

GUSTAVO SWAIN KFOURI

**A (IN) FIDELIDADE PARTIDÁRIA
VISTA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

**CURITIBA
2009**

GUSTAVO SWAIN KFOURI

**A (IN) FIDELIDADE PARTIDÁRIA
VISTA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração em “Direitos Fundamentais e Democracia”, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

GUSTAVO SWAIN KFOURI

A (IN) FIDELIDADE PARTIDÁRIA
VISTA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado em “Direitos Fundamentais e Democracia”, Faculdades Integradas do Brasil - UNIBRASIL, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève
Programa de Pós-graduação em Direito – UNIBRASIL/UFPR

Membros:

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Programa de Pós-graduação em Direito – UNIBRASIL

Prof. Dr. Néviton de Oliveira Batista Guedes
Professor visitante

Curitiba, 31 de agosto de 2009.

Aos amados Vô “Ulton”,
Pai, Mãe, Di e Mano (as
vitórias conquistadas
durante a minha vida
também são vocês!).

AGRADECIMENTOS

No cumprimento de mais uma etapa, ao Professor Clèmerson Merlin Clève, pelo exemplo de competência acadêmica e profissional, sabedoria quanto à indicação da arquitetura e ensinamentos acerca do valor da disciplina.

Ao Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pela direção inicial.

Ao Professor Paulo Ricardo Schier, pelo crédito recebido.

Ao Professor e amigo Marco Aurélio Marrafon, pelas lições sobre a academia.

Ao irmão Flávio Pansieri, pelo incentivo e companheirismo, desde a época da definição de nosso rumo profissional.

Aos professores do Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, pelo referencial.

À Professora Cláudia Honório, pelos ensinamentos e compreensão.

À Professora Andréia Roloff Lopes, pelo apoio e a atenção.

Ao padrinho Juraci Barbosa Sobrinho, pela parceria na caminhada.

À madrinha Ana Maria Macedo, pelo carinho de sempre.

Aos amigos Carlos Alberto Richa e Fernanda Bernardi Vieira Richa, pela confiança depositada ao longo do exercício do “mandato”, o que contribuiu, sobremaneira, para a ação prática.

Ao sócio Eduardo Vieira de Souza Barbosa, e aos parceiros de escritório, em especial à Fernanda e à Nicole, pelo suporte dado a mais uma realização.

Ao amigo Maurício Eduardo Sá de Ferrante, pela torcida.

Aos amigos Carlos Fernando Corrêa de Castro, Orides Mezzaroba e Gustavo Bonato Fruet, que, pela atuação, são um constante referencial.

Aos colegas de Diretoria da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCConst, pela amizade.

Aos colegas de Conselho do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral – IPRADE; do Instituto dos Advogados do Paraná – IAP; e da Comissão de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil/Seção do Paraná, pelo incentivo.

Aos colaboradores da UniBrasil, em especial à Simone, pela solicitude constante e dedicação.

Aos amigos, pela amizade e o respeito.

À Paula, que sabe o porquê.

A Deus, por mais uma conquista!

No Brasil, essas posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, competente para controlar a constitucionalidade da atuação (e da não atuação) dos órgãos de cúpula do Estado, revelada por um entendimento jurisprudencial inadequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito, têm levado, de uma perspectiva não somente normativa, mas também objetiva, ao surgimento de verdadeiras ilhas corporativas de discricionariedade, o que estará resultando numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político.

Marcelo Cattoni de Oliveira

SUMÁRIO

RESUMO	ix
ABSTRACT	x
INTRODUÇÃO	001
1 O INSTITUTO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA	011
1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	013
1.2 O CARÁTER POLÍTICO DOS PARTIDOS POLÍTICOS.....	033
1.3 REGIME CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS.....	040
1.3.1 Natureza Jurídica dos Partidos	049
1.3.2 Autonomia Partidária	054
1.3.2.1 Fidelidade partidária	063
1.3.2.2 Disciplina partidária	072
2 RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	077
2.1 A CONSULTA Nº 1.398/2007.....	082
2.1.1 O Voto Condutor	083
2.1.2 Manifestações Consoantes	086
2.1.3 Pronunciamento Divergente	097
2.1.4 A Resolução nº 22.526/2007	101
2.2 A CONSULTA Nº 1.407/2007.....	101
2.2.1 O Voto Condutor	102
2.2.2 Manifestações Consoantes	104
2.2.3 Pronunciamentos Divergentes	105
2.2.4 A Resolução nº 22.600/2007	105
2.3 A RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007.....	105
3 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	107
3.1 OS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 26.602, 26.603 e 26.604/2007	109
3.1.1 O voto Condutor	110
3.1.2 Manifestações Consoantes	114
3.1.3 Pronunciamentos Divergentes	120
3.2 AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.999/2008 e 4.086/2008	121
3.2.1 O Voto Condutor	122
3.2.2 Manifestações Consoantes	124
3.2.3 Manifestações Divergentes	125
4 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NOVAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS	128
4.1 DESRESPEITO AO REGIME JURÍDICO DOS PARTIDOS POLÍTICOS.....	128
4.1.1 Desconformidade das Manifestações do TSE face à Constituição	128
4.1.2 Desconformidade das Decisões do STF face à Constituição	139
4.2 A REFORMA (IN) CONSTITUCIONAL INFORMAL	143
4.3 ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO ...	152
vii	
CONCLUSÃO	162
REFERÊNCIAS	167
viii	

RESUMO

Não há como se analisar o novo entendimento do Poder Judiciário Brasileiro acerca do instituto da *fidelidade partidária* sem conectá-lo a um contexto mais abrangente, que envolve, mas não unicamente, as posturas assumidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Estado de Direito Brasileiro. Igualmente não há de aceitar-se, por fidelidade ao pacto constitucional, a mera aplicação das regras editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral na Resolução nº 22.610/2007, voltadas à disciplina do processo de decretação da perda de cargo eletivo e de justificação de *desfiliação partidária*, sem se dirigirem críticas ao ato normativo e a fundamentação adotada, tanto para a alteração jurisprudencial, quanto para a manutenção da validade das mesmas regras no ordenamento jurídico. Primeiro, sob tais premissas, se verificará que a postura assumida pelo Poder Judiciário Brasileiro no caso da *fidelidade partidária* foi conscientemente dirigida à operação da “almejada *reforma política*”, por meio da alteração de interpretação sobre o princípio constitucional que institui a autonomia partidária, assim assumindo as conseqüências da dita intervenção estatal no âmbito desta garantia constitucional fundamental. Segundo, constatar-se-á, através de uma análise crítica da jurisprudência, que, a despeito dos limites postos pelo sistema constitucional à interpretação de suas normas, a motivação política do Poder Judiciário, desconsiderando o elemento político da norma, acabou por sacrificá-la. Ainda, se as decisões judiciais devem ser tomadas com base no que autoriza o regime político, o estudo apresenta o alerta para que a essência da democracia, fundada na representação legítima, não seja mantida desnaturada. Por fim, questiona-se se as posições firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, tomadas com base em total ausência de parâmetros normativos, poderão abrir espaço para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político. Nesse sentido antecipa-se a questão: quem guardará a Constituição?

Palavras chave: autonomia partidária, cassação de mandato, coligação partidária, Constituição, controle de constitucionalidade, decretação, democracia, desfiliação partidária, Direito Constitucional, Direito Eleitoral, Direito Partidário, direitos fundamentais, direitos políticos, Direito Público, disciplina partidária, eleição, eleição majoritária, eleição proporcional, eleito, estatuto de partido político, estatuto partidário, fidelidade partidária, filiação partidária, ilegitimidade democrática, infidelidade partidária, jurisdição constitucional, justa causa, mandato popular, norma constitucional, partido político, perda de mandato, Poder Judiciário, princípio constitucional, preservação de vaga, reforma constitucional, reforma inconstitucional, reforma política, regime democrático, representação parlamentar, representação proporcional, sanção, titularidade, voto.

ABSTRACT

It is not possible to analyze how one can understand the Brazilian Judicial Power concerning the political party faithfulness institute without connecting it to a broader context which involves, though not exclusively, the position taken by the Supreme Federal Court in the scope of the Brazilian Rule of Law. It is also not possible, by following the constitutional pact, to accept the mere application of the rules edited by the Superior Electoral Court (Resolution n. 22.610/2007) which focus on the discipline applied to the procedure of decreeing loss of electoral position and of the justification for political party disaffiliation. By assuming such a position, one will certainly criticize the normative act and the grounds used for both the jurisprudential change and for the maintenance of the validity of the same rules in the juridical order. Firstly, it is necessary to draw attention to the fact that the position assumed by the Brazilian Judicial Power, concerning political party faithfulness, was consciously directed to the “desired political reform”, by means of a change in the interpretation of the constitutional principle that institutes political party autonomy; therefore, taking the consequences of the state intervention in the scope of this essential constitutional guarantee. Secondly, through a critical analysis of jurisprudence and despite the limits imposed by the constitutional system concerning the interpretation of norms, the motivation of the Judicial Power ended up sacrificing the norm due to not considering it. Moreover, once judicial decisions are based on what is provided by a democratic regime, this study points to the fact that the essence of democracy grounded on legitimate political representation may not be disrespected. Finally, it is essential to consider whether the position assumed by the Supreme Federal Court, based on a complete absence of normative parameters, will open a breach for a more arbitrary exercise of political power. Taking that into consideration, we can anticipate the question that follows: who will preserve the Constitution?

Key Words: cassation of mandate, Constitution, Constitucional Law, constitucional norm, constitucional principles, constitucional reform, decreeing, democracy, democracy illegitimacy, democratic regime, elect, election, Electoral Law, essential rights, inconstitucional reform, Judicial Power, judicial review, justification of cause, majority election, mandate loss, parliamentary representation, partisan coalition, political partisan statute, political party, political party affiliation, political party autonomy, political party disaffiliation, political party discipline, political party faithfulness, political party Law, political reform, political rights, political party unfaithfulness, popular mandate, preserving of position, proporcional representation, proportionate election, Public Law, sanction, titularity, vote.

K 44

Kfourir, Gustavo Swain.

A (in)fidelidade partidária vista pelo poder judiciário brasileiro / Gustavo Swain Kfourir. – Curitiba: UniBrasil, 2009.

viii, 167p. ; 29 cm.

Orientador: Clèmerson Merlin Clève.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil,
Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2009.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Fidelidade partidária.

I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

INTRODUÇÃO

A institucionalização jurídicoconstitucional dos partidos políticos no Brasil ocorreu com a promulgação da Constituição de 18 de setembro de 1946¹.

A nova Constituição inovava a ordem política, vez que inseria o regime democrático na condução do sistema que então restaurava as bases federativas e representativas. Formalmente, a matéria referente ao *Direito Partidário* foi inserida no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais².

O fenômeno de reconhecimento da relevância do sistema de partidos se configurou dentre os acontecimentos políticos de maior importância na segunda metade do século passado, logo após a Segunda Guerra Mundial³.

A percepção desse fenômeno pelo constituinte brasileiro de 1946 se fez no intuito de conter as possibilidades de ascensão ao poder das forças ideológicas que pretendiam a tomada do aparelho estatal, para imprimir a eliminação da participação das minorias e a instituição do sistema de partido único⁴, tal como ocorreu na Era Vargas.

De fato, a ditadura civil de Getúlio Vargas, apoiada pelos militares, se sustentou num parlamento e no sistema de partidos fundado em bases totalitárias, num ambiente em que persistia a desconfiança na ação extremista, que perdurou até o ano de 1945⁵.

Durante a constituinte de 1946 a maioria conservadora inseriu o artigo 141, §13 da Constituição⁶, vedando tanto a organização e o registro, quanto o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrariasse o regime democrático, recepcionando, deste modo, o princípio do

¹ BONAVIDES, Paulo. *A decadência dos partidos políticos e o caminho para a democracia direta*. In VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 31.

² Id.

³ Id.

⁴ Ibid., p. 32.

⁵ Id.

⁶ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

§ 13 - É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem (Grifo nosso). Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> 31/06/2009.

pluripartidarismo e as garantias fundamentais do homem⁷. O texto ocupou-se, ainda, da disposição sobre partidos políticos, em dois incisos do art. 119⁸.

A história jurídicoconstitucional dos partidos políticos demonstra o desenvolvimento de suas instituições a partir de sua definitiva inscrição na Constituição de 1967, ainda que se possa falar em instrumento de fachada, no período da ditadura militar de 1964. De fato, vigorou em tal momento um sistema de partido único, sendo que o sistema bipartidário existia apenas aparentemente⁹.

Tratava-se do período imediatamente anterior ao regime democrático instaurado pela Constituição de 1988, denunciado por Paulo Bonavides como momento de *Crise Política Brasileira*¹⁰.

Cinicamente, foi nesse período que emergiu, no âmbito do art. 149 da Constituição¹¹, a imposição do partido de âmbito nacional, mediante princípios que tratavam da criação, organização, funcionamento e extinção dos partidos políticos; do regime representativo e democrático; da pluralidade partidária; da garantia dos direitos fundamentais do homem, da fiscalização financeira e da disciplina partidária.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *A decadência dos partidos políticos e o caminho para a democracia direta...*, p. 31.

⁸ Art 119 - A lei regulará a competência dos Juízes e Tribunais Eleitorais. Entre as atribuições da Justiça Eleitoral, inclui-se:

I - o registro e a cassação de registro dos Partidos Políticos; (...).

VIII - o conhecimento de reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos Partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. 31/06/2009.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *A decadência dos partidos políticos e o caminho para a democracia direta...*, p. 32.

¹⁰ Id.

¹¹ Art 149 - A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

I - regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem;

II - personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos;

III - atuação permanente, dentro de programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, e sem vinculação, de qualquer natureza, com a ação de Governos, entidades ou Partidos estrangeiros;

IV - fiscalização financeira;

V - disciplina partidária;

VI - âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos Diretórios locais;

VII - exigência de dez por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de Deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de Senadores;

VIII - proibição de coligações partidárias. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. 31/06/2009.

A doutrina denominou tal atitude de “hipócrita”¹², pois vigorava no país uma democracia de aparência, num período francamente ditatorial que chegou a impor restrição à criação de novos partidos e estabeleceu rígida fidelidade partidária¹³.

De fato, em 17 de outubro de 1969 a junta Militar editou a Emenda nº 1, a Constituição de 1967 e inaugurou o instituto da fidelidade partidária por meio do parágrafo único do art. 152¹⁴, pretendendo conservar artificialmente a organização partidária vigente no Brasil, em um modelo dissociado da realidade que cultuava as aparências democráticas¹⁵.

A respeito desta situação, Bonavides assinala que:

(...). Nele o espírito de obediência passiva e resignada à usurpação do poder invadira todas as instituições da república e mantinha abertas as duas Casas do Congresso, onde se elegia tranquilamente, pelas vias indiretas, a dinastia presidencial dos generais que se sucediam no exercício da suprema magistratura da Nação¹⁶.

As alterações constitucionais não pararam. Seguiu-se a E/C nº 11/1978 que alterou a redação do artigo 152 e, em 1985, mediante a E/C nº 25, o instituto foi suprimido.

Cerca de vinte anos depois o movimento “*Diretas Já*” deu início ao processo de liquidação da ditadura e inaugurou a nova fase da vida política e institucional do Brasil, quando então sobreveio a ordem constitucional de 1988.

O constituinte de 1988 manteve a decisão daquele de 1985, ao não instituir a sanção da perda de mandato para casos de infidelidade partidária, pois, ao reinaugurar o instituto, no âmbito do artigo 17, parágrafo primeiro, a fez proclamando

¹² Ibid., p. 33.

¹³ KNOERR, Fernando Gustavo. *Fidelidade Partidária: o controle ético no exercício do mandato*. Tese de Doutorado, 2002. Pós-Graduação em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná, introdução.

¹⁴ Art. 152 A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: (...).

Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>.

31/06/2009.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *A decadência dos partidos políticos e o caminho para a democracia direta...*, p. 33.

¹⁶ Id.

a autonomia partidária e remetendo a regulação e o controle sobre seus mandatários ao próprio partido político.

Ainda, por disposição expressa contida no rol de seu art. 55 a Constituição Federal instituiu as hipóteses estritas em que a ordem jurídica vigente autorizou a revogação de mandato popular. A seu turno, a conjugação da leitura desse artigo, com os princípios políticoconstitucionais aplicáveis e com o artigo 15 revela que os eleitos detêm o direito fundamental ao livre exercício do mandato eletivo. Ao mesmo tempo, torna explícita a limitação material imposta pelo texto à interpretação de suas normas, impedindo a possibilidade de decretar-se, por meio de órgãos da Justiça Eleitoral, a cassação de mandatos em razão da aplicação do princípio da fidelidade partidária.

Ocorre, porém, que assim não “entendeu” o Poder Judiciário Brasileiro, o qual, por meio de atuação precípua, alterou radicalmente o sentido do texto contido do artigo 17, parágrafo primeiro da Constituição e reintroduziu o instituto da fidelidade partidária no ordenamento jurídico brasileiro nos moldes da Constituição de 1969.

Essa direção foi impressa a partir do atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Min. Gilmar Mendes, em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3, de 07/12/2006 (pedido de invalidação de dispositivos contidos na Lei dos Partidos Políticos), que se manifestou de forma a propor a alteração do modelo representativo brasileiro a partir da atuação do Poder Judiciário¹⁷. Senão vejamos:

(...). **O Senhor Ministro Gilmar Mendes** – (...). O nosso sistema proporcional, consagrado a partir de 1932, vem dando sinais de exaustão. A crise política que aí está bem o demonstra. E acredito que nós aqui estamos inclusive desafiados a repensar esse modelo a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – e vou um pouco mais além da questão posta nesse voto, neste caso: talvez estejamos desafiados a pensar inclusive sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional. É um segredo da carochinha que todos dependam da legenda para obter o mandato. E depois começa esse festival de trocas já anunciadas. Uma clara violação à vontade do eleitor¹⁸.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) – Vossa Excelência me permite?

