

## **Titularidade do mandato**

O PFL submeteu ao Tribunal Superior Eleitoral consulta acerca da titularidade do mandato parlamentar. No exame da questão, concluiu o TSE que o mandato pertence ao partido. Esse pronunciamento ocorreu a 27 de março de 2007. Tendo em vista que não tinha aplicação automática, diante de caso concreto de troca de partido, já então consumada o que denominamos de **refundação**, o Democratas ingressou com mandado de segurança junto ao Supremo Tribunal Federal, julgado a 16 de outubro daquele ano.

O STF não só ratificou a decisão do TSE como fixou data a partir da qual começava a vigorar. Posteriormente, a providência, que dizia respeito às eleições proporcionais, foi estendida ao mandato obtido no pleito majoritário.

Muito oportunamente, **Estudos eleitorais** (vol. 3, nº 1, jan./abr.,2008), revista editada por Walter Costa Porto, publica os votos dos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, no exame da consulta formulada pelo PFL acerca da titularidade dos mandatos.

O voto do relator no julgamento da consulta ao TSE, ministro César Asfor Rocha, que ora transcrevemos, contém os argumentos jurídicos essenciais. A par disto, indica no seu voto que, no pleito eleitoral de 2006, apenas 31 deputados, ou seja, 6,04% dos 513 então eleitos, alcançaram o quociente eleitoral.

Adiante-se que o Senador Marco Maciel apresentou àquela Casa projeto de Emenda Constitucional pela qual será acrescentado, ao artigo 17 da Constituição, um parágrafo dispondo que o mandato pertence ao partido, isto é, explicitando o que, pela interpretação constitucional referida, achava-se tão somente implícito. A proposição foi acolhida pelo Senado e encaminhada à Câmara dos Deputados.

**TITULARIDADE DO MANDATO.  
VOTO DO RELATOR, MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA, NO  
JULGAMENTO DE CONSULTA SUBMETIDA À CORTE PELO PFL**

Senhor Presidente, consulta o Partido da Frente Liberal (PFL), por meio do seu ilustre Presidente Nacional, *se os partidos políticos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.*

Refere o partido consulente que a candidatura de qualquer cidadão a cargo eletivo depende de prévia filiação partidária, conforme exigência constitucional e também do vigente Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65).

Não é nova essa questão de se saber se o mandato eletivo é de ser tido como pertencente ao indivíduo eleito, à feição de um direito subjetivo, ou se pertencente ao grêmio político partidário sob o qual obteve a eleição, não importando, nesse caso, se o êxito eleitoral dependeu, ou não, dos votos destinados unicamente à legenda ou do aproveitamento de votos das chamadas *sobras partidárias*.

É da maior relevância assinalar que os partidos políticos têm no Brasil, *status* de entidade constitucional (art. 17 da CF), de forma que se pode falar, rememorando a lição de Maurice Duverger (*As Modernas Tecnodemocracias*, tradução de Natanael Caixeiro, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978), que as modernas democracias de certa forma secundarizam, em benefício dos partidos políticos, a participação popular direta; na verdade, ainda segundo esse autor, os partidos políticos adquiriram a qualidade de autênticos protagonistas da democracia representativa, não se encontrando, no mundo ocidental, nenhum sistema político que prescindia da sua intermediação, sendo excepcional e mesmo até exótica a candidatura individual a cargo eletivo fora do abrigo de um partido político.

A Carta Magna Brasileira estabelece, como condição de elegibilidade do cidadão, entre outras, a filiação partidária (art. 14, § 3º, V), enquanto o art. 17, § 1º, assegura aos partidos políticos estabelecer normas de fidelidade e disciplina, o que serve de indicativos suficientes para evidenciar que a democracia representativa, no Brasil, muito se aproxima da partidocracia de que falava o referido doutrinador francês Maurice Duverger (op. cit.).

Dado o quadro jurídico constitucional positivo, a saber, o que confere ao partido político a exponencial qualificação constitucional, ladeada pela sua essencialidade ao funcionamento da democracia representativa, torna-se imperativo assegurar que a interpretação jurídica de qualquer questão pertinente aos partidos políticos, com destaque para essa questão da fidelidade dos eleitos sob a sua legenda, há de ter a indispensável correlação da própria hermenêutica constitucional, com a utilização prestimosa dos princípios que a Carta Magna alberga.

