem da votação dos partidos, uma solução dada na Alemanha antes da guerra, durante o período de Weimar; há a forma do Método de Hold Modificado, que é o modelo adotado por nós, ou seja, repartir entre os partidos que têm quociente eleitoral mais um. Assim, se o partido constituiu três vagas, soma-se a elas mais uma vaga e divide-se para estabelecer a divisão das quotas.

Gostaria de manifestar o meu elogio aberto ao eminente advogado formulador da petição inicial, mas creio que ele deverá dirigir petição inicial à Câmara de Deputados e ao Senado Federal, locais para se discutir um problema que é sério, o da representação.

Concordo com o eminente relator quando afirma que o sistema eleitoral brasileiro não é bom, entretanto faria uma pequena retificação, dizendo que não existem sistemas bons ou maus, mas sistemas que se superam ou não no tempo. E o nosso sistema, que vem de 1932, efetivamente, já está manifestando na eleição de 2002 o seu esgotamento, o que não significa que venhamos a substituí-lo por um sistema ótimo. Eles vão se ajustando pelo processo histórico-político que a Nação vai produzir. E o local de discutir isso é o Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: V. Exa. permite-me? Confesso que não vejo diferença entre a Constituição de 1969 e a atual, porque, quando a de 1969 dizia, "na forma que a lei estabelecer", obviamente o que pretendeu dizer, já que há uma série de sistemas que se enquadram dentro da proporcionalidade, é que a lei estabeleceria uma forma que fosse de proporcionalidade.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (presidente): Se examinarmos a questão pelos critérios matemáticos, verificaremos que a proporcionalidade é um juízo de relação, não é absoluto; sempre é um juízo relativo e nunca um juízo absoluto. Não se tem a proporcionalidade, e sempre critérios que dependem de classificações ao que se

compara, porque a proporcionalidade nada mais é que a comparação de grandezas. Em matemática, na comparação de grandezas, sempre se obtém conceitos relativos de proporcionalidade e não conceitos absolutos, porque depende do critério e da premissa de que se parta, ou seja, da função matemática que se parta.

Essa observação que V. Exa. faz, aliás é interessante que se diga, o prof. Dieter Nohlen, que talvez seja o maior especialista do mundo em matéria de sistemas eleitorais, por uma razão muito simples, não é um homem que está sentado na academia, em Heidelberg, exclusivamente pensando nos assuntos, ele pesquisou em todo o mundo os sistemas eleitorais. E o prof. Dieter Nohlen, que não é jurista, mas um cientista social, diz que é possível examinar-se a constitucionalidade, admitir um juízo de constitucionalidade, na corte alemã de Karlsruhe, se, e somente se o critério adotado conduzir uma desproporcionalidade que seja ir a não razoável e que seja lesiva à possibilidade da representação das opiniões. Porque a finalidade exata do sistema proporcional é de se estabelecer que aqueles partidos ou aquelas correntes que tenham eficiência eleitoral dentro de um determinado estado possam ser representadas. Não significa que sejam todas, porque se não as cláusulas de barreira da Constituição de Bohn, do sistema eleitoral alemão, também seriam inconstitucionais, porque só aqueles partidos que fizerem 55% dos votos é que podem participar do Bundestag.

Nunca se disse que isto lesa o princípio da proporcionalidade, porque a proporcionalidade não visa assegurar a voz exclusiva de uma minoria que não tem uma eficiência marginal de votos que possa gerar conseqüências no processo eleitoral.

Por essas breves razões, acompanho o ministro relator”.

EXTRATO DA ATA

MS nº 3.121/SC. Relator: Ministro Luiz Carlos Madeira.
Impetrante: Vicente Augusto Caropreso e outro (Adv.: Dr. Henrique Neves da Silva). Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, denegou a segurança e julgou prejudicada a medida liminar, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Nelson Jobim. Presentes a Sra. Ministra Ellen Gracie, os Srs. Ministros Moreira Alves, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Luiz Carlos Madeira, Caputo Bastos e o Dr. Geraldo Brindeiro, procurador-geral eleitoral.

SESSÃO DE 17.12.2002.

<p style="text-align: center;">CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO</p> <p>Certifico a publicação deste acórdão no Diário da Justiça de <u>24/2/06</u> fls. <u>117</u>.</p> <p>Em, <u>[assinatura]</u> , lavrei a presente certidão.</p>
--