¹⁷ Tal direção também é expressa pelos seus escritos acadêmicos do Ministro Gilmar Mendes, quando aborda as questões de autonomia, liberdade partidária, democracia interna e fidelidade partidária, na forma que segue: “Com a provável efetivação da mudança constitucional dão-se os primeiros passos no sentido da almejada reforma política no Brasil”. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 829).

¹⁸ *Ibid.*, p. 89.

No voto, pelo menos sinalizo, quando me refiro que o casamento não admite divórcio, a fidelidade, que, para mim, é fidelidade a propósitos.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes - É verdade. É preciso, portanto, pensar isso, tendo em vista esta institucionalidade complexa dos partidos políticos. Já vimos aqui que os partidos políticos são esses entes ambivalentes, um pouco ente público, um pouco ente privado, um pouco ente da própria sociedade, fazendo essa mediação entre o eleitor e o poder. É preciso pensar isso com seriedade. Se olharmos, então, essa questão nessa perspectiva, tenho a impressão de que vai chegar o momento e talvez, ainda nessa legislatura, devêssemos rever aquela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que consagrou o entendimento segundo o qual a infidelidade partidária não teria repercussão sobre o mandato exercido.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) – De quando é essa jurisprudência Ministro Gilmar Mendes?

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – É de 1991, Mandado de Segurança nº 20.297.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – O Ministro Paulo Brossard, com a elegância que o caracteriza, defendeu com imensa bravura e eloquência a perda do mandato do parlamentar que abandonasse o partido. Agora, isso é difícil de se conciliar com uma legislação como a nossa, que admite, por outro lado, a coligação nas eleições proporcionais.

O Senhor Ministro Carlos Britto – Aí o mandato seria imperativo.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Veja bem. A perda do mandato de um deputado eleito por determinada coligação traria ao exercício do mandato não necessariamente um filiado àquele partido do qual se afastou, mas um aliado, que pode ser de um partido absolutamente diverso, como é de nossa experiência.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) – Vossa Excelência me permite?

Creio que não prejudica o instituto da fidelidade. Por que não prejudica? Porque a coligação é para a reunião de forças, mas, posteriormente, a distribuição das cadeiras se faz segundo a sigla dos candidatos.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Sim, mas a suplência não. A ordem de suplência permanece a da coligação.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) – Mas sendo a suplência um acessório, segue a sorte do principal. Se, em relação ao principal, há vinculação a predominar a sigla, evidentemente, quanto à suplência, também se deve observar o mesmo critério.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – O ministro Eros Grau está inquieto com o “seminário”.

O Senhor Ministro Eros Grau – Acho que nós estamos saindo do assunto.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) – Estamos, sim.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Estamos saindo conscientemente, neste caso, por conta da discussão que se coloca. Qual o móvel dessa legislação?

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) – Mesmo porque se avizinha – e vamos ver se agora ela vem – uma reforma política.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – E encerro, Senhora Presidente, dizendo o seguinte:

Se considerarmos a exigência da filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, essa orientação que admite não haver reflexo no mandato quanto à opção por uma nova agremiação partidária afigura-se amplamente questionável. Assim, ressalvadas as situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação ou outra situação de igual significado, a meu ver, o abandono de legenda deveria dar ensejo à perda de mandato.

Na verdade, embora haja participação especial do candidato na obtenção de votos com o objetivo de posicionar-se na lista dos eleitos, tem-se que a eleição proporcional se realiza em razão da votação atribuída à legenda. Como se sabe, com raras exceções, a maioria dos reeleitos sequer logra obter o quociente eleitoral, dependendo a sua eleição dos votos obtidos pela agremiação. Nas atuais eleições, tivemos a notícia nos jornais de que apenas trinta e quatro lograram autonomamente preencher o quociente eleitoral com a votação obtida.

Nessa perspectiva, não parece fazer qualquer sentido do prisma jurídico e político que o eventual eleito possa simplesmente desvincular-se dos vínculos partidários originalmente estabelecidos, carregando um mandato obtido em um sistema no qual se destaca o voto

atribuído à agremiação partidária a que está filiado para outra legenda. Essa é uma **obter dictum**, apenas tendo em vista o móvel que determinou essa cláusula do artigo 13. Mas, tal como já observado – e vou fazer a juntada do voto –, acompanho o voto do eminente Relator, saudando o magnífico voto por ele proferido¹⁹. (Destaque no original).

Nessa direção, a partir de manifestações do Tribunal Superior Eleitoral - TSE e do Supremo Tribunal Federal - STF, o Poder Judiciário Brasileiro operou uma autêntica reforma política constitucional²⁰, revigorando o instituto da fidelidade partidária no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos em que vigia em 1969.

A reforma institucional se deu a partir da edição da Resolução nº 22.526, de 29 de março de 2007, fundamentada na resposta afirmativa dada pelo TSE à Consulta nº 1.398/2007. A referida Resolução disciplinou que os mandatos obtidos nas eleições pelo sistema proporcional (deputados estaduais, distritais, federais e vereadores) devem pertencer ao partido político ou às coligações partidárias e não aos mandatários.

Seguiu-se o Mandado de Segurança nº 26.603/2007, a que se reuniram os processos nº 26.602 e 26.604/2007. No mérito, o STF considerou constitucional a tese acolhida pelo TSE, afirmando a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder e na conformação do regime democrático. Destacou-se, nesse momento, a importância do postulado da fidelidade partidária, com alto significado nas relações entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe, enfatizando o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional. Com isso, se o candidato, após o pleito, mudasse de partido, este ou a coligação originária estaria apto, perante a Justiça Eleitoral, a demandar ação desconstitutiva para a obtenção da decretação da perda do mandato eletivo.

Com base nessa orientação, o TSE editou a Resolução nº 22.610/2007, que estabeleceu hipóteses de decretação da perda do mandato obtido nos sistemas majoritário e proporcional e as hipóteses justificadoras de desfiliação partidária; e ainda, fixou as datas de vigência das disposições.

Sobrevieram, em face da referida Resolução, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.999/2008 e 4.086/2008 que serviram ao propósito de reafirmar a constitucionalidade do ato normativo emanado pelo TSE.

¹⁹ Ibid., p. 89-94.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 829.

Pelo exposto, já em análise preliminar se percebe que o papel assumido pelo Poder Judiciário Brasileiro foi alterado radicalmente.

Por exemplo, a 6 de dezembro de 1994, quando o Min. Carlos Mário da Silva Velloso tomou posse na Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, conclamou a sociedade brasileira, enquanto titular do poder, a refletir sobre tais temas a fim de “(...) tornar mais sérias e mais acreditadas as instituições políticas brasileiras”, a fim de se alterar a realidade nacional.

Não obstante a exortação constituiu a denominada “Comissão de Notáveis”²¹ que teve por finalidade realizar um trabalho conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, objetivando afastar os desacertos e os casuísmos da legislação eleitoral²².

²¹ COELHO, João Gilberto Lucas. Reflexões para o futuro. In. VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Direito Eleitoral - a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 55.

²²Discurso de posse, plenário do TSE:

A verdade eleitoral é a razão de ser da Justiça Eleitoral. Essa verdade eleitoral vem sendo perseguida, há sessenta e dois anos, pelos juízes eleitorais brasileiros. Muito se fez, nessa área, inegavelmente. Já não se fazem eleições a bico de pena e os casos de corrupção, de abuso de poder econômico ou político são punidos exemplarmente. Devemos reconhecer, entretanto, que ainda são perpetradas fraudes no processo eleitoral. O exemplo mais recente é o das eleições de 1994, no Rio de Janeiro. Estamos convencidos de que essas fraudes serão banidas do processo eleitoral brasileiro no momento em que eliminarmos as cédulas, as urnas e os mapas de urna, informatizando o voto. O alistamento já está informatizado. Em 1994, foram informatizadas as Zonas Eleitorais. A meta, agora, meta que tentaremos implementar no correr do ano de 1995, é a informatização do voto. O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, sob a presidência do Desembargador *Francisco Xavier Vieira*, desenvolveu projeto de automatização do voto que, mediante licença do TSE, foi testado no segundo turno das eleições deste ano, com grande sucesso, em cinco seções eleitorais daquele Estado. Investimentos deverão ser feitos. Registre-se, entretanto, que vamos eliminar despesas. Não teremos que comprar umas nem cédulas; não teremos mapas de urna, as seções eleitorais poderão ser reduzidas, com notável economia de dinheiro e, sobretudo, de tempo. A informatização do voto, repito, será a primeira meta que tentaremos viabilizar na nossa presidência.

Perseguiremos a concretização - e esta é a nossa segunda meta - de uma lei eleitoral permanente, de uma lei eleitoral que discipline todas as eleições e não apenas uma eleição. Esta lei poderá ser o código eleitoral aperfeiçoado, ajustado à nova realidade político-eleitoral brasileira. Uma lei nova para cada nova eleição, ao que pensamos, não presta bom serviço. A prática, pelos Tribunais, durante um bom número de anos, de uma certa lei, leva à consolidação do entendimento jurisprudencial, o que é bom. Uma lei eleitoral nova para cada eleição traz insegurança, dado que os Tribunais devem começar tudo de novo. Vamos trabalhar em torno de um anteprojeto de lei eleitoral definitiva.

Procuraremos - esta será a nossa terceira meta - ajustar a Lei Orgânica dos Partidos políticos, Lei 5.682, de 21/7/71, à nova ordem constitucional. A Constituição vigente concede autonomia aos Partidos políticos. A atual Lei Orgânica dos Partidos Políticos veio a lume quando a realidade constitucional era outra. Urge, pois, ajustá-la à Constituição de 1988. É preciso, de outro lado, emprestar organicidade aos partidos, que precisam ter caráter nacional. Este é, aliás, um princípio constitucional a que se sujeitam os partidos (CF, art. 17, I). A pulverização das agremiações partidárias, o grande número de partidos, enfraquece-os, toma-os presas fáceis de aventureiros políticos. É verdade que os donos do poder concorreram para o esfarinhamento dos partidos. Por três vezes, em menos de quarenta anos, os partidos foram extintos. Isto ocorreu em 1937 (Decreto-Lei n. 37 e Decreto-Lei n. 59, Decreto n. 2.229, de 1937), 1965 (Ato Institucional n. 2, de 1965) e 1979 (Lei

n. 6.767, de 20/12/79). A partir daí, registra o Ministro *Paulo Brossard*, no discurso de posse na presidência desta Casa, por uma lei inconstitucional às portas até então avaramente fechadas, foram escancaradas. Afinal, depois de tudo isso, forçoso é convir não ser estranhável a paisagem lunar existente em matéria partidária. Como parece ser do nosso feitio oscilar do zero ao infinito e do infinito ao zero, ontem eram dois e não mais de dois e hoje são vinte, com registro definitivo, quatorze com registro provisório, e seis com os seus registros em processamento. Isto em junho de 1992. Hoje, são vinte os partidos com registro definitivo, um com registro definitivo em andamento, três com registro provisório e três outros com registro provisório em andamento, num total, portanto, de vinte e sete. **O legislador brasileiro deve refletir um pouco mais sobre o tema, se deseja boa prática de governo democrático. A democracia representativa realiza-se através dos Partidos Políticos. Estes devem refletir, pelos seus programas, o pensamento de setores da sociedade, devem conter um ideário, de modo que as pessoas possam escolher os seus candidatos a partir da discussão de idéias e de temas de governo e não em razão do carisma ou de discursos individuais, que refletem, em última análise, pensamentos afastados da realidade partidária, quase sempre demagógicos e inviáveis.**

De outro lado, um mínimo de fidelidade partidária é necessário. Os partidos precisam formular diretrizes, a que estejam sujeitos os que se elegeram à sombra de sua legenda, sob pena de perda do mandato.

A nossa quarta meta, que pretendemos implementar, é a do voto distrital misto. O sistema eleitoral utilizado para escolha dos deputados, exclusivamente proporcional, favorece, sem dúvida, o abuso do poder econômico e de autoridade, impede que o representante esteja vinculado aos seus eleitores e estimula a divisão dos candidatos no ambiente interno dos partidos. Em artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, o deputado e professor *André Franco Montara* discute as desvantagens do sistema proporcional puro, optando pelo distrital misto, no qual os eleitores disporão de dois votos: “o primeiro, atribuído a um dos candidatos do distrito, assinalando um nome; e o outro, a uma das listas partidárias, assinalando uma legenda”, certo que a metade, de regra, das vagas será preenchida pelos mais votados de cada distrito e a outra metade, “pelos listas partidárias proporcionalmente à votação obtida pela legenda, sendo considerados eleitos os candidatos na ordem que figuram na lista”. O eminente Senador *Fernando Henrique Cardoso*, presidente eleito, é autor de projeto de lei apresentado ao Senado Federal, Projeto de Lei n. 328, de 1991, que, pretendendo respeitar o disposto no art. 45 da Constituição, que exige o sistema proporcional na eleição para a Câmara dos Deputados, procura, na linha do distrital misto, conferir maior representatividade àquele sistema. Se a norma constitucional impedir, entretanto, a adoção do sistema distrital misto, que tenhamos a coragem de propor, na forma do que estabelece o artigo 60 da Constituição, emenda constitucional que o autorize, expressamente.

Last but not least, ainda na linha da lei eleitoral permanente, penso que pode ser estudada, autonomamente, dada a sua importância, a questão do financiamento das campanhas eleitorais. Demos um bom passo com a Lei n. 8.713, de 1993, que instituiu os “bônus eleitorais”, que permitem, presentes as cautelas adotadas pelo TSE, a identificação dos financiadores. É preciso refletir numa maior participação do Estado nesse financiamento, menos na distribuição de verbas, e muito mais na concessão de incentivos fiscais ou de ressarcimento fiscal aos particulares que se disponham a financiar a campanha eleitoral.

Queremos, Senhores, convocar os magistrados, os juristas, os advogados, os representantes do Ministério Público, os cientistas políticos, os congressistas de boa vontade, os homens do Poder Executivo, a colaborarem na viabilização do projeto ora exposto.

Lembra *San Tiago Dantas*, em *D. Quixote, um Apólogo da Alma Ocidental*, que numa das suas conversas com *Eckermann*, a propósito do Fausto, dizia *Goethe* que, ao menos uma vez, tenham coragem de se abandonarem às suas impressões, de se deixarem divertir, de se deixarem comover, de se deixarem elevar, instruir, inflamar e encorajar por alguma coisa de grande; e não pensem sempre que tudo está perdido quando não se pode descobrir no fundo de uma obra, alguma idéia ou pensamento abstrato.

É o que conclamo aos brasileiros que acreditam que podem aperfeiçoar as instituições políticas brasileiras, fazendo-as notáveis instituições. Deixemo-nos, na linha da sugestão goethiana, comover, inflamar e nos encorajar por essas idéias”. (Grifo nosso). (VELLOSO, Carlos Mário da Silva e ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Direito Eleitoral - a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 19-21).

O Poder Judiciário brasileiro, até então, preponderantemente se limitava a cumprir sua função institucional no âmbito do dogma da separação dos poderes/especialização de funções²³.

Diferentemente, se evidencia com a posição ora assumida uma tendência à atuação jurisdicional objetiva, com vistas à alteração da realidade social por meio da interpretação judicial, o que pode dar causa à tensão entre a sua atuação e o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Sem dúvidas, a opção do Poder Judiciário em produzir verdadeira reforma constitucional informal poderá ensejar críticas, tendentes a questionar a eficácia das reformas produzidas por meio de ato normativo – Resolução nº 22.610/2007, formulado sem o amparo de ação popular e em inobservância aos fatores reais de poder que deveriam sempre condicionar a prática política²⁴.

²³ No sentido impresso por CLÈVE, Clèmerson Merlin. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev., atual., e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais 2000, p. 29-31).

²⁴ Nesse sentido, Bonavides: “(...)”. Numa recente entrevista ao jornal *O Povo*, de Fortaleza, o ilustre jurista de São Paulo, Prof. *Fábio Konder Comparato*, queixou-se da falta de legitimidade do partido político no Brasil, carência oriunda sobretudo, segundo ele, de jamais haver alcançado caráter nacional. Ora, esse cunho de representatividade em termos nacionais tem sido, em verdade, uma das falhas mais deploráveis da organização partidária no País.

Aqui os elementos jurídicos de constitucionalização dos partidos desde a Carta outorgada de 67, passando também pela Constituição de 1988, foram inúteis a esse respeito e colidiram com uma realidade cuja essência é outra.