Essa visão da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais à solução de controvérsias concretas, no mundo processual, representa a superação do que o professor Paulo Bonavides chama de velha hermenêutica (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2000), para aludir à forma interpretativa da Constituição que deixava à margem de invocação imediata a força normativa dos princípios; tem-se, hoje em dia, como pertencente ao passado, a visão que isolava os princípios constitucionais da solução dos casos concretos, posição que parece ter tido o abono do notável jurista italiano Emílio Betti (*Apud Bonavides, op. cit.*), bem como a

formulação de que os princípios eram normas abertas (preconizada por Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*) ou meramente informativas, não portando densidade suficiente para resolução de conflitos objetivos.

Adotada a posição do professor Paulo Bonavides, segundo a qual os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios, pode-se (e deve-se) dizer e proclamar que, na solução desta consulta, é mister recorrer-se aos princípios constitucionais normativos, vendo-se a Constituição, nas palavras do professor Norberto Bobbio, como termo unificador das normas que compõem o ordenamento jurídico, eis que sem ele, as normas constituiriam um amontoado, e não um ordenamento (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradução de Maria Celeste dos Santos, Brasília, UnB, 1997).

Ora, não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do partido político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária.

Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor.

Todavia, parece-me incogitável que alguém possa obter para si e exercer como coisa sua um mandato eletivo, que se configura essencialmente como uma função política e pública, de todo avessa e inconciliável com pretensão de cunho privado.

O princípio da moralidade, inserido solenemente no art. 37 da Carta Magna, repudia de forma veemente o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado, não tendo relevo algum afirmar que não se detecta a existência de norma proibitiva de tal prática.

É que o raciocínio jurídico segundo o qual o que não é proibido é permitido somente tem incidência no domínio do Direito Privado, onde as relações são regidas pela denominada licitude implícita, o contrário ocorrendo no domínio do Direito Público, como bem demonstrou o eminente professor Geraldo Ataliba (*Comentários ao CTN*, Rio de Janeiro, Forense, 1982), assinalando que, nesse campo, o que não é previsto é proibido.

Não se há de permitir que seja o mandato eletivo compreendido como algo integrante do patrimônio privado de um indivíduo, de que possa ele dispor a qualquer título, seja oneroso ou seja gratuito, porque isso é a contrafação essencial da natureza do mandato, cuja justificativa é a função representativa de servir, ao invés da de servir-se.

Um levantamento preliminar dos deputados federais, eleitos em outubro de 2006, mostra que nada menos de trinta e seis parlamentares abandonaram as siglas partidárias sob as quais se elegeram; desses trinta e seis, apenas dois não se filiaram a outros grêmios partidários e somente seis se filiaram a partidos políticos que integraram as coligações partidárias que os elegeram. Por conseguinte, vinte e oito parlamentares, eleitos sob determinadas legendas, passaram-se para as hostes dos seus opositores, levando consigo, como se fossem coisas particulares, os mandatos obtidos no último prélio eleitoral.

Apenas para registro, observe-se que dos 513 deputados federais eleitos, apenas 31 (6,04%) alcançaram por si mesmos o quociente eleitoral.

Não tenho dificuldade em perceber que razões de ordem jurídica e, sobretudo, razões de ordem moral, inquinam a higidez dessa movimentação, a que a Justiça

Eleitoral não pode dar abono, se instada a se manifestar a respeito da legitimidade de absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária, que não recebeu sufrágios populares para o preenchimento daquela vaga.

Penso, ademais, ser relevante frisar que a permanência da vaga eletiva proporcional na titularidade do partido político, sob cujo pálio o candidato migrante para outro grêmio se elegeu, não é de ser confundida com qualquer espécie de sanção a este, pois a mudança de partido não é ato ilícito, podendo o cidadão filiar-se e desfiliar-se à sua vontade, mas sem que isso possa representar subtração à bancada parlamentar do partido político que o abrigou na disputa eleitoral.

Ao meu sentir, o mandato parlamentar pertence, realmente, ao partido político, pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do partido político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas (art. 17, III, da CF).

Por outro lado, as disponibilidades financeiras dos partidos políticos e o controle do acesso ao rádio e à TV não estão ao alcance privado dos interessados, pois são geridos em razão de superiores interesses públicos, implementados diretamente pelos partidos políticos e coligações partidárias.

Registro que tenho conhecimento – e por elas nutro respeito – de respeitáveis posições jurisprudenciais e doutrinárias afirmativas de que o candidato eleito conserva o mandato eletivo, quando se desfilia do grêmio pelo qual se elegeu.

Contudo, essa orientação pretoriana se plasmou antes do generalizado acatamento que hoje se dá à força normativa dos princípios constitucionais. Aquela orientação, portanto, não está afinada com o espírito do nosso tempo, rigorosamente intolerante com tudo o que represente infração à probidade e à moralidade administrativas e públicas.