Só um mergulho de análise e raciocínio sociológico poderá trazê-la a tona em todos os seus aspectos sobre os quais os juristas do formalismo na maior parte silenciaram ou não os levaram na devida conta, o que não é aliás de se estranhar, porquanto os governantes autoritários se aperfeiçoaram a instituir sistemas partidários mediante decreto, como o fez *Castelo Branco* ao reformar a estrutura das agremiações políticas existentes no País para ditar do alto das escadas do poder um bipartidarismo malogrado e sem consistência. Tais homens públicos jamais consideraram com seriedade as forças reais do poder e por isso mesmo ingressaram às cegas no reino da ficção programática transladada às cláusulas constitucionais. (...). O partido político viveu assim, tanto na *praxis* como na doutrina, o seu apogeu durante a segunda metade deste século. A orientação legislativa e constitucional convergia toda no sentido do fortalecimento dessa instituição, que se estruturava em bases novas de participação democrática, obedecendo porém, aos velhos moldes do sistema representativo. Não se operou, todavia, na medida desejada a reforma que se esperava. Com efeito, o fenômeno partidário, confrontado com a realidade brasileira, nunca foi bem sucedido em abalar as estruturas oligárquicas do poder, sem embargo de todas as regras de aperfeiçoamento introduzidas por via legislativa e por obra da constitucionalização, levada a cabo nas últimas décadas. (...). Nem a Constituição nem a Lei Orgânica que desta deriva podem salvar o partido político do declínio que o acomete nos quadros da presente democracia representativa instaurada no Brasil, salvo se houver um sopro de renovação nas formas participativas populares, utilizando fórmulas diretas de intervenção que jazem na própria carta constitucional (...)”. (Grifo no original). (BONAVIDES, Paulo. *A decadência dos Partidos políticos e o caminho para a democracia direta...*, p. 35). No mesmo sentido FRUET, Gustavo Bonato: “Reformas e adaptações sempre são necessárias, próprias dos avanços e retrocessos, devendo a prudência evitar tratá-las como a solução de todos os vícios e distorções. São os excessos pendulares, normalmente messiânicos. 1.1. O que se verifica no modelo de democracia representativa implantado no País, é uma crônica instabilidade político-jurídica (*sic*), acarretando seguidas mutações constitucionais e conseqüentes alterações infraconstitucionais. A cada eleição, novas modificações, gerando um

Com base em tais premissas, o estudo foi direcionado de forma a partir da análise dogmática das manifestações jurisdicionais citadas, as quais alteraram a jurisprudência antes fixada, pela impossibilidade da interferência estatal no âmbito da autonomia partidária e da decretação de perda do mandato eletivo com base em infidelidade partidária. Dessa forma, o trabalho procura perquirir algumas das possíveis consequências causadas pela decisão do STF, tais como: a) o desrespeito ao regime jurídico dos partidos políticos; b) a mutação (in) constitucional; e, c) a ilegitimidade democrática na atuação do Poder Judiciário.

verdadeiro casuísmo. **1.2.** Na pauta, a discussão sobre importantes temas da reforma política. Pelo menos, 15 são objeto de discussão, podendo constar da agenda política. São eles: (...), *fidelidade partidária*, (...) entre outros que compõem o debate após as eleições municipais de 2000. (...). **1.5.** Se por um lado, a permanente alteração e instabilidade na legislação dificultam a existência de um corpo teórico harmônico de direito eleitoral, já existem, ao menos, princípios mais estáveis, às vezes incômodos. Assim, a permanente alteração da legislação eleitoral gera um verdadeiro casuísmo, cabendo ao intérprete adequar e compor o inevitável conflito que se estabelece em decorrência da disputa eleitoral, estabelecendo-se uma sutil dialética entre quem elabora a lei, quem aplica a lei e a quem a lei é dirigida. **1.6.** Cabe assegurar, fundamentalmente, o exercício ativo da cidadania, garantindo a legitimidade e validade expressos no ato de soberania popular. Há uma tendência legiferante no País decorrente, talvez, da tradição latina, imaginando ser possível regular todas as relações através do ordenamento, o que Habermas denomina de “juridicização”, significando afirmar que deve-se esperar uma lei, para que princípios como fidelidade sejam respeitados. É necessário inverter esse processo. A melhor coesão será de fora para dentro. Só a capacidade de indignação poderá modificar estas distorções, sob pena de legitimar-se o desrespeito a valores éticos. Ao que parece, insuficiente até o presente. **1.7.** Leôncio Rodrigues afirma que há uma mania terrível no Brasil de reformas, defendendo que é melhor reformar menos para reformar melhor. Há sempre uma ilusão de que através de uma engenharia constitucional que sai da cabeça de algumas pessoas, seja possível enfrentar os interesses da maioria da classe política, os hábitos dos eleitores e os padrões culturais dominantes no país. Toda mudança se dá com avanços e recuos, que, por vezes, fazem descrever da atividade política como instrumento solidário, coletivo e ético. Não há sistema perfeito. O que é discutível é apresentar o genérico conceito de reformas como a solução de todas as distorções. São necessárias. Mais do que a lei, a defesa do conceito, na busca de um sistema coerente, harmônico, funcional, evitando institutos conflitantes. **1.8.** Se não se pode mudar diretamente a forma de comportamento, ao menos, resista-se com a força da opinião. Quem tolera, conforma-se, acomoda-se com a idéia de domínio da maioria e vinculação ao poder, por julgar inevitável, abdica de edificar um sistema civilizado e de respeito às divergências. Abdica da cidadania. Como Bobbio, sem perder as ilusões, mas acreditando no diálogo que permite não perder as esperanças na força das boas razões. (...)”. (Grifo no original). (FRUET, Gustavo Bonato. *Reforma e casuísmo*. Paraná Eleitoral, Curitiba, 38, p. 19-38, out/dez 2000, p. 19 e 20).

1 O INSTITUTO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA

A Constituição Federal de 1988 – CF reinaugurou o instituto da fidelidade partidária por meio da norma contida do artigo 17²⁵, parágrafo primeiro, delegando expressamente, em inovação à ordem jurídica imediatamente anterior, a sua regulamentação aos partidos políticos. Estes entes, no campo da autonomia que lhes foi conferida²⁶, devem, por força da determinação constitucional, discipliná-la no âmbito de seus estatutos constitutivos²⁷.

²⁵ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar. (Grifo nosso). Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. 31/06/2009.

²⁶ Mezzaroba ressalta que “pela primeira vez no Brasil, uma Constituição passa a delegar aos próprios partidos autonomia para regulamentar matérias *interna corporis*, como estrutura, organização e funcionamento”; além de que, “**no âmbito de cada estatuto, cabe aos partidos estabelecer suas normas próprias sobre fidelidade e disciplina partidária**”. (Grifo nosso). MEZZAROBA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais/Lei 9.096/95, anotações jurisprudenciais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 46.

²⁷ Pela leitura do texto constitucional, do **art. 9, §3º, da Lei dos Partidos Políticos -LPP** (Lei Federal nº 9.096/1995), e dos **precedentes** fixados pelo **Tribunal Superior Eleitoral - TSE** sobre o tema, especialmente da **Resolução nº 17.990** (editada do Registro de Partido nº 174 – Classe 7ª, Brasília/DF, publicada no DOU-DJ 06/05/1992), e do **Acórdão nº 12.211** (proferido no Recurso nº 9.467 – Classe 4ª, São João da Urtiga – RS, em 02/04/1992, publicado DOU-DJ 21/05/1992), ambos de Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, têm-se que **a falta da inclusão, pelos partidos políticos, de normas sobre fidelidade e disciplina partidárias, dá causa ao indeferimento do pedido de registro definitivo de seu estatuto.**

Do diploma legal:

“Art. 9º Feita a constituição e designação, referidas no § 3º do artigo anterior, os dirigentes nacionais **promoverão o registro do estatuto do partido junto ao Tribunal Superior Eleitoral, através de requerimento** acompanhado de:(...).

§ 4º **Se não houver diligências a determinar**, ou após o seu atendimento, **o Tribunal Superior Eleitoral registra o estatuto do partido**, no prazo de trinta dias. (Grifo nosso). Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm>. 31/06/2009.

Do primeiro precedente merece registro o seguinte trecho: “**vê-se dos autos que este egrégio Tribunal Superior Eleitoral deferiu ao partido o registro definitivo, fixando-lhe prazo para a**

Para a investigação do tema, deverão ser pontuados o caráter político e a dimensão jurídica dos partidos, bem como serem diferenciados os sistemas eleitoral e partidário, constituintes do Estado representativo brasileiro. No mesmo sentido, também em caráter preliminar, se faz necessária a análise dos limites conferidos, pela Constituição, à interferência estatal na seara da proclamada autonomia partidária.

Tais noções se tornam imprescindíveis à investigação sobre a (i) legitimidade das interpretações judiciais que admitem a possibilidade dos partidos políticos preservarem o mandato políticorepresentativo outorgado a candidato eleito sob a legenda que se filia em caso de migração do mandatário à sigla diversa.

Isso, pois, ao lado da dimensão jurídica, a norma constitucional possui caráter *político*, porquanto, conforme informa Paulo Bonavides, “rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la”²⁸.

Em decorrência de sua natureza, as relações que a norma constitucional disciplina mantém conteúdo político, razão pela qual sofrem influxo no mesmo sentido, o que também ocorre no momento da interpretação do texto²⁹.

Nessa linha, pelo caráter de seu objeto, aliado aos agentes que a levam a efeito, a interpretação conferida pelos tribunais à norma constitucional, sem dúvidas, sofre a interferência de fatores políticos³⁰. Conforme anota Luís Roberto Barroso, “as normas constitucionais são políticas quanto à sua origem³¹, quanto ao seu objeto e

inclusão nos estatutos (*sic*) das normas de fidelidade e disciplina partidárias já constantes de seu Código de Ética (...) - contido do Relatório (Grifo nosso).

Do segundo precedente merece registro dos fundamentos adotados pelo TSE, a partir da citação do trabalho de Mônica Herman Salem CAGGIANO: “por todo o exposto, poderíamos concluir que a figura do partido político, na organização constitucional ditada pelo documento em vigor a partir do dia 5.10.88; (...); b) passa a gozar de plena liberdade quanto a sua estrutura interna, sendo-lhe assegurada a faculdade de auto-organização (*sic*), **sob a única condição de integrar nos seus estatutos regras concernentes à fidelidade e disciplina partidárias.** (...)” - consta do item 14, do Relatório (Grifo nosso).

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed.. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 461.

²⁹ Id.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p.116.

³¹ O Autor registra que “o poder constituinte é revolucionário nas suas raízes históricas e político na sua essência. Ele representa um momento pré-jurídico e, quando exercido em contexto democrático, expressa um momento de especial aglutinação e civismo do povo de um Estado”. Id, p.114.

quanto aos resultados de sua aplicação”³². Em outras palavras, a Constituição, na tentativa de conversão do poder político em poder jurídico³³ “resultará de um esforço de juridicização do fenômeno político”³⁴.

Sob tais premissas, a presente análise considera não apenas o viés jurídico, mas também o caráter político dessas *organizações*³⁵, desses *corpos intermediários* que funcionam entre a sociedade civil e a sociedade política³⁶, denominados partidos políticos, o que será realizado neste capítulo inaugural.

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A análise do instituto da fidelidade partidária demanda um estudo minucioso a respeito da unidade dogmática do sistema jurídico brasileiro. Notadamente, no *Direito Constitucional Positivo* (ramo/conteúdo) se encontram os princípios e regras que possibilitam a compreensão, sistematização e crítica da realidade política e social³⁷.

De fato, verificando-se a natureza específica do instituto e as relações que em razão de sua aplicação necessariamente se estabelecem com as demais instituições políticas próprias do regime político adotado pela Constituição (como, por excelência, os partidos políticos e o mandato políticorepresentativo), o tema se insere no âmbito do Direito Constitucional. Sendo este *Direito Público fundamental*, refere-se “diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases de sua estrutura política”³⁸.

Ocorre, porém, que a matéria abarcada na hipótese de perda do mandato eletivo por *desfiliação partidária*³⁹ indica a imbricação do tema em outra seara do *Direito Público*, seja do *Direito Eleitoral e Partidário*, vez que se referem tanto às

³² Id.

³³ Ibid., p. 115.

³⁴ Id.

³⁵ DUVERGER, Maurice. *Sociologia política*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 358.

³⁶ ADI-MC nº 1063-8-DF/STF, Rel. Min. Celso de Mello, p. 93.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33/36.

³⁸ Ibid., p. 34.

³⁹ Resolução nº 22.526/07-TSE.

normas que disciplinam a “mecânica da representação” (tratam da aplicação do sistema eleitoral)⁴⁰ quanto a capacidade de auto-organização e livre funcionamento dos partidos políticos.

Fávila Ribeiro enumera algumas das prerrogativas afetas ao *Direito Eleitoral* que, aliadas ao *Partidário*, disciplina as medidas tendentes à: a) disciplinar as medidas de distribuição do corpo eleitoral⁴¹; b) promover a organização do sistema eleitoral⁴²; c) aplicar as normas que disciplinam o exercício do voto⁴³; d) expedir instruções para a fiel execução⁴⁴ das normas derivadas dos sistemas majoritário e proporcional⁴⁵; e) tratar das prescrições sobre a aquisição e perda da capacidade política ativa e passiva, isto é, de votar e ser votado⁴⁶; f) dispor sobre a natureza, funcionamento e responsabilidade dos partidos políticos, sobre quem, por meio de ramo da justiça especializada, exerce controle⁴⁷.

⁴⁰ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 13.

⁴¹ Id.

⁴² Id.

⁴³ Id.

⁴⁴ Código Eleitoral – CE (Lei Federal 4.737/1965):

“Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para sua fiel execução” (Grifo nosso). Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. 31/06/2009.

⁴⁵ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral...*, op. cit., p. 13.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ LOP:

“Art. 30. O partido político, através de seus órgãos nacionais, regionais e municipais, deve manter escrituração contábil, de forma a permitir o conhecimento da origem de suas receitas e a destinação de suas despesas.

Art. 31. É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de:(...).

Art. 32. O partido está obrigado a enviar, anualmente, à Justiça Eleitoral, o balanço contábil do exercício findo, até o dia 30 de abril do ano seguinte (...).

Art. 34. **A Justiça Eleitoral exerce a fiscalização sobre a escrituração contábil e a prestação de contas do partido e das despesas de campanha eleitoral, devendo atestar se elas refletem adequadamente a real movimentação financeira, os dispêndios e recursos aplicados nas campanhas eleitorais, exigindo a observação das seguintes normas: (...).**

Parágrafo único. Para efetuar os exames necessários ao atendimento do disposto no caput, a Justiça Eleitoral pode requisitar técnicos do Tribunal de Contas da União ou dos Estados, pelo tempo que for necessário.

Art. 35. O Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais, à vista de denúncia fundamentada de filiado ou delegado de partido, de representação do Procurador-Geral ou Regional ou de iniciativa do Corregedor, determinarão o exame da escrituração do partido **e a apuração de qualquer ato que viole as prescrições legais ou estatutárias a que, em matéria financeira, aquele ou seus filiados estejam sujeitos, podendo, inclusive, determinar a quebra de sigilo bancário das contas dos partidos para o esclarecimento ou apuração de fatos vinculados à denúncia. (...)**” (Grifo nosso).

Com tais elementos a função do *Direito Eleitoral* pode ser definida como “o estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa equação entre a vontade do povo e a atividade governamental”⁴⁸.

Por sua vez, o *Direito Partidário* abrange, necessariamente, o estudo das regras que regem a criação, transformação, funcionamento e extinção dos partidos políticos, bem assim dos princípios⁴⁹ que, ao passo que conferem garantias para a sua imunização contra a indevida ingerência estatal, regem a sua atuação.

Importa registrar que, mesmo gozando os partidos políticos de autonomia para a sua auto-organização e funcionamento, outorgada constitucionalmente (art. 17, §1º⁵⁰), se submetem, por restrição do mesmo dispositivo (art. 17, III, e §2º)⁵¹ ao *controle e fiscalização* de órgãos do Poder Judiciário da União⁵² (no âmbito dos Estados, fixada pela circunscrição do órgão de direção)⁵³, seja no que diz respeito a sua existência ou a validade dos atos de sua vida (na extensão em que determine a lei)⁵⁴.

Com esse escopo atua a Justiça Eleitoral, que pode ser definida, o que bem faz Torquato Jardim, como “o instrumento institucional criado pela Constituição para

Art. 36. Constatada a violação de normas legais ou estatutárias, ficará o partido sujeito às seguintes sanções:(...).

Art. 37. A falta de prestação de contas ou sua desaprovação total ou parcial implica a suspensão de novas cotas do Fundo Partidário e sujeita os responsáveis às penas da lei. (...) (Grifo nosso). Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm>. 31/06/2009.

⁴⁸ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral...*, op. cit., p. 12.

⁴⁹ BASTOS, Aurélio Wander, apud MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, prefácio.

⁵⁰ CF de 1988, art. 17. Disponível em: (Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). 31/06/2009.

⁵¹ Id.

⁵² CF:

“Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:(...).

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;(...)”. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. 31/06/2009.

⁵³ CF:

“Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral:

I - o Tribunal Superior Eleitoral;

II - os Tribunais Regionais Eleitorais;

III - os Juízes Eleitorais;

IV - as Juntas Eleitorais. (...).

Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.(...)”. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. 31/06/2009.

⁵⁴ Acórdão nº 12.211 - TSE, Rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence., RESPE 9.467, de 10/03/1992, São João da Urtiga/RS, publicado DOU em 06/05/1992, p. 02, do voto.

a operação efetiva do que nela própria solenemente se proclama como a base sobre a qual assenta o Estado brasileiro: a democracia representativa no estado de direito (art. 1º, *caput* e parágrafo único)”⁵⁵.

Nessa direção, tracemos breves linhas sobre os preceitos que fundam o sistema eleitoral e partidário brasileiros: Estado de Direito, democracia e princípio da representação⁵⁶.

O pacto original de 1988 fundou o Estado brasileiro sob a dimensão do direito, na forma federativa⁵⁷, com base republicana⁵⁸ de governo e fixou-lhe o regime político democrático⁵⁹. Assim, estruturou o esquema de organização política sobre o qual estabeleceu o *modo de aquisição e exercício do poder, os direitos fundamentais e as respectivas garantias*⁶⁰.

Democraticamente, a ordem foi fundada na *soberania popular*, na *cidadania* e no *pluralismo político*. Por conseguinte, a participação do povo no processo de poder se dá de forma indireta (democracia representativa), combinada com a direta (democracia participativa)⁶¹, no sentido do artigo primeiro, parágrafo único da Constituição⁶².

A opção pelo regime democrático submeteu o esquema de organização política à direção de “*um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram a concepção do Estado e da sociedade brasileiras, e inspiram o seu ordenamento jurídico*”⁶³, que não pode desnaturar-se sob pena de abalo sistêmico.