Creio que o tempo presente é o da afirmação da prevalência dos princípios constitucionais sobre as normas de organização dos partidos políticos, pois sem isto se instala, nas relações sociais e partidárias, uma alta dose de incerteza e dúvida, semeando alterações ocasionais e fortuitas nas composições das bancadas parlamentares, com grave dano à estabilidade dessas mesmas relações, abrindo-se ensejos a movimentações que mais servem para desabonar do que para engrandecer a vida pública.

Não se trata, como poderia apressadamente parecer, que a afirmação de pertencer o mandato eletivo proporcional ao partido político seja uma criação original ou abstrata da interpretação jurídica, de todo desapegada do quadro normativo positivo: na verdade, além dos já citados dispositivos constitucionais definidores das entidades partidárias e atribuidores das suas insubstituíveis atribuições, veja-se que o art. 108 do Código Eleitoral evidencia a ineliminável dependência do mandato representativo ao partido político, permitindo mesmo afirmar, sem margem de erro, *que os candidatos eleitos o são com os votos do partido político*.

Este dispositivo já bastaria para tornar indubitosa a assertiva de que os votos *são efetivamente dados ao partido político*; por outro lado essa conclusão vem reforçada no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, ao dizer que *serão contados para o partido político os votos conferidos a candidato que depois da eleição seja proclamado inelegível ou que tenha o registro cancelado*; o art. 176 do mesmo Código também manda contar *para o partido político* os votos proporcionais, nas hipóteses ali indicadas.

Tudo isso mostra que *os votos pertencem ao partido político*, pois do contrário não teria explicação o seu cômputo para a agremiação partidária nos casos mencionados nos referidos dispositivos do Código Eleitoral; se os sufrágios pertencem ao partido

político, curial e inevitável dizer que o mandato eletivo proporcional, por igual, pertence ao grêmio partidário, como conseqüência da primeira afirmação.

Penso que o julgamento desta consulta traz à tona a sempre necessária revisão da chamada *teoria estruturalista do direito*, que tendeu a explicar o fenômeno jurídico somente na sua dimensão formal positiva, como se os valores pudessem ser descartados ou ignorados, *ou como se a norma encerrasse em si mesma um objetivo pronto, completo e acabado*.

Com efeito, as exigências da teoria jurídica contemporânea buscam compreender o ordenamento juspositivo *na sua feição funcionalista*, como recomenda o professor Norberto Bobbio (*Da Estrutura à Função*, tradução de Daniela Beccacia Versiani, São Paulo, Editora Manole, 2007), no esforço de compreender, sobretudo, as finalidades (teleologias) das normas e do próprio ordenamento.

Ouso afirmar que a teoria funcionalista do direito evita que o intérprete caia na tentação de conhecer o sistema jurídico apenas pelas suas normas, excluindo-se dele a sua função, empobrecendo-o quase até à miséria; recuso, portanto, a postura simplificadora do direito e penso que a parte mais significativa do fenômeno jurídico é mesmo a representada no quadro axiológico.

Outro ponto relevante que importa frisar é o papel das Cortes de Justiça no desenvolvimento da tarefa de contribuir para o conhecimento dos aspectos axiológicos do direito, abandonando-se a visão positivista tradicional certamente equivocada, de só considerar dotadas de força normativa as *regulações normatizadas*; essa visão, ainda tão arraigada entre nós, deixa de apreender os sentidos finalísticos do direito e de certo modo, desterra a legitimidade da reflexão judicial para a formação do pensamento jurídico.

Volto, ainda esta vez, à companhia do professor Paulo Bonavides, para, com ele, afirmar que as normas compreendem as regras e os princípios e, portanto, estes são também imediatamente fornecedores de soluções às controvérsias jurídicas.

Observo, como destacado pelo eminente Ministro Cezar Peluso, haver hipóteses em que a mudança partidária, pelo candidato a cargo proporcional eleito, não importa na perda de seu mandato, como, por exemplo, quando a migração decorrer da alteração do ideário partidário ou for fruto de uma perseguição odiosa.

Com esta fundamentação respondo afirmativamente à consulta do PFL, concluindo que os partidos políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.

Antes de dar por concluído este voto, quero registrar que mandei fazer um levantamento de todos os deputados eleitos nas eleições de 2006 e pude verificar que, dos quinhentos e treze deputados federais eleitos, somente trinta e um (cerca de 6,04%) obtiveram votos próprios para atingir o quociente eleitoral, sem que houvesse necessidade de receber votos conferidos à sua legenda atribuídos a outros candidatos do seu próprio partido ou de sua própria coligação.

É o voto.

(Transcrito de **Estudos Eleitorais**, volume 3; número 1, jan./abr., 2008, págs.75-80)