Independentemente da conclusão acerca de qual seja o *referente da Constituição*⁶⁴, se o Estado ou a Sociedade, o *Estado Constitucional Democrático de*

⁵⁵ JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. Brasília/DF: Brasília Jurídica, 1998, p. 37.

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Ibid., p. 99.

⁵⁸ Ibid., p. 102.

⁵⁹ Ibid., p. 125.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p 38 e 43.

⁶¹ Norberto Bobbio define a democracia dos modernos, comparando-a a dos antigos nos seguintes termos: “Poderíamos também dizer da seguinte maneira: a democracia de hoje é uma democracia representativa às vezes complementada por formas de participação popular direta; a democracia dos antigos era uma democracia direta, às vezes corrigida pela eleição de algumas magistraturas”. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 374.

⁶² Ibid., p. 137.

⁶³ *Servicio Español del Profesorado de Enseñanza Superior-Universidad de Barcelona* (org.), *La Estructura del Estado*, pp. 110 e 111; apud. SILVA, José Afonso da., op. cit. p. 124.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2008, p. 87.

Direito deve manter uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito⁶⁵, em que não se prescindia da *legitimação democrática do poder*⁶⁶ e no qual a formação da vontade popular se dê segundo preceitos democráticos, na forma de procedimentos juridicamente regulados, o que confere legitimidade ao direito e efetividade aos direitos fundamentais estabelecidos⁶⁷.

Realce-se desde já, a partir das lições de Joaquim José Gomes Canotilho, que “o Estado Constitucional é mais um ponto de partida do que de chegada. É um produto do desenvolvimento constitucional no actual (*sic*) momento histórico”⁶⁸. Portanto, a arquitetura de determinado Estado Constitucional somente se manterá íntegra pela manutenção das “*fórmulas políticas e jurídico-constitucionais*”⁶⁹ condensadas no momento de sua concretização histórica.

Nos sistemas democráticos, a interpretação das relações de poder de determinada sociedade pluralista deriva da reflexão sobre a profunda transformação do poder do Estado nos grandes territórios, em que se tornou impossível um modelo de relação direta entre eleitor e mandante⁷⁰.

Nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos “a democracia moderna é predominantemente representativa”⁷¹. Nesses sistemas, os principais sujeitos não são individualmente considerados, mas sim, os grupos organizados⁷².

O termo representação abarca três sentidos, o etimológico, o técnicojurídico e aquele contido na linguagem comum.

O primeiro é fornecido por Bastos, e se refere a “tornar presente algo que, na verdade, não está. Nesse sentido o ator representa o personagem, sem se

⁶⁵ *Ibid.*, p. 93.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 98.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 100.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 87.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política...*, p. 377.

⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro, BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 575.

⁷² No sentido impresso por Mezzaroba: O Estado de Partidos surge em oposição ao modelo de representação liberal. “Tal evolução possibilitou a criação de novos sujeitos coletivos denominados partidos políticos, que passaram a aglutinar interesses individuais para formar a vontade partidária, não havendo, portanto, mais espaço para que vontades individuais ou facções prevaleçam na esfera do Estado. Os partidos surgiram, assim, como espaços públicos comprometidos em aglutinar, harmonizar, e canalizar democraticamente as vontades individuais, buscando transformá-las em princípios e programas que deverão ser compostos com as vontades dos demais partidos, para serem estabelecidas as políticas que serão implementadas pelo Estado”. (MEZZAROBA. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais...*, p. 53).

confundir com este. Portanto, a idéia de representação implica uma duplicidade de sujeitos: o que representa e o que é representado”⁷³.

Os dois outros são fornecidos por Norberto Bobbio. Enquanto na linguagem tecnicojurídica representar significa “agir em nome e por conta de um outro”, na linguagem, comum e na filosófica, significa “reproduzir”, “espelhar” ou “refletir”, simbolicamente, metaforicamente, mentalmente uma realidade objetiva. Desses dois significados podem derivar as expressões *representação e espelhamento*⁷⁴.

A expressão democracia representativa se estabilizou nos dois sentidos: uma democracia pode possuir um órgão em que as decisões coletivas são tomadas por representantes e pode espelhar através desses representantes os diferentes grupos de opinião ou de interesses que compõe essa sociedade. Os dois significados tornam-se evidentes quando se contrapõe a democracia representativa à direta. Em relação ao primeiro significado, a democracia direta é aquela na qual as decisões coletivas são tomadas diretamente pelos cidadãos; no segundo, tem-se que propondo aos cidadãos quesitos em termos alternativos se torna menos provável o espelhamento da sociedade. Paradoxalmente, a democracia direta é, no sentido do espelhamento, menos representativa do que a indireta⁷⁵.

A característica essencial da democracia representativa está na concepção de um processo formal de escolha de representantes que “pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, e os partidos políticos, conforme constam do art. 14 e 17 da Constituição”⁷⁶.

Conforme define José Afonso da Silva, “na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos *representantes do povo*⁷⁷”. Tais técnicas, que adotam o voto para a escolha dos agentes governamentais, conferem à ordem democrática a característica de procedimento. Nessa linha, eleger constitui um *ato de decisão política* por excelência, pois o cidadão expressa uma preferência

⁷³ Ibid, p. 576.

⁷⁴ Ibid., p. 457-458.

⁷⁵ Id., p. 458.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo...*, op. cit. p. 137.

⁷⁷ Ibid.

entre alternativas, além de conferir legitimidade à determinada política governamental, pois, tanto aderiu à determinada plataforma política do candidato, quanto consentiu na ascensão ao poder de determinado partido político, cujo ideário pressupõe-se ser impresso por meio das ações do mandatário⁷⁸.

Aqui se evidencia o elemento básico da democracia representativa: o *mandato politicorepresentativo*⁷⁹. Neste sentido, tem-se a definição de Silva:

Nele se consubstanciam os *princípios da representação e da autoridade legítima*. O primeiro significa que o poder, que reside no povo, é exercido em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos, pois uma das características do mandato é ser temporário⁸⁰. O segundo consiste em que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real e própria, adquire condições de manifestar-se e decidir, porque é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou, por outras palavras, o poder se impõe⁸¹ (Destaque no original).

O mandato é denominado *politicorepresentativo*, pois “constitui uma situação juridicopolítica com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa. É denominado *mandato representativo* para distinguir-se do *mandato de direito privado*⁸² e do *mandato imperativo*⁸³.

Adquirem especial relevância os conceitos de representação e espelhamento quando da contraposição entre representação dos interesses e representação política. O primeiro reflete a diferença entre o dito mandato vinculado e mandato livre; o segundo denota a diferença entre o espelhamento de cada um

⁷⁸ Id, p. 138 e 368.

⁷⁹ Id, p. 138.

⁸⁰ Essas exigências do mandato representativo decorrem de normas expressas da Constituição. Assim, o princípio da forma representativa consta do parágrafo único do art. 1º, quando diz que o *poder é exercido* diretamente ou *em seu nome por representantes eleitos* e no art. 34, VII, *a*, quando destaca a *forma republicana, representativa e democrática*, como um dos princípios constitucionais. A temporariedade do mandato é explicitamente fixada em *quatro anos* para os Deputados, Governadores, Vice-Governador, Prefeito e Vice-Prefeito (arts 27, 28, 29, I, 32, §§ 1º e 2º, 44, parágrafo único), em oito anos para Senadores (art. 46, § 1º) e em quatro anos para Presidente e Vice-Presidente da República (art. 82). SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo...*, p. 138.

⁸¹ Id.

⁸² Conforme o autor ora citado: “é um contrato pelo qual o outorgante confere ao outorgado para representá-lo em algum negócio jurídico, praticando atos em seu nome, nos termos do respectivo instrumento (procuração); nele o mandatário fica vinculado ao mandante, tendo que prestar contas a este, e será responsável pelos excessos que cometer no seu exercício, **podendo ser revogado quando o mandante assim o desejar**” (Grifo nosso). Id.

⁸³ Id.

dos interesses organizados ou então de todos os interesses, mesmo daqueles não organizados⁸⁴.

Quando se fala em representação de interesses, a palavra é tomada não no sentido genérico, mas no sentido específico de interesses particulares ou de grupos (parciais). A representação política também é uma representação de interesses, interesses mais gerais⁸⁵.

O questionamento é se o interesse geral pode ser representado verdadeiramente, no sentido próprio da palavra. Disso, na diferenciação entre ambas as espécies, conclui-se que ambas dizem respeito à representação de interesses, porém, uma é, propriamente falando, uma representação, enquanto a outra não é⁸⁶.

O caráter distintivo das duas formas de representação está no fato de uma ser constituída com mandato vinculado e outra com mandato livre. No mandato público, em que o representante é designado por meio de um processo de eleição, não há geralmente condições de o mandante acompanhar a obra do eleito, diferentemente do mandato privado, o qual pressupõe que o mandante conheça quais são seus próprios interesses cuja gestão confia ao mandatário⁸⁷.

Josefa Saez de Salassa pontua que o mandato imperativo ou vinculado, deriva de um modelo de representação procedente de práticas políticas feudais entre reis e vassallos, nas quais estes serviam ao rei, que lhes dava proteção contra ataques externos⁸⁸.

Tal tipo de representação tem como características: a) que o representante expressa a vontade de um grupo particular, cujo poder detém mero exercício; b) sua atuação na Assembléia pressupõe portar instruções fidedignas conforme o seu atuar; c) se responsabiliza pessoalmente pela fiel expressão da vontade do mandante; d) pode ter revogado o mandato a si outorgado⁸⁹.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política...*, p. 454-476.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ Id.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ KNOERR, Fernando Gustavo. *Fidelidade Partidária: O Controle Ético no Exercício do Mandato*. Tese de Doutorado, 2002. Pós-Graduação em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná, p. 78.

⁸⁹ Ibid., p. 79.

O mandato imperativo assemelha-se à figura do contrato de mandato do direito privado que pode vir a ser revogado em caso de descumprimento das diretrizes postas pelo mandante⁹⁰.

Pelo instituto do mandato livre, o representado, no caso a figura do corpo coletivo tomado no sentido de povo, ao contrário, não detém condições de controle sobre a obra do eleito⁹¹.

Fernando Gustavo Knoerr afirma que “o princípio sobre o qual se funda a representação política é antiético ao que funda a representação de interesses, pois quem persegue a satisfação dos interesses particulares do representado está sujeito ao mandato imperativo”⁹². Nesse modelo, o direito de representação é outorgado ao *cidadão padronizado*, membro da comunidade, sob a ficção de que exista um indivíduo desprovido de qualquer interesse pessoal vinculante⁹³.

O mandato livre “era uma prerrogativa da soberania do Rei, que foi transferida à Assembléia Popular”⁹⁴. Nesse modelo, o povo deve crer na ficção que seu interesse está sendo representado, mediante o conceito de *vontade de nação*⁹⁵. O mandato representativo é geral, livre, irrevogável em princípio e não comporta a ratificação dos atos do mandatário. Geral porque se refere a todos os membros de uma circunscrição eleitoral indistintamente. Livre porque o mandatário não está vinculado aos seus eleitores, não sendo obrigado a aceitar suas orientações, e a quem juridicamente (o contrário pressupõe interesses eleitorais) não se obriga a prestar contas⁹⁶. O exercício do mandato decorre dos poderes que a Constituição lhe outorga enquanto representante do corpo eleitoral que lhe garantem a *autonomia da vontade*, sujeitando-se *apenas aos limites de sua consciência*.

Bobbio registra que dentre várias razões de ordem social e técnica que podem ter levado à afirmação do princípio da representação política como representação sem vínculo de mandato, existe uma razão substancial que diz

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política...*, op. cit., p. 454-476.

⁹¹ Id.

⁹² Ibid. p. 83.

⁹³ Ibid. p. 84.

⁹⁴ Ibid. p. 83.

⁹⁵ Ibid. p. 79.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 139.

respeito ao problema fundamental da política de saber quem detém o poder soberano em determinado grupo social⁹⁷.

O instituto característico próprio da democracia representativa é o mandato livre, a quem coube crítica radical do movimento operário de inspiração marxista, com as reivindicações de uma representação verdadeira e própria e, portanto, com poder de revogação do mandato por parte do mandante – feita pelo próprio Marx aos acontecimentos da Comuna de Paris⁹⁸.

A revogação do mandato foi proclamada instituto da democracia representativa operária – introduzida nas sucessivas constituições soviéticas – aproximando-a da democracia direta. Dessa forma, o movimento operário fazia retornar o instituto que a burguesia liberal tinha reputado anacrônico e, por isso, abolido⁹⁹.

Tal qual a sociedade de ordens, a sociedade industrial era uma sociedade de classes, que, fazendo nascer uma classe universal, sobrelevava os interesses como de toda a sociedade, razão pela qual não se mantinham os interesses particulares¹⁰⁰.

Em uma sociedade pluralista (de ordens ou na sociedade dos atuais países desenvolvidos), em que imperam interesses de cada grupo organizado, a representação de interesses é a representação de interesses organizados. Em uma sociedade cujo interesse é de toda a sociedade (real ou hipotética), a representação coincide com o interesse de uma única classe, que se denomina universal. A “representação dos interesses” é, na verdade, representação de interesse único, portanto representação geral¹⁰¹.

O mandato livre – representação sem vínculo de mandato favoreceu a representação da classe que substituíra com seu próprio poder o poder do monarca (parlamento). O retorno à representação com mandato vinculado não era em absoluto o retorno a uma situação pré-democrática, mas sim, na substituição da

⁹⁷ Id.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política...*, p. 454-476.

⁹⁹ Id.

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ Id.

democracia direta pela democracia indireta – único modo de representação possível em grandes estados territoriais¹⁰².

A seu turno, discorre-se brevemente sobre as peculiaridades dos sistemas eleitoral e partidário.

Os direitos políticos, proclamados pelos artigos 14 a 16 da Constituição Federal, *consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular*. Como desdobramento do parágrafo único do primeiro artigo da Constituição – *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente* –, os direitos políticos caracterizam-se pelo conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação dos cidadãos no processo político e nos órgãos governamentais. Decorrem das técnicas desenvolvidas pelo sistema representativo para a designação dos representantes do povo nesses órgãos¹⁰³.

Portanto, os direitos políticos positivos fornecem a regulação dos direitos fundamentais: a) do acesso ao sufrágio ativo – direito de votar nas eleições; b) do acesso ao sufrágio passivo – direito de ser votado nas eleições, quando preenchidas as condições de elegibilidade constitucionais e complementares (Lei Complementar nº 64/1990); c) do direito de voto nos plebiscitos, nos referendos, ao lado de outros direitos de participação popular no processo de dominação política e de controle, tais como firmar e propor projetos de lei de iniciativa popular, propositura de ação popular e organização e participação nos partidos políticos.

Define Silva que as eleições correspondem a “um concurso de vontades juridicamente qualificadas visando operar a designação de um titular de um mandato eletivo”¹⁰⁴ ao lado de outras formas de designação, tais como a sucessão, cooptação, a nomeação e a aclamação.

Dessa forma, “os sistemas eleitorais consistem no conjunto de técnicas e procedimentos que são empregados para a realização das eleições”¹⁰⁵. Sob outro viés: os *sistemas e procedimentos eleitorais* constituem as instituições fundamentais dos direitos políticos¹⁰⁶.

¹⁰² Id.

¹⁰³ Ibid., p. 344-347.

¹⁰⁴ Ibid. p. 368.

¹⁰⁵ Id.

¹⁰⁶ Ibid. p. 348.

Para melhor elucidação do tema, esclarece-se que os sistemas eleitorais visam a organizar a representação do povo no território nacional e utilizam “técnicas consistentes na divisão do território em distritos ou circunscrições eleitorais, métodos de emissão do voto, os procedimentos de apresentação de candidatos e de designação de eleitos conforme os votos emitidos”¹⁰⁷.

Em conjunto com o sistema de partidos, os sistemas eleitorais formam os *mecanismos de coordenação, organização, instrumentalização e expressão da vontade popular na escolha dos governantes*¹⁰⁸.

Conforme se combinem as técnicas e procedimentos para a realização das eleições, surgem os diferentes sistemas eleitorais: o *majoritário*, o *proporcional* e o *misto*. No primeiro caso, será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos do que os seus concorrentes.

Knoerr fornece os traços comuns dos procedimentos sob o título de sistemas eleitorais que podem obedecer à regra: a) da maioria simples – será eleito aquele que, com qualquer número, obtiver numericamente mais votos; b) da maioria absoluta – considerar-se-á eleito o candidato que obtiver metade mais um dos votos válidos; c) maioria absoluta em dois turnos – em caso dos candidatos não alcançarem o percentual da maioria absoluta no primeiro turno de votação, realiza-se um segundo, em que participam os candidatos mais votados do primeiro e resta eleito aquele que obtiver a maioria simples dos votos; e d) de voto alternativo – considera-se eleito o candidato que obtiver mais da metade das primeiras preferências dos eleitores que votam em listas fechadas e assinalam as suas opções preferenciais¹⁰⁹.

Silva explicita as diferenciações do sistema proporcional com relação aos sistemas majoritários, os quais: a) conjugam o sistema de eleições distritais; b) se realizam mediante o escrutínio em um ou dois turnos; e c) se combina, em base territorial mais ampla, a eleição de mais candidatos¹¹⁰.

No primeiro tipo de sistema eleitoral, as eleições ocorrem em distritos *unipessoais* ou *uninominais*, nos quais se opera, pelo eleitor, a escolha de um, entre todos os candidatos de cada partido; ou em distritos *pluripessoais* ou *plurinominais* –

¹⁰⁷ Ibid. p. 369.

¹⁰⁸ Id.

¹⁰⁹ KNOERR, Fernando Gustavo. *Fidelidade Partidária...*, p. 73.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 370.

denominados listas, em que a escolha se dá entre as várias alternativas apresentadas por cada partido (lista de candidatos).

No segundo tipo de sistema eleitoral, o escrutínio – *modo do exercício do voto “in concreto”* – compreende as operações de votação e apuração, ou melhor, o modo pelo qual se *recolhem e apuram os votos* nas eleições¹¹¹. A apuração pode ser simples, e dessa forma, em uma só eleição se proclama eleito o candidato que obtiver a maioria relativa – simples –, dos votos ou pode ser absoluta, pela qual, não obtendo nenhum candidato 50% mais um dos votos faz-se nova eleição, em segundo turno, entre os dois candidatos mais votados, proclamando-se eleito aquele que obtiver a maioria simples dos votos.

No terceiro tipo de sistema eleitoral, considerando-se o interesse de se conferir maior representatividade às minorias, com base em circunscrições territoriais mais amplas, cada qual elege vários candidatos, divergindo da regra da eleição de somente um candidato por distrito.

O sistema eleitoral majoritário brasileiro contempla o sistema eleitoral por *maioria absoluta*, com a possibilidade da ocorrência de dois turnos para a eleição das chefias do Poder Executivo nas entidades federativas, quando algum dos candidatos não obtiver tal marca em primeiro turno de votação, exceto no caso dos municípios com menos de duzentos mil eleitores (art. 3º, § 2º, da Lei das Eleições – LE)¹¹², cuja maioria, será simples para a eleição; já a *maioria relativa* é prevista para a eleição dos senadores federais, bem como para os juízes de paz.

O sistema eleitoral de representação proporcional objetiva que a representação política, em determinada circunscrição eleitoral, se dê proporcionalmente às *correntes ideológicas ou de interesses*, integrada por cada um dos partidos políticos existentes, razão pela qual a sua premissa é a da eleição de vários candidatos, o que, em regra, se mostrará aplicável somente no sistema de listas, como no caso brasileiro.

¹¹¹ Ibid., p. 379.

¹¹² Lei Federal nº 9.504/1997:

“Art. 3º Será considerado eleito Prefeito o candidato que obtiver a maioria dos votos, não computados os em branco e os nulos.

§ 1º A eleição do Prefeito importará a do candidato a Vice-Prefeito com ele registrado.

§ 2º Nos Municípios com mais de duzentos mil eleitores, aplicar-se-ão as regras estabelecidas nos §§ 1º a 3º do artigo anterior”. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. 31/06/2009.

Neste sentido, Knoerr¹¹³ enuncia que:

(...). (Podem obedecer à regra do 1) do STV (*single transferable vote*)¹¹⁴, segundo o qual o eleitor enumera as suas preferências, independentemente do partido ao qual pertençam os candidatos, tendo assim a prerrogativa de eleger tantos representantes quantos forem as vagas reservadas ao seu distrito. Em primeiro lugar é calculada a quota de votos necessária para a eleição, fixada na Irlanda através da divisão do número total de eleitores pelo número de lugares reservados ao distrito, mais um. Como frequentemente algumas cadeiras não são preenchidas, utilizam-se duas formas de transferência de votos: a primeira distribui os votos sobejantes dos eleitos para os não eleitos, tendo em vista a seqüência de preferências dos eleitores; a segunda transfere os votos do candidato menos votado, também com base na preferência do eleitorado, para outros postulantes; 2) da representação proporcional em lista: busca fortalecer o sistema partidário¹¹⁵ na medida em que valoriza os votos dados também ao partido, 'fazendo necessária a utilização de procedimentos que definam como as candidaturas individuais serão eleitas'¹¹⁶. Dentre estes métodos há que se referir o de 2.a) lista fechada¹¹⁷: em que os eleitores votam não nos candidatos, mas apenas na lista apresentada por cada partido, segundo a ordem de preferência para eleição manifestada pelo próprio partido; 2.b) lista flexível¹¹⁸: os partidos também apresentam a lista já ordenada aos eleitores, reservando a estes a prerrogativa de alterá-la; 2.c) lista aberta¹¹⁹: os partidos apresentam relação de nomes não ordenada, cabendo aos eleitores determinar a ordem final dos candidatos. Nesse sistema, o personalismo do mandato surge de modo marcante; 2.d) lista livre: possibilita aos eleitores maior número de opções, pois os partidos apresentam uma lista não ordenada, dando ao eleitor a prerrogativa de votar em tantos nomes quantas forem as cadeiras a serem preenchidas, sendo-lhe inclusive permitido dar mais de um voto a um mesmo candidato (procedimento chamado de *panachage*)¹²⁰ (Destaque no original).

No Brasil, esse sistema se aplica às eleições da Câmara Federal, das assembleias legislativas e das câmaras municipais. Devido ao número de concorrentes, surge a indagação acerca de quantas vagas cada partido obteve e quais candidatos venceram. O Código Eleitoral, legislação aplicável, define os critérios dessas eleições em seu artigo 106¹²¹.

¹¹³ KNOERR, Fernando Gustavo. *Fidelidade Partidária*, p. 73.

¹¹⁴ Utilizado pelo Brasil para a eleição de Presidente da República (art. 77 da CF), Governador de Estado (art. 28 da CF) e Prefeito Municipal, em municípios com mais de 200 mil eleitores (art. 29, da CF).

¹¹⁵ Por essa razão, o relatório nº. 1/98 da Comissão Temporária Interna do Senado Federal para estudo da reforma política, opina no sentido de proibir as coligações em eleições proporcionais, frisando: "Nesse contexto, veda-se a coligação partidária para eleições para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa, no caso do Distrito Federal, e Câmara dos Vereadores, visto que esse instituto desvirtuaria o sistema ora proposto, já que os partidos devem ter desempenho eleitoral próprio".

¹¹⁶ NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistema eleitoral e reforma política*. Rio de Janeiro: Foglio Editora, 1993, p. 37.

¹¹⁷ Utilizado nas eleições parlamentares de Israel e parcialmente na Alemanha.

¹¹⁸ Adotado nas eleições parlamentares da Bélgica, Holanda, Áustria, Dinamarca, Suécia, Noruega e Grécia.

¹¹⁹ Utilizado no Brasil para a eleição de Deputados Federais (art. 45 da CF), Deputados Estaduais (art. 27, §1º, da CF), e Vereadores.

¹²⁰ Adotado na Suíça e em Luxemburgo para eleições parlamentares.

¹²¹ CE:

Importa, ainda, saber o significado do que sejam os votos válidos: são aqueles conferidos a todos os candidatos, com a exclusão dos brancos e nulos, conforme dispõe o artigo 77, § 2º, da CF¹²² c/c art. 2º e 3º da LE¹²³. Já no sistema proporcional, definido no artigo 5º da Lei das Eleições¹²⁴, “contam-se como válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas” partidárias, pelo que: votos válidos = votos de todos os candidatos + votos dados à legenda partidária.

“Art. 106. Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior.

Art. 107 - Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração.

Art. 108 - Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.

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

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;

II - repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares.

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

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

Art. 110. Em caso de empate, haver-se-á por eleito o candidato mais idoso.

Art. 111 - Se nenhum partido ou coligação alcançar o quociente eleitoral, considerar-se-ão eleitos, até serem preenchidos todos os lugares, os candidatos mais votados.

Art.112. Considerar-se-ão suplentes da representação partidária:

I - os mais votados sob a mesma legenda e não eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos;

II - em caso de empate na votação, na ordem decrescente da idade.

Art. 113. Na ocorrência de vaga, não havendo suplente para preenchê-la, far-se-á eleição, salvo se faltarem menos de nove meses para findar o período de mandato”. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. 31/06/2009.

¹²² CF:

“Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. (...).

§ 2º - Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.(...)”.

(Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). 31/06/2009.

¹²³ Lei das Eleições:

“Art. 2º Será considerado eleito o candidato a Presidente ou a Governador que obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.(...)”.

Art. 3º Será considerado eleito Prefeito o candidato que obtiver a maioria dos votos, não computados os em branco e os nulos. (...)”. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. 31/06/2009.

¹²⁴ Lei das Eleições:

“Art. 5º Nas eleições proporcionais, contam-se como válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias”. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. 31/06/2009.

Para a determinação das vagas que cada partido obteve importa determinar: a) o quociente eleitoral, a partir da soma dos votos válidos e a correspondente divisão pelo número de vagas existentes na circunscrição, devendo-se desprezar a fração igual ou inferior a meio e arredondar para um a fração superior a meio (art. 106 do CE); b) o quociente partidário, qual seja o número de lugares conquistados pelo partido, a partir da divisão dos votos dados à legenda partidária e a todos os candidatos do partido, pelo quociente eleitoral (art. 107 do CE); e c) divisão das sobras, seja pela insuficiência dos restos de votos que obteve cada legenda para eleger mais um candidato, seja para distribuir os lugares restantes entre os partidos que concorreram à eleição, a partir da aplicação da média mais elevada que deve ser obtida pela divisão dos votos dados ao partido, pelo número de vagas já obtidas pelo partido – quociente partidário, adicionado de uma unidade. A operação deve ser feita em todos os partidos para comparação das médias e repetida a cada vaga remanescente (art. 109 do CE).

Por sua vez, a determinação dos eleitos se dará a partir do preenchimento dos lugares com que cada partido foi contemplado, conforme a votação nominal obtida, ou seja, os candidatos mais votados em cada legenda ou coligação de partidos (art. 6º da LE)¹²⁵ serão eleitos para ocuparem as cadeiras que os partidos mais votados obtiveram nas casas legislativas (art. 110 do CE).

¹²⁵Lei das Eleições:

“Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

§ 1º A coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.

§ 2º Na propaganda para eleição majoritária, a coligação usará, obrigatoriamente, sob sua denominação, as legendas de todos os partidos que a integram; na propaganda para eleição proporcional, cada partido usará apenas sua legenda sob o nome da coligação.

§ 3º Na formação de coligações, devem ser observadas, ainda, as seguintes normas:

I - na chapa da coligação, podem inscrever-se candidatos filiados a qualquer partido político dela integrante;

II - o pedido de registro dos candidatos deve ser subscrito pelos presidentes dos partidos coligados, por seus delegados, pela maioria dos membros dos respectivos órgãos executivos de direção ou por representante da coligação, na forma do inciso III;

III - os partidos integrantes da coligação devem designar um representante, que terá atribuições equivalentes às de presidente de partido político, no trato dos interesses e na representação da coligação, no que se refere ao processo eleitoral;

IV - a coligação será representada perante a Justiça Eleitoral pela pessoa designada na forma do inciso III ou por delegados indicados pelos partidos que a compõem, podendo nomear até:

No caso de nenhum dos partidos concorrentes obterem o quociente eleitoral, considerar-se-ão eleitos, até que sejam preenchidos todos os lugares, os candidatos mais votados (art. 111 do CE).

Ainda, existe o sistema Misto, denominado sistema distrital misto que combina os sistemas majoritário e proporcional, destinando certo número de vagas para preenchimento por um e outro número para preenchimento por outro, havendo ainda variações deste sistema, de acordo com a combinação operada¹²⁶.

No que se refere aos sistemas de partidos¹²⁷, preliminarmente deve considerar-se que surgem conforme a predominância ou equilíbrio entre as diversas

a) três delegados perante o Juízo Eleitoral;

b) quatro delegados perante o Tribunal Regional Eleitoral;

c) cinco delegados perante o Tribunal Superior Eleitoral". Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. 31/06/2009.

¹²⁶ KNOERR registra que:

"O sistema distrital misto foi utilizado na Alemanha desde o final da 2ª Guerra Mundial, e consiste na divisão do território alemão em distritos que não se comportam nos limites dos entes federados, pois pautam-se na reunião do mesmo número de eleitores em cada um (em 1993, a Alemanha encontrava-se eleitoralmente dividida em 328 distritos, tendo cada qual 225 mil habitantes. O distrito é uma divisão eleitoral do território. Nas eleições do *Reichtag* (que tem 656 cadeiras) cada eleitor profere dois votos: um para o representante de seu distrito, outro para o partido. Com esse segundo voto estará manifestando sua preferência em relação a uma lista fechada. O primeiro voto destina-se a eleger o deputado do distrito, por maioria simples, e o segundo os ocupantes das 328 cadeiras, de acordo com o método de representação proporcional. O segundo voto também é considerado para cálculo da votação recebida por cada partido em nível nacional, possibilitando assim a incidência da cláusula de exclusão de 5% dos votos dados à lista ou do êxito em pelo menos três distritos. Para Giovanni Sartori, este sistema privilegia a personalização da eleição, pois "a votação em pessoas caracteriza os sistemas de distritos eleitorais com um só representante eleito pela maioria (incluídos aí, portanto, os sistemas de dois turnos)". KNOERR, Fernando Gustavo. *Fidelidade Partidária...*, p. 75.

¹²⁷ Quanto à origem, e a íntima relação que guardam com os sistemas eleitorais, anote-se as lições de Duverger: "são o resultado de fatores numerosos e complexos, uns próprios de cada país, outros gerais. Entre os primeiros, podem-se citar a tradição e a história, as crenças religiosas, a composição étnica, as rivalidades nacionais etc. (...). O fator técnico essencial é o regime eleitoral: é ele que será estudado neste livro. Já se observou a sua influência sobre certos aspectos da estrutura de partidos: mesmo nesse domínio, constitui um elemento do sistema de partidos, pois a forma de escrutínio orienta no mesmo sentido as estruturas de todos os partidos de um país. Sobre o número, a dimensão, as alianças, a representação, sua ação é importante. Inversamente, o sistema de partidos desempenha papel capital sobre o regime eleitoral: o dualismo favorece a adoção de um escrutínio majoritário de um turno, a existência de partidos de estrutura de *Bund* em afastamento, a tendência natural às alianças opõe-se à representação proporcional etc. Em definitivo, sistema de partidos e sistema eleitoral são duas realidades indissolivelmente ligadas, por vezes mesmo difícil de separar pela análise: a exatidão mais ou menos grande da representação política, por exemplo, depende do sistema eleitoral e do sistema de partidos, considerados como elementos dum mesmo complexo, raramente isoláveis um do outro. Pode-se esquematizar a influência geral da forma de escrutínio nas três fórmulas seguintes: 1.º) a representação proporcional tende a um sistema de partidos múltiplos, rígidos, independentes e estáveis (salvo no caso de movimentos passionais); 2.º) o escrutínio majoritário de dois turnos tende a um sistema de partidos múltiplos, flexíveis, dependentes e relativamente estáveis (em todos os casos); 3.º) o escrutínio majoritário de turno único tende a um sistema dualista, com alternância de grandes partidos independentes. (...). De fato, a ação do sistema de escrutínio poderia ser comparada a um acelerador: tal regime eleitoral facilita a multiplicação dos

correntes representativas de opiniões existentes em um país. O sistema de partido existente em determinado país “consiste no modo de sua organização partidária”¹²⁸. Fundamentalmente são em número de três e se diferenciam pelo número, sejam sistemas de partido único, bipartidário e multipartidário¹²⁹. No presente estudo, a matéria não demanda maior detalhamento. Vale, contudo, pontuar que no Brasil vigora o multipartidarismo, nos termos da legislação em vigor¹³⁰.

Por fim, registre-se o significado do que se denomina *governo de partidos*, ou *partidocracia*. Tais nomenclaturas com obviedade derivam da função de protagonistas que os partidos políticos assumiram no âmbito da democracia representativa¹³¹ e de sua inegável essencialidade nos sistemas democráticos, pelo que notoriamente afirmou Hans Kelsen: “só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos”¹³².

Olavo Brasil de Lima Júnior fornece o significado do primeiro, ao sintetizar que a democracia parlamentar evoluiu das “relações políticas existentes dentro do governo, entre estes e os partidos e, através dos partidos, entre o governo e a sociedade politicamente organizada”. Dessa forma, os partidos que até então detinham puramente base parlamentar, passaram a se orientar pelo processo eleitoral. Nessa esteira, pela solidificação dos partidos quando da instituição do sufrágio universal, supõe-se, em fase posterior, a existência do *governo de partidos* no qual o Executivo é responsável perante o Parlamento e o governo e os partidos o são perante a sociedade¹³³.

A expressão “governo de partido” deriva da influência decisiva que o as instituições partidárias apresentam nos Estados contemporâneos. Silva pontua que,

partidos, gerada pela ação de outros fatores; esse outro regime lhe opõe obstáculo; etc. Porém, as formas de escrutínio não desempenham papel propriamente motor: são as realidades nacionais, as ideologias, e sobretudo as estruturas sócio-econômicas que, via de regra, exercem a ação mais decisiva nesse sentido”. (DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos...*, p. 240-241). Anote-se que tais conclusões, que explicitam em parte as correlações que Duverger estabeleceu entre os sistemas de partidos e os eleitorais, foram recepcionadas pela doutrina que versa sobre o tema como referencial, a exemplo do que BASTOS denominou “leis tendenciais”. (BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil...*, p. 600).

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 398.

¹²⁹ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos...*, p. 243.

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 399.

¹³¹ Resolução nº 22.526/2007.

¹³² KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹³³ Olavo Brasil de LIMA JÚNIOR, *Instituições políticas democráticas: o segredo da legitimidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 63.

“o fenômeno partidário permeia todas as instituições político-governamentais (*sic*), como o princípio da separação dos poderes, o sistema eleitoral, a técnica da representação política”, a ponto de destinarem-se a assegurar a autenticidade do sistema representativo. São reconhecidos “canais por onde se realiza a representação política do povo, desde que, no sistema pátrio, não se admitem candidaturas avulsas (...)”¹³⁴.

Marcelo Caetano, por sua vez, fornece interessante ponto de vista sobre o que denominou *partidocracia*:

Contesta-se, já então de muito tempo, e vigorosamente, a democracia dos partidos ou *partidocracia*, isto é, o que se crê seja a excessiva intervenção dos partidos na gerência da *res pública*. Afirma-se terem eles se tornado sucedâneo das oligarquias, e, assim, monopolizando em seu proveito os benefícios do Poder, transmutando em geral o interesse próprio. São acusados de maniqueístas, ao pretenderem encarnar o bem, enquanto na oposição, acometendo ao governo a encarnação do mal. Se pluripartidária a base do governo, barganham “*acordos precários (dos quais) cada partido (extrai) o máximo de proveito com o mínimo de responsabilidades, para não comprometer as suas probabilidades de um dia governar sozinho*”¹³⁵ (Destaque no original).

Tal posição se alinha com aquelas que consideram a atuação partidária como tendente a *ameaçar o Estado* ou a *corromper e/ou particularizar a vontade geral*¹³⁶, o que contraria a lógica do regime democrático, institucionalizado com vistas à aglutinação da vontade coletiva para a formação da vontade estatal¹³⁷.

Por tal motivo, o sentido da denominada *partidocracia* deve emergir das seguintes premissas: a) os partidos políticos foram sendo reconhecidos pelas Constituições a partir do século XX; e b) assistia-lhes a tarefa de realizar a representação política, em correspondência com a idéia de representatividade. Desta feita, os partidos políticos são elevados à condição de garantidores do sistema democrático¹³⁸. Nesse sentido, Canotilho afirma que o *princípio democrático* se assenta no pluralismo político, pelo que, conseqüentemente, a democracia somente

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 408. Frise-se que tal ficou explícito ao pressupor a filiação partidária como condição de elegibilidade – CF, art. 14, §3º, V. (Id).

¹³⁵ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

¹³⁶ Torquato JARDIM registra: “GEORGE WASHINGTON, no seu discurso de despedida à Nação (*“Farewell Address”*, 1976), **advertiu sobre a ameaça que os partidos políticos representavam para o Estado, o quanto dividiam e agitavam o povo**”; que ROSSEAU **os condenava no Contrato Social, pelo quanto corrompiam e particularizavam a vontade geral**; e que o **Código Penal Francês de 1810 os proscrevia** (art. 291). (Grifo nosso). JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo...*, p. 94.

¹³⁷ Nesse sentido MEZZARROBA Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro...*, p. 131-149.

¹³⁸ MEZZARROBA Orides, *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro...*, p. 156 e 158.

pode ser entendida como democracia com partidos e o Estado constitucional somente poderá se caracterizar como um Estado constitucional de partidos¹³⁹.

Pela mesma razão, ao se falar em *partidocracia* no regime político vigente, está-se a falar de *Estado de Partidos* no âmbito de uma democracia¹⁴⁰, vez que se trata de modelo que toma como ponto de partida a exigência do ambiente democrático para sua implementação¹⁴¹. Tal se denomina *Democracia de Partidos*.

Verifica-se que a discussão travada nessa direção passa tanto pelo aspecto funcional desses “corpos intermediários” – contida na dimensão política dos partidos políticos, quanto pelo aspecto orgânico – contido em sua dimensão jurídica, o será tratado nos itens a seguir.

1.2 O CARÁTER POLÍTICO DOS PARTIDOS POLÍTICOS

É certo que o estudo sobre partidos políticos engloba “diferentes enfoques científicos”¹⁴², razão porque podem ser analisados sob diversas dimensões, sejam elas a sociológica, a política e a jurídica.

Aqui interessa a segunda dimensão que não poderia advir, senão, do fato de que “o partido nasce e se mantém na esfera do poder político”¹⁴³.

Antes de serem institucionalizados, ou seja, de se tornarem reconhecidos pelas Constituições¹⁴⁴, os partidos políticos representavam apenas uma realidade sociológicopolítica¹⁴⁵.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 315.

¹⁴⁰ Esse esquema político abarca o que DUVERGER denominou de organização externa de partidos, isto é, “a relação entre os partidos existentes em uma mesma nação” – “sistema de partidos”. (DUVERGER, Maurice. *Sociologia política*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 358).

¹⁴¹ Ao contrário, poderia simplesmente ser denominado *Estado de Partidos* em um ambiente não democrático, a exemplo durante o regime militar no Brasil, à vez que o regime de 1964 a 1984, não suprimiu a representação política.

¹⁴² RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral...*, p. 213.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 299.

¹⁴⁴ Nesse sentido BASTOS:

“O Estado liberal implantado nos fins do século XVIII foi avesso ao reconhecimento do direito de associação. Este chegou, mesmo, a ser vivamente combatido. Preferia-se ver no indivíduo isolado o único sujeito da relação política.

Gradativamente, contudo, essa posição foi-se alterando. Inicialmente, tolerou-se o direito de associação, desde que, contudo, não fosse para fins políticos, sendo esta tida como pessoa de direito privado.

Surgiram dos que denomina facções, originárias da Grécia antiga enquanto grupamento de homens livres organizados para manifestar posição favorável ou contrária a determinadas personalidades. Não detinham, com obviedade, estrutura orgânica, dotada de princípios programáticos¹⁴⁶.

A organização política medieval rechaçava qualquer forma de organização política composta por indivíduos. A influência para a tomada de decisões políticas pela Coroa era dos senhores feudais e do clero pelo que os servos e camponeses e mais tarde a burguesia ascendente restavam excluídos das deliberações políticas públicas. Ademais, não tinham espaço associações denominadas partidos políticos tal como atualmente a concebemos, pois não havia como se falar em ascensão dos cidadãos no poder, em razão da forma hereditária de sucessão e do número restrito de servidores no sistema político¹⁴⁷.

Ao passo que diferentes segmentos sociais alcançaram autonomia e consciência de agregação corporativa, ainda que no sentido de autodefesa contra algum tipo de exploração, os primeiros agrupamentos políticos surgiram. Nessa linha, a esses grupamentos não interessaria implantar qualquer política de governo¹⁴⁸. Registre-se que eles representavam associações de fato¹⁴⁹.

No Brasil, surgiram grupos associativos, com a finalidade de aglutinação de interesses de determinadas categorias sociais à época do Império; no século XIX, no cenário dos latifúndios agrícolas e escravocratas, se identificaram primeiramente as facções políticas, voltadas a atender predominantemente os interesses sociais de certas categorias¹⁵⁰.

O direito parecia ignorar, sistematicamente, os fatos que já na segunda metade do século passado apontavam a existência relevante dos partidos como protagonistas da cena política, na qual não eram os indivíduos atores exclusivos.

É no primeiro pós-guerra que vai se constatar a jurisdicização dos partidos políticos. Algumas Constituições, ainda que de forma tímida e indireta, fazem alusão a essas entidades como sujeitos ativos da vida eleitoral e parlamentar” (Grifo nosso). (BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 599).

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 314 e 315.

¹⁴⁶ MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro...*, p. 87.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 88.

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ KLEIN, Antonio Carlos. *A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.44.

¹⁵⁰ FRANCO, Afonso Arinos de Melo, *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*, 3 ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1980, p. 22-77.

Bem apresenta Mezzaroba, que a Teoria dos *Partidos* procura explicar o surgimento das organizações políticas em âmbito geral, por meio da identificação de dois processos teóricos paralelos, interna e externamente¹⁵¹, ao surgimento e consolidação do parlamento¹⁵².

Pelo processo interno, os primeiros agrupamentos políticos surgiram pelo fracionamento do parlamento e passaram a articular o apoio de segmentos sociais para serem por eles representados. Com a ampliação da atividade do parlamento, os parlamentares agruparam-se em segmentos ideológicos, visando uma melhor atuação. Com a extensão do sufrágio popular, tais segmentos foram enquadrados nos denominados comitês eleitorais. Enquanto os grupos parlamentares ficavam responsáveis pelas atividades e propostas, os comitês eleitorais eram responsáveis pela reunião do apoio popular. Assim, os partidos políticos teriam se originado a partir dos grupos parlamentares e comitês eleitorais¹⁵³.

Pelo processo externo, os primeiros agrupamentos políticos surgiram independentemente do parlamento – precedendo-os, concatenando a organização social com a vontade dos indivíduos que desejavam participar das decisões políticas. Teriam se apresentado, portanto, como uma “forma de agregação

¹⁵¹ Ibid., p. 89.

¹⁵² A consolidação do parlamento dá-se concomitantemente com a do sistema representativo, que notadamente teve a Inglaterra como precursora.

Nesse país, à época do século XII o rei inglês era auxiliado por um órgão denominado *Concilium* - do qual faziam parte barões e vassalos importantes da coroa. Este órgão era meramente opinativo, sem poder decisório, salvo em matéria judicial quando funcionava como Corte Superior. O *Concilium* era conhecido como Parlamento. A partir do século XIII tal órgão passou a reunir-se periodicamente e a seu critério emanava a decisão sobre atender ou não as reivindicações reais para o aumento de impostos. Desde a edição da Magna Carta, fixou-se que nenhum imposto ou aumento de subsídio ocorreria sem a aprovação do mesmo órgão.

Evolucionalmente, o que já se denominara *Magnum Concilium*, transformou-se em um dos ramos do sistema representativo da Inglaterra, enquanto a representação popular, que no início fora identificada com a burguesia iria centrar-se na Câmara dos Comuns. Fato é que na segunda metade do século XIII, o Parlamento tornou-se amplamente representativo, em detinha assento representantes de todas as camadas da nação: nobreza, clero e burguesia.

Gradualmente, o poder do rei foi transferindo para o parlamento, do que se dá a consolidação do sistema representativo. O marco temporal é o ano da Revolução Gloriosa, em 1688, quando fixadas as bases do regime representativo pela transferência dos poderes do povo para os governantes. Daqui os princípios básicos do regime representativo: a transferência dos poderes do povo mediante eleições, representação integral dos eleitos por parte dos eleitos, a liberdade dos mandatários no exercício do mandato; e a temporariedade destes. (Grifo nosso). BASTOS, Celso Ribeiro, BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil...*, p. 576.

¹⁵³ MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro...*, p. 89.

ideológica para a defesa de uma condição humana e para remover determinadas concepções históricas que a deformam”¹⁵⁴.

De fato, tal divisão teórica parte de marco teórico referencial do século XX acerca da teoria dos partidos políticos¹⁵⁵. Maurice Duverger leciona sobre a *origem eleitoral e parlamentar dos partidos*, dispondo que¹⁵⁶:

Uma vez nascidas essas duas células-máter, grupos parlamentares e comitês eleitorais, foi suficiente que se estabelecesse uma coordenação permanente entre estes e que vínculos regulares os unissem àqueles para que se encontre em face de um verdadeiro partido. Geralmente foi o grupo parlamentar que desempenhou o papel essencial nessa última fase. Na cúpula, o grupo coordenava a atividades dos deputados, porém, cada um deles se esforçava, por outro lado, para desenvolver os laços com seu próprio comitê eleitoral, do qual dependia a futura renovação do seu mandato: de modo que os diversos comitês as acham federados indiretamente pela colaboração de seus eleitos no âmbito do grupo parlamentar. Basta, portanto, que essas relações passem do plano pessoal para o institucional para que o ato de surgimento de um partido seja oficialmente instituído: **mas**

¹⁵⁴ CERRONI, Umberto. *Teoria do partido político...* Trad. Marco Aurélio Nogueira e Sílvia Anette Kneip. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1982, apud. MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro...*, p. 90.

¹⁵⁵ Afirma Bonavides serem três as obras referenciais: *La democratic et l'organisation des partis politiques* (Moïsei Ostrogorsky), *Les Partis politiques: essai sur les tendances* (Robert Michels), e *Les partis politiques* (Maurice Duverger).

¹⁵⁶ Outros elementos permitem chegar-se a tais conclusões:

(...) criação de grupos parlamentares, de início; surgimento de comitês eleitorais, em seguida; enfim, o estabelecimento de uma ligação permanente entre esses dois elementos. Na prática, a pureza desse esquema teórico é modificada de diversas formas. Os grupos parlamentares geralmente vem à luz antes dos comitês eleitorais: com efeito, houve assembléias políticas antes que se realizassem eleições. Ora, grupos parlamentares são concebíveis no âmbito de uma Câmara autocrática bem como de uma Câmara eleita: na realidade, a luta das “facções” geralmente se tem manifestado em todas as assembléias hereditárias ou cooptadas, quer se tratasse do Senado da Roma clássica, quer da Dieta da antiga Polônia. Certamente, quem diz “facção” ainda não diz “grupo parlamentar”: entre os dois, existe toda a diferença que separa o inorgânico do organizado. Mas o segundo decorre da primeira, por uma evolução mais ou menos rápida.

Ao lado dos fatores locais e dos fatores ideológicos, é preciso dar lugar ao interesse: por exemplo, certos grupos têm um caráter mais ou menos nítido de sindicato de natureza parlamentar. A preocupação pela reeleição naturalmente desempenhou importante papel: jamais desaparece inteiramente de grupos parlamentares, mesmo tendo alcançado a maturidade. Evidentemente, as técnicas do escrutínio que exigem um esforço coletivo, notadamente o escrutínio de lista e a representação proporcional, reforçam essa tendência natural: em certos países (Suíça, Suécia), a formação dos primeiros grupos parlamentares realmente organizados coincide com a adoção do sistema proporcional. A esperança de um posto ministerial constitui igualmente fator importante de aglutinação de energias parlamentares: vários grupos do centro nas assembléias francesas não são outra coisa que coalizões “ministráveis”. (...).

O advento dos comitês eleitorais no país está diretamente ligado à extensão do sufrágio popular que a torna necessário o enquadramento de novos eleitores. A adoção do sufrágio universal, por exemplo, acarretou o crescimento dos partidos socialistas no início do século XX, na maioria dos países europeus. Todavia, essa ampliação mecânica do sufrágio não constitui o único fator do nascimento dos comitês: o desenvolvimento dos sentimentos igualitários e a vontade de eliminação das elites sociais tradicionais formam ali um outro, sem o qual o primeiro não teria agido. (...).

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*, 2 ed., trad. Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 20-26.

Id.

esse registro jurídico dos fatos é menos importante que seu encadeamento prático¹⁵⁷ (Grifo nosso).

No que diz respeito à *origem externa dos partidos políticos*, Duverger assinala que:

Examinando a Gênese dos partidos no quadro eleitoral e parlamentar, já se observou a intervenção de organismos externos nesse quadro: sociedades de pensamento, clubes populares, jornais, por exemplo. A distinção entre os partidos de criação externa e os partidos de criação eleitoral e parlamentar não é rigorosa: ela caracteriza antes tendências gerais do que tipos definidos, de forma que sua aplicação prática é às vezes difícil. Em um número bastante grande de casos, contudo, o conjunto de um partido é essencialmente estabelecido por uma instituição pré-existente, cuja própria atividade se situa fora das eleições e do parlamento: **pode-se, portanto, falar adequadamente de criação exterior**.¹⁵⁸ (Grifo nosso).

Nestes termos, pode-se sustentar a conclusão infirmada pelo autor com base na seguinte passagem:

Em seu conjunto, o desenvolvimento dos partidos parece associado ao da democracia, isto é, à extensão do sufrágio popular e das prerrogativas parlamentares. Quanto mais as assembléias políticas vêm desenvolver-se suas funções e sua independência, tanto mais os seus membros se ressentem da necessidade de se agruparem por afinidades a fim de agirem de comum acordo; quanto mais o direito de voto se estende e se multiplica, tanto mais se torna necessário enquadrar os eleitores por comitês capazes de tornar conhecidos os candidatos e de canalizar os sufrágios em sua direção. O nascimento dos partidos encontra-se, portanto, ligado ao dos grupos parlamentares e comitês eleitorais. Não obstante, alguns manifestem uma natureza mais um menos aberrante em relação ao esquema geral: sua gênese situa-se fora do ciclo eleitoral e parlamentar, formando essa exterioridade, aliás, seu caráter mais nítido¹⁵⁹ (Grifo nosso).

Fixadas tais premissas, pode-se afirmar que o termo “partido” preexiste à democracia liberal¹⁶⁰. Com efeito, “nos regimes anteriores, ele designa um clã

¹⁵⁷ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos...*, id.

¹⁵⁸ Ibid., p. 26.

¹⁵⁹ Ibid., p. 26.

¹⁶⁰ Casos particulares devem ser destacados em razão da influência exercida no contexto global: Na Inglaterra, até a metade do século XVII, empregava-se o termo partido para denominar-se uma facção social, agrupamento muito mais amplo que o partido político atual. Após 1860 se firmou naquele país a doutrina de aceitação da oposição política, isto é, a doutrina básica da democracia de que os inimigos do Governo não são inimigos do Estado e que um opositor não é por isso um rebelde. Assim, apareceram dois grupos: os *tories* – que representavam os remanescentes do feudalismo agrário e os *whigs* – defendendo as forças urbanas e capitalistas mais liberais. No início do século XVII, no reinado da rainha Ana, surgira a necessidade do governo obter posições políticas, ao passo do princípio do governo, pela Coroa, mediante a maioria do parlamento. A partir do século XIX, após a reforma *Bill* de 1832, a Inglaterra lançou-se mão da prática contida do sistema dos partidos políticos quando, com a Câmara dos Comuns, consolidou-se uma maioria para a defesa dos interesses da produção econômica capitalista.

constituído em torno de personagens importantes: um poderoso senhor feudal, um cortesão de prestígio, um príncipe de sangue, etc. Os verdadeiros partidos, no moderno sentido da palavra, nasceram com os parlamentos e as eleições, cujo funcionamento deles precisa”¹⁶¹.

Como visto, os grupos parlamentares são os primeiros elementos determinantes para a formação dos partidos. O segundo é constituído pelos comitês eleitorais que são formados em cada circunscrição para patrocinar candidatos. Desse modo, tem-se que as pessoas influentes e respeitadas de cada comunidade reuniam-se para escolher e atestar perante a população aqueles que seriam dignos de representar determinada localidade, para o que reuniam os fundos necessários e realizavam a campanha eleitoral¹⁶².

Os comitês constituídos tendiam a se manter ativos após a eleição, “uns para cobrar e garantir a fidelidade dos eleitos às suas promessas, outros para preparar a ‘revanche’ dos derrotados”¹⁶³ como assinala Duverger. Dessa forma, tem-se que os comitês eleitorais da mesma tendência agruparam-se em uma organização nacional, pelo que, estava-se diante do que se denomina atualmente “partido político”.

De outro vértice, para o alcance do objetivo proposto pelo presente trabalho, deve-se registrar outro aspecto do fenômeno partidário: o político. Sem qualquer margem para dúvidas, o fenômeno consistente no surgimento dos partidos políticos na acepção do termo constitui marca contida do seu caráter político.

Nesse sentido, basta questionar sobre a finalidade pela qual teriam sido instituídos os mesmos agrupamentos e acerca dos objetivos que perseguem historicamente. Ao lado da análise estrutural, seja aquela dos partidos políticos “em sua organização”, que Duverger refere quando estuda o tema sob a ótica da sociologia política¹⁶⁴, cabe uma análise funcionalista¹⁶⁵.

Nos Estados Unidos, os partidos políticos surgira praticamente com a própria democracia, no século XVIII. Na disputa entre Adams e Jefferson, se delinearão as primeiras agremiações políticas. Na ideologia impressa pelo primeiro, encontra-se o Partido Federalista, antepassado do partido Republicano, e na impressa pelo segundo, do Partido Republicano, após, cindido no denominado partido Republicano Nacional e Democrático. (FRANCO, Afonso Arinos de Melo, op. cit., p. 12-22).

¹⁶¹ DUVERGER, Maurice. *As Modernas Tecnocracias*. Trad. Natanael Caixeiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 74.

¹⁶² Id.

¹⁶³ Ibid., p. 75.

¹⁶⁴ DUVERGER, Maurice. *Sociologia política...*, p. 358.

As mesmas facções (que dividiam as repúblicas antigas), os clãs (que se agrupavam em torno de um *condottiere* na Itália da Renascença), os clubes (onde se reuniam os deputados das assembleias revolucionárias), os comitês (que preparavam as eleições censitárias das mesmas assembleias), bem como as vastas organizações populares que enquadram a opinião pública nas democracias modernas, desempenharam o papel “de conquistar o poder político e exercê-lo!”¹⁶⁶.

O objetivo permanente da conquista e exercício do poder político¹⁶⁷, confere a esses entes a especialização comum do combate político que se converte em função fundamental¹⁶⁸.

Na definição de Canotilho, os partidos políticos funcionam com inegável influência na mobilização de cidadãos, na organização de diversidades ideológicas, na aglutinação de interesses de grupos e classes sociais¹⁶⁹. Nesse sentido, pode-se afirmar que funcionam como “canais de expressão”, pois servem como “instrumentos de representação dos cidadãos”, organizadores das vontades individuais¹⁷⁰.

Por tais razões constituem “corpos intermediários”¹⁷¹ entre o povo e o Estado, vez que “responsáveis pela canalização da vontade do primeiro para o segundo, caracterizado como centro das decisões políticas”¹⁷².

Eis a sua dimensão política. Na definição de Ribeiro “O partido é instrumento de relevante importância na dinâmica do poder político, contribuindo à interação entre o governante, e governados no esquema do regime representativo”¹⁷³. Revela-se como “força coletiva de ativação do processo político”,

¹⁶⁵ Walter Costa Porto exorta o exame das funções dos partidos políticos, o que abrange ao mesmo tempo a análise de suas atividades e as consequências dessas ações para a sociedade. (DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos...*, apresentação).

¹⁶⁶ Ibid. p. 19.

¹⁶⁷ Registre-se a existência dos denominados grupos de pressão (jornais, emissoras de rádio e televisão, etc.) que, ao lado dos partidos políticos, constituem-se das principais organizações destinadas a se porem em luta por combates políticos. As diferenças marcantes entre ambas consistem, brevemente, no fato de, ao passo de que os partidos políticos têm por objeto direto conquistar o poder e participar de seu exercício, os grupos de pressão não o pretendem diretamente, mas sim obter influência sobre aqueles que detêm o poder; a segundo, enquanto os primeiros se fundam em uma solidariedade geral, os segundos em solidariedades particulares; a terceiro, que o conceito do primeiro seria relativamente preciso, enquanto dos segundos não (DUVERGER, Maurice. *Sociologia política...*, p. 356).

¹⁶⁸ Ibid., p. 355.

¹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 314.

¹⁷⁰ MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro...*, p. 104-105.

¹⁷¹ Resolução nº 22.526/2007-TSE.

¹⁷² MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro...*, p. 86.

¹⁷³ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral...*, p. 222.

e como “elemento necessário à luta em termos políticos pela conquista ou manutenção do poder”.

Tais instituições não compõem o aparelho estatal, mas sim, participam do quadro institucional do Estado moderno, primeiramente, por serem indispensáveis ao funcionamento do poder de sufrágio e, ainda, em razão de seu relacionamento com as instituições políticas¹⁷⁴.

Os partidos políticos são definidos por Bonavides como “uma organização de pessoas que inspiradas por idéias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para a realização dos fins propugnados”¹⁷⁵.

Silva os define como “forma de agremiação de um grupo social que se propõe a organizar, coordenar e instrumentalizar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo”¹⁷⁶.

Ainda, sob o aspecto funcional, o Min. Carlos Mário da Silva Velloso assevera que a sua finalidade é a de “servir como elo entre o exercício de poder e a população, aumentando a participação dos cidadãos nas decisões políticas”¹⁷⁷.

Em síntese, pode-se concluir que a função precípua dos partidos políticos, sob a dimensão política, seja a de possibilitar a veiculação da democracia representativa. Esta dimensão se alinha com a dimensão jurídica, como será analisado nos tópicos seguintes.

1.3 REGIME CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Em diferentes termos, a institucionalização jurídica dos partidos se dá enquanto a sua **realidade política** torna-se reconhecida constitucionalmente e os partidos passam a deter funções previstas nas Constituições¹⁷⁸.

Importa frisar que o processo de institucionalização jurídicoconstitucional dos partidos políticos rompeu com o paradigma vigente, resgatando esses entes da condição marginal à ordem estatal¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Ibid., p. 223.

¹⁷⁵ Paulo BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.346.

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 394.

¹⁷⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva, AGRA, WALBER de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

¹⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 314-316.

O paradigma liberal apontava para a falta do reconhecimento das estruturas partidárias, apesar de a realidade fática conferi-las maior soma de poderes nos mecanismos representativos¹⁸⁰.

Em razão de sua imposição como realidade social e política, os partidos foram combatidos duramente pelos filósofos políticos liberais. Entre esses, David Hume condenava-os fortemente no plano teórico, alegando a sua contrariedade à ordem do Estado, ao império da lei, à solidariedade e à cooperação dos cidadãos¹⁸¹.

Por sua vez, Triepel demarcava quatro etapas na trajetória dos partidos políticos, quais sejam: luta, ignorância e incorporação¹⁸².

Para Alexis de Tocqueville os partidos “eram um mal inerente aos governos livres”, cuja atuação “modificavam a sociedade, os pequenos agitam-na; uns a dilaceram-na, outros a depravam; os primeiros a salvam às vezes perturbando-a salutarmente, os segundos a perturbam sempre, sem proveito”¹⁸³.

James Madison afirmou que “causas da facção não podem ser removidas, restando procurar remédio nos meios de controlar seus efeitos”¹⁸⁴.

Segundo Ribeiro, Madison considerava o partido uma “enfermidade que contagia o corpo político, da qual somente poderia se defender, sem por em risco a liberdade, com a estrutura federativa”¹⁸⁵.

A despeito dos partidos políticos deterem fixadas as suas bases como forma de exercício da liberdade de associação, o legislador liberal, como dito, preferia ignorá-los, reputando-os fenômeno extraconstitucional¹⁸⁶.

No Brasil, essas bases foram fixadas pelo fenômeno partidário, enquanto modernamente concebido, desde o período imperial, sob a égide da primeira Constituição brasileira, de 1824 – outorgada, até o advento da Constituição de 1946,

¹⁷⁹ JELLINEK, George. *Allgemeine staatslesre*. 3. ed., p. 114, apud., CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 315.

¹⁸⁰ FÁVILA. *Direito Eleitoral...*, p. 232.

¹⁸¹ SILVA, José Afonso da: In *Direito Constitucional Brasileiro...*, p. 398.

¹⁸² TRIEPEL, apud, RIBEIRO, FÁVILA. *Direito Eleitoral...*, p. 231.

¹⁸³ TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*. Trad. Neil R. da Silva. Belo Horizonte, Editora Limitada, 1962, p. 136, apud, RIBEIRO, FÁVILA. *Direito Eleitoral...*, p. 231.

¹⁸⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005, p. 80

¹⁸⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John; apud RIBEIRO, FÁVILA. *Direito Eleitoral...*, p. 231.

¹⁸⁶ SILVA, José Afonso da: In *Direito Constitucional Brasileiro...*, p. 399.

que definitivamente institucionalizou os partidos políticos, conforme registra Franco¹⁸⁷.

¹⁸⁷ No Império **formaram-se o Partido Liberal e o Conservador**.

Em 1824 foi outorgada a primeira Constituição brasileira.

O partido Liberal, representando o capitalismo comercial e as profissões liberais, começa a se organizar após a abdicação e torna-se maioria quando impõe que, por meio do Ato Adicional, implante-se a idéia do federalismo, e se promovesse a reforma da Constituição.

O partido Conservador, que representava interesses dos produtores agrícolas, especialmente a cultura do café, começou a se firmar nas eleições de 1836, quando conseguiu maioria na Câmara, para a legislatura de 1838-1841, após um declínio da ala liberal, o que o fez consolidar-se com a interpretação do Ato Adicional, conhecida como lei número 105.

O processo histórico da formação dos partidos obteve o florescimento e o amadurecimento de seus frutos. O liberalismo conquistara o máximo possível de federalismo com o Ato Adicional. O conservadorismo corrigira os excessos federais com a lei de interpretação e o funcionamento do Conselho de Estado.

Nos 10 anos que se seguiram, com a maioria do Imperador, ocorreu um período de estabilidade social, conhecido pelos historiadores como Conciliação entre os partidos opositores; em que conservadores e liberais exerceram o poder de forma quase harmoniosa, ainda que com predomínio dos primeiros.

Após tal período da Conciliação, por volta de 1860, ocorreram determinadas mudanças nos cenários interno e externo, tais como a expansão do capitalismo financeiro internamente, o que findou por traçar novos rumos à política nacional. Nesse contexto, **proclamou-se a fundação do Partido Progressista**, que na verdade, era muito mais uma liga unindo conservadores moderados e os liberais. Para se opor a esta facção, **surgiu o denominado Partido Histórico**, reivindicando as antigas aspirações democráticas da Regência o que, mais tarde, culminaria no partido Republicano.

Em resposta a uma atitude radical do Imperador, que em 1886 substituiu o Gabinete progressista por um outro totalmente conservador, **fundou-se o Partido Liberal**, tendo seu programa publicado no jornal "A Reforma". Tal programa inovava às idéias sobre o desenvolvimento da democracia, as liberdades individuais e políticas. No campo político, eleição direta, temporariedade do Senado, restrições ao poder da polícia, descentralização com maior autonomia, das províncias, reforma do Conselho de Estado, garantias à liberdade religiosa, independência do Judiciário, redução das forças militares, abolição da guarda nacional e do recrutamento, limitação do poder do clero; no campo econômico, emancipação gradual dos escravos, melhoramento da situação do operariado, derrogação de monopólios e privilégios econômicos, liberdade de comércio e indústria; no campo cultural, incremento organização e ampla liberdade de ensino.

O **Partido Republicano surgiu ao final do Império**, influenciado por acontecimentos internos como a Federação, a necessidade de mudanças na política para a garantia da economia do café, a influência do positivismo na cultura e no exército que, impregnado de novas idéias, se organizou para tomar o poder.

Na república, já em seu início, frustrados com a experiência política dos partidos na época do Império, a maioria republicana se manifestava contrária aos partidos nacionais.

No contexto da negativa dos partidos Nacionais o governo precisava adotar outra forma de legitimação que lhe garantisse a manutenção no poder. Esta se fixou por meio dos **partidos estaduais e a política dos governadores**, exercido especialmente pelos partidos Republicanos de Minas Gerais e São Paulo, que à época, representavam o centro econômico do país em razão da cultura cafeeira. Foram essas bancadas estaduais que garantiam o poder do chefe de Estado. A política dos Governadores teve fim com o declínio da economia cafeeira e o movimento tenentista, o que conferiu espaço necessário à expansão da mentalidade partidária nacional e a reforma eleitoral. Nesse contexto, a exprimir os anseios da reforma, **surge o Partido Democrático Nacional**.

Anteriormente à Constituinte de 1934 foi promulgado o Decreto 21.076, de 24/05/32, que reconhecia a existência dos Partidos políticos e regulava o seu funcionamento, permitindo, no entanto, a candidatura avulsa.

A Constituição de 1934 manteve os partidos estaduais, mas confirmou o sistema proporcional e a Justiça Eleitoral. Por outro lado, adotou o hibridismo da representação profissional no âmbito das Assembleias eleitas por sufrágio universal, o que importava na criação de uma grande bancada apartidária.

Não obstante, a crescente importância do fenômeno fez com que a sua realidade fosse incorporada nas leis eleitorais, nos regulamentos parlamentares e, por fim, nas Constituições, nesta ordem sucessiva¹⁸⁸.

No entanto, os partidos políticos somente adquiriram dimensão nacional e receberam tratamento jurídico com o advento do primeiro Código Eleitoral Brasileiro, instituído pelo Decreto nº 21.075, de 24/02/1932, durante o Governo Provisório de Getúlio Vargas que, a despeito de lhe outorgar existência jurídica, facultava o registro de candidaturas avulsas¹⁸⁹.

Nesta senda, os partidos políticos receberam reconhecimento indireto pela Carta de 1934¹⁹⁰. Já em novembro de 1937 todos os direitos previstos pelo texto constitucional ficaram suspensos, com a outorga, por Vargas, da Nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil – Estado Novo. Com a decretação do Estado Novo instaurou-se um governo forte e centralizador que não tolerou a formação de forças políticas que se opusessem aos objetivos do governo. O Chefe do Governo somente precisaria prestar contas ao povo brasileiro, diretamente, sem intermediação de

Nessa Carta, os Partidos políticos ainda são tratados de maneira indireta, e não são reconhecidos como entidades definidas, mas, simplesmente correntes de opinião.

Também, e nesse contexto, que surge o partido Socialista Brasileiro, pioneiro ao defender os direitos do trabalho e a classe trabalhadora.

No contexto de um totalitarismo mundial, tanto fascista, quanto socialista, às disputas partidárias foi atribuída porção de responsabilidade nas desgraças nacionais; razão porque a Constituição de 1937 dissolveu os partidos políticos.

À época **foi fundado o Partido Integralista**, organização nacional que mais se assemelhava às tendências totalitárias expressadas no contexto mundial. Opondo-se a ele estava o partido Socialista, que, no entanto, somente veio a ser reconhecido ao final do período ditatorial, em 1946. Todavia, tais agremiações eram muito mais expressões das duas tendências globais do que forças políticas nacionais organizadas.

A participação do Brasil na segunda guerra mundial, ao lado dos Aliados, definiu os rumos políticos no período pós Constituição de 1937, enfraquecendo o totalitarismo nacional e culminando com o fim do Estado Novo.

Antes disso, porém, o Governo incorporou à legislação nacional, importantes medidas para vida partidária nacional, tais como o alistamento eleitoral e as eleições gerais por meio do Decreto nº 7.586, de 28/05/ 1945. Este permitia a fundação de um partido político mediante a comprovação da existência de 10 mil aderentes, tornando obrigatório o âmbito nacional dos partidos, desde que os 10 mil eleitores estivessem distribuídos em, pelo menos, 5 Estados da Federação.

Com a Constituição de 1946, se institucionaliza definitivamente a figura dos partidos políticos, nos termos de seu artigo 134: “O sufrágio é universal e direto; o voto é secreto e fica assegurada a representação proporcional dos partidos políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer”. Ocorre, porém, que fora vedada, pelo texto constitucional, a instituição de impostos sobre bens e serviços dos partidos políticos. A Garantida a representação proporcional nas comissões permanentes do Congresso fora-lhes permitido, também, enquanto pessoas jurídicas, de deterem quotas de empresas jornalísticas e de rádio difusão (Grifo nosso) (FRANCO, Afonso Arinos de Melo, *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*, 3 ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1980, p. 22-82).

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso da: In *Direito Constitucional Brasileiro...*, p. 399.

¹⁸⁹ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral...*, p. 233.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da: In *Direito Constitucional Brasileiro...*, p. 400.

classes, facções ou partidos políticos. O texto constitucional de 1937 extinguiu as disposições sobre o partido político e impôs observações que inviabilizassem iniciativas que pretendessem organizar novas agremiações com conotações políticas, em especial, se os ideais fossem contrários aos objetivos do Governo, prevendo pena de morte para tais casos¹⁹¹.

A Constituição de 1946, como se reafirma, foi a Constituição que cristalizou à disciplina das organizações partidárias a partir da redemocratização operada em 1945¹⁹². Em seu texto, reconheceu, formalmente, a importância dos partidos políticos em um ambiente democrático e representativo¹⁹³.

Em 1965, o Regime Militar editou a Lei 4.740 regulando a reforma dos partidos, primeira Lei Orgânica dos Partidos Políticos. No seu conjunto, a Lei procurava estabelecer regras rígidas para impedir a criação de novos partidos e reduzir o número daqueles já registrados¹⁹⁴.

A Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1965 destacava-se por uma inovação importante: havendo o cancelamento do registro do Partido, os seus representantes permaneceriam com o mandato, exceto se o cancelamento estivesse

¹⁹¹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo, *História e teoria dos partidos políticos no Brasil...*, p. 22-82.

¹⁹² Id.

¹⁹³ Art 40 - A cada uma das Câmaras compete dispor, em Regimento interno, sobre sua organização, polícia, criação e provimento de cargos.

Parágrafo único - Na constituição das Comissões, assegurar-se-á, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos nacionais que participem da respectiva Câmara.

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

§ 13 - É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.

ADCT

Art 11 - No primeiro domingo após cento e vinte dias contados da promulgação deste Ato, proceder-se-á, em cada Estado, às eleições de Governador e de Deputados às Assembléias Legislativas, as quais terão inicialmente função constituinte. (...).

§ 3º - Os partidos poderão inscrever, em cada Estado, para a Câmara federal, nas eleições referidas neste artigo, mais dois candidatos além do número de Deputados a eleger. Os suplentes que resultarem dessa eleição substituirão, nos casos mencionados na Constituição e na lei, os que forem eleitos nos termos do 2º e os da mesma legenda cuja lista de suplentes se tenha esgotado.

§ 4º - Não será permitida a inscrição do mesmo candidato por mais de um Estado.

§ 5º - O Tribunal Superior Eleitoral providenciará o cumprimento deste artigo e dos parágrafos precedentes. No exercício dessa competência, o mesmo Tribunal fixará, à vista de dados estatísticos oficiais; o número de novos lugares na representação federal, consoante o critério estabelecido no art. 58 e §§ 1º e 2º, da Constituição. (...). Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>.

31/06/2009.

¹⁹⁴ Id.

fundamentado na violação do regime democrático, na pluralidade partidária ou na garantia dos Direitos do Homem. Nesses casos, o representante não teria o seu mandato cassado se provasse a sua contrariedade à orientação partidária que motivou o cancelamento do registro. Com esse mecanismo, a Lei enfraqueceu o comprometimento dos militantes, bem como o instituto da fidelidade partidária¹⁹⁵.

Por meio do Ato Institucional nº 2, de 27/10/65, o governo militar extinguiu os partidos políticos. Após, determinou como as novas organizações políticas deveriam ser constituídas, prevendo a imposição do sistema bipartidário com o fim precípua de ele próprio (Governo) definir e controlar o partido da situação e oposição. Ocorre que este último deveria desempenhar uma função críticaconstrutiva ao Governo, a qual, de fato, ficou comprometida. Enfim, o governo militar ficou marcado pela prática de atos antidemocráticos na tentativa de garantir sua própria legitimação¹⁹⁶.

A Constituição de 1967, por sua vez, editou um conjunto de princípios fiéis ao espírito da Lei 4.740/65, buscando inviabilizar qualquer formação de outra organização partidária que não se enquadrasse no sistema bipartidário, já existente, ou que possuísse força política regionalizada¹⁹⁷.

Em 1971 foi sancionada a Segunda Lei Orgânica dos Partidos Políticos com outros propósitos, tal como a perda de mandato por infidelidade partidária, medida

¹⁹⁵ Id.

¹⁹⁶ Id.

¹⁹⁷ Art. 152 A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

I - regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem;

II - personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos;

III - atuação permanente, dentro de programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, e sem vinculação, de qualquer natureza, com a ação de governos, entidades ou partidos estrangeiros;

IV - fiscalização financeira;

V - disciplina partidária;

VI - âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos diretórios locais;

VII - exigência de cinco por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, em sete Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles; e

VIII - proibição de coligações partidárias.

Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>.

31/06/2009.

que visava, essencialmente, impor e garantir a unidade política no bloco de apoio do governo (no caso, a ARENA)¹⁹⁸.

Em 1979, no Governo de João Figueiredo, o Regime Militar, impôs uma Reforma Partidária por meio da Lei 6.767, de 20/12/1979, regulamentada pela resolução 10.785/80 TSE. Nos termos da reforma instituída, além da extinção do sistema bipartidário, buscava-se fragmentar a oposição sem, contudo, permitir o nascimento de novos partidos. Desse modo, foram estabelecidos mecanismos rígidos que possibilitavam ao Estado controlar efetivamente as ações políticas dos partidos, o que favoreceu o PDS, sucessor da ARENA, transformado na maior organização partidária do país e no principal bloco de sustentação política militar¹⁹⁹.

Por meio do artigo segundo do diploma referido²⁰⁰, denominada **Lei Orgânica dos Partidos Políticos**²⁰¹, instituiu os partidos políticos **com a personalidade de pessoa jurídica de direito público interno**²⁰².

Olavo Brasil de Lima Júnior, em poucas palavras, esclarece o modo pelo qual o Regime Militar buscou alcançar seus objetivos, mesmo permitindo a existência de instituições partidárias:

O regime militar brasileiro, ao contrário do que ocorreu em outros países, optou pela preservação dos procedimentos eleitorais e das instituições representativas. No entanto, para manter o processo político sob estrito controle, os sucessivos governos militares utilizaram amplamente os recursos de Poder à sua disposição, reformulando a legislação eleitoral e partidária a fim de garantir o espaço e controlar a oposição²⁰³.

Clèmerson Merlin Clève registra, em síntese, a história do reconhecimento partidário pelas Constituições Brasileiras:

No Brasil a Lei Fundamental de 1946 foi a primeira a cuidar do partido político em sede constitucional. Com a Carta de 1967, os partidos tiveram seu regime estabelecido em capítulo próprio, dedicado a fixar as linhas da organização, funcionamento e extinção, regime qual, seria complementado pelo especificado em lei federal. A Emenda

¹⁹⁸ Id.

¹⁹⁹ Id.

²⁰⁰ Lei nº 6.767, de 20 de dezembro de 1979. Modifica dispositivos da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), nos termos do art. 152 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978; dispõe sobre preceitos do Decreto-Lei nº 1.541, de 14 de abril de 1977; e dá outras providências. Disponível em: <Brasil: <http://www.tre-sp.gov.br/legislacao/leis/je019.htm>>. 31/06/2009.

²⁰¹ Antes alterada pela Lei Federal 5.682/1971, e ora revogada pela Lei 9.096/1995 - em vigor.

²⁰² RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 233.

²⁰³ LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. *O Balanço do Poder: formas de dominação e representação*. Rio de Janeiro: Luperj, 1992, p.100.

Constitucional 1/69²⁰⁴ manteve a mesma orientação, tratando, porém, a matéria em capítulo próprio, e ainda introduzindo modificações ao texto originário²⁰⁵.

204 Art. 152- A organização e o funcionamento dos partidos políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978)

§ 1º - Na organização dos partidos políticos serão observados os seguintes princípios: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978)

I - regime representativo e democrático, baseado na pluralidade dos partidos e garantia dos direitos humanos fundamentais;

II - personalidade jurídica mediante registro dos estatutos;

III - inexistências de vínculo, de qualquer natureza, com a ação de governos, entidades ou partidos estrangeiros;

IV - Âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos regionais ou municipais.

§ 2º - O funcionamento dos Partidos políticos deverá atender às seguintes exigências: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978)

I - filiação ao partido de, pelo menos, 10% (dez por cento) de representantes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que tenham, como fundadores, assinado seus atos constitutivos; ou

II - apoio, expresso em votos, de 5% (cinco por cento) do eleitorado, que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, por nove Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles;

III - atuação permanente, dentro do programa aprovado pelo tribunal superior Eleitoral;

IV - disciplina partidária;

V - fiscalização financeira.

§ 3º - Não terá direito a representação o partido que obtiver votações inferiores aos percentuais fixados no item II do parágrafo anterior, hipótese em que serão consideradas nulas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978)

§ 4º - A extinção dos Partidos políticos dar-se-á na forma e nos casos estabelecidos em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978)

§ 5º - Perderá o mandato no senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja rege for eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo Partido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978)

§ 6º - A perda do mandato, nos casos previstos no parágrafo anterior, será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978)

Art. 152. É livre a criação de partidos políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)

I - é assegurado ao cidadão o direito de associar-se livremente a Partido político; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)

II - é vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)

III - é proibida a subordinação dos partidos políticos a entidade ou Governo estrangeiros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)

IV - o partido político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus Estatutos no Tribunal Superior Eleitoral; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)

V - a atuação dos partidos políticos deverá ser permanente e de âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos estaduais e municipais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)

§ 1º Não terá direito a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o Partido que não obtiver o apoio, expresso em votos, de 3% (três por cento) do eleitorado, apurados em eleição geral para a Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, 5 (cinco) Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) do eleitorado de cada um deles. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)

Importa aqui também, evidenciarem-se os princípios que regem constitucionalmente os partidos políticos, a par da autonomia, aspecto que adiante será estudado.

Nesse sentido, a Constituição consagra o dever de resguardo da soberania nacional, pelo que não pode o partido contemplar em sua organização ou adotar para a sua atuação, programas e atividades que, de qualquer forma, coloquem em risco ou enfraqueçam a plenitude da Soberania nacional.

O sistema se baseia no pluripartidarismo que guarda relação direta com outro princípio constitucionalmente consagrado: o pluralismo político, definido como um dos fundamentos da República.

Ribeiro sintetiza o processo de interação entre o pluralismo político e o sistema pluripartidário nos seguintes termos:

O pluralismo político encontra no sistema pluripartidarista um de seus eficientes instrumentos nos múltiplos papéis que empreende, de exclusivo cunho político, transpondo das vertentes da sociedade sortimentos de idéias, sentimentos, impressões e interesses extraídos das fermentações coletivas como fragmentos de pensamentos que são maturados em conversações, debates, informações ou discussões, e depois começam a produzir reações de acolhimento ou rejeição, modificando-se, adquirindo novos ingredientes, em continuadas interações pessoais²⁰⁶.

Em último plano, conforme o influxo do regime, as instituições partidárias devem visar o alcance material dos direitos fundamentais do homem. Tal é proclamado por Bastos que declara ser “o compromisso dos partidos políticos o resguardo dos direitos Fundamentais, obrigando-os a vinculá-los e efetivá-los em suas próprias estruturas”²⁰⁷.

No que se refere aos requisitos legais postos pelo direito positivo, restam poucas observações ainda a serem feitas.

§ 2º Os eleitos por Partidos que não obtiverem os percentuais exigidos pelo parágrafo anterior terão seus mandatos preservados, desde que optem, no prazo de 60 (sessenta) dias, por qualquer dos Partidos remanescentes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)

§ 3º Resguardados os princípios previstos no "caput" e itens deste artigo, lei federal estabelecerá normas sobre a criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização financeira dos partidos políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985). Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>.

31/06/2009.

²⁰⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária: estudo de caso*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 17.

²⁰⁶ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral...*, p. 211.

²⁰⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. e GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil...*, p.607.

Quanto ao dever de observância do caráter nacional: constitui mandamento constitucional, pré-requisito para o deferimento de seu registro junto ao TSE²⁰⁸.

Quanto ao dever de prestação de contas à Justiça Eleitoral: os partidos políticos recebem receitas originadas de pessoas físicas ou jurídicas, o que é submetido ao controle pela Justiça Eleitoral que se dá por meio da aferição da origem e da aplicação dos recursos²⁰⁹.

Quanto ao funcionamento parlamentar, os partidos visam alcançar o poder e o fazem também por meio do acesso de seus quadros ao Poder Legislativo, possibilitando o usufruto da prerrogativa de estruturação de lideranças e participação na divisão proporcional da composição das mesas e comissões em cada casa legislativa²¹⁰.

Quanto à vedação constitucional de utilização de organização paramilitar, constitui limite à autonomia partidária, no exercício de controle ideológico²¹¹, consoante o artigo 5º, XVII da Constituição²¹².

Por fim, tem-se que à proibição de recebimento de recursos financeiros e de subordinação a organismos estrangeiros pressupõe o interesse do resguardo da autonomia e independência partidária, face a organizações internacionais que possam condicioná-la. Esta previsão constitucional, sem dúvida, busca evitar o que ocorreu no passado com o Partido Comunista Brasileiro que, ao aceitar o financiamento do Partido Comunista Soviético, de certo modo, sob a óptica de alguns, transformou-se numa organização partidária movida por interesses contrários aos nacionais²¹³.

Os aspectos concernentes à regulamentação constitucional das agremiações partidárias, a partir de sua natureza jurídica, serão tratados nos tópicos que seguem.

1.3.1 Natureza Jurídica dos Partidos

²⁰⁸ Constituição Federal, art. 17 e LPP, Art. 9, §4º, acima citados.

²⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 407-411.

²¹⁰ Id.

²¹¹ Ibid., p. 407.

²¹² Id.

²¹³ Id.

No que se refere à natureza jurídica dos partidos tem-se que eles foram recepcionados desde a Constituição de 1946 até a Constituição atual.

De acordo com a legislação em vigor, hodiernamente, os partidos políticos se constituem em associações de pessoas naturais²¹⁴ que devem adquirir personalidade²¹⁵ para, após, mediante registro definitivo de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral²¹⁶, obterem capacidade jurídica para a institucionalização dos atos tomados na esfera política²¹⁷.

Tal conclusão pode ser extraída do mandamento contido no art. 17 da CF²¹⁸ e pela leitura de Bastos e de Mezzaroba (no que este segue o primeiro), do rol de afirmações conclusivas acerca da recepção, pela Constituição vigente, do princípio que confere aos partidos políticos natureza jurídica de direito privado²¹⁹:

O Brasil adotou o modelo português. Doravante parece não subsistirem dúvidas quanto a:

- a) serem os partidos políticos dotados de personalidade jurídica;
- b) sua natureza ser de direito privado, uma vez que são constituídos na forma da lei civil;
- c) estarem obrigados ao registro de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, mas já agora como ato de controle de adequação a que estão sujeitos, e não como elemento conferidor da existência jurídica do partido.

²¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política...*, 346.

²¹⁵ Código Civil - CC, Lei Federal nº 10.406/2002:

Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: (...);

V - os partidos políticos.

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. (...).

Art. 46. O registro declarará: (...).

Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. (...).

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. 31/06/2009.

²¹⁶ Submetem-se, por determinação constitucional, a controle estatal de regularidade. Tal controle é denominado por como "controle de adequação dos estatutos aos princípios e normas constitucionais a que estão sujeitos". (BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988...*, p. 616).

²¹⁷ Artigo 9º, §4º, e seguintes da LPP, acima citados.

²¹⁸ Acima citado.

²¹⁹ Aponta Mezzaroba, que desse tema emergem três posições doutrinárias, "a) uma, que considera o partido político como órgão do Estado, ou órgão institucionalizado pela Constituição, considerando-o, portanto, como pessoa jurídica de Direito Público Interno; b) outra, que toma o partido político como associação de Direito Privado, isto é, como simples associação de indivíduos, com objeto lícito e possível, que exerce função pública de relevância constitucional e democrática, cuja atividade é um exercício privado de funções públicas; e c) uma terceira posição, que não considera o partido como órgão de Estado, ainda que eventualmente possa ser dotado de personalidade jurídica de Direito Público". (MEZZAROBA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias Constitucionais – Lei 9096/95, anotações e jurisprudências*. Curitiba: Juruá. 2008, p. 41).

Note-se que a Constituição é inequívoca a respeito. O registro de seus estatutos dar-se-á após a aquisição da personalidade jurídica²²⁰ (Grifo no original).

As dúvidas citadas por Bastos referem-se ao fato de que até o advento da nova ordem vigorava discussão acerca da natureza jurídica dos partidos²²¹. Esta teria sido esgotada pela superveniência do artigo 17, parágrafo segundo da Constituição²²².

Ocorre, porém, que permaneceria posição doutrinária²²³ dentre aqueles que, mesmo sem negar a condição de pessoa jurídica aos partidos políticos, concebe-os como órgãos de Estado no âmbito da realidade brasileira, em decorrência de eventual natureza pública a eles conferida, evidenciada, por exemplo, na exigência constitucional de registro dos estatutos partidários no TSE²²⁴.

Ressalte-se que a ordem constitucional vigente, por meio do artigo 17, parágrafo segundo²²⁵, revogou direta e expressamente o artigo segundo da citada Lei Orgânica dos Partidos Políticos – Lei Federal nº 5.682/1971²²⁶. A matéria foi, mais tarde, no ano de 1995, modificada pelo artigo primeiro da lei 9.906, ora em vigor²²⁷.

Não se pode olvidar que o novo Código Civil recepcionou a definição constitucional e conferiu aos partidos políticos definição própria dentre as pessoas jurídicas de direito privado²²⁸.

²²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988..., p. 616 e 617.

²²¹ Duas diferentes posições doutrinárias apontavam o partido político como “associação de indivíduos”, ou como “órgãos de Estado”. (MEZZARROBA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias Constitucionais – Lei 9096/95, anotações e jurisprudências*. Curitiba: Juruá. 2008, p. 39).

²²² BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988..., p. 615.

²²³ Id.

²²⁴ Id.

²²⁵ Acima citado.

²²⁶ Acima citado.

²²⁷ Nesse sentido José Afonso da Silva: “A Constituição, agora, definiu-os como *pessoa jurídica de direito privado*, ao teor do art. 17, §2º, segundo o qual os *Partidos políticos* ”, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Se adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil é porque são pessoas jurídicas de direito privado, devendo, pois, registrar-se no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, segundo o disposto na Lei de Registros Públicos; depois disso é que seus estatutos serão levados a registro no TSE. Fica, pois, superado o disposto no art. 2º da Lei 5.682/71 que lhes reconhecia a natureza de pessoa jurídica de direito público interno (...). (José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*..., p. 403).

²²⁸ Art. 44 da Lei Federal 10.406/2002, acima citada.

Nesse sentido, reconhecia Velloso, sob a égide da Constituição de 1988, que a Lei Orgânica dos partidos políticos, Lei 5.682, de 21/7/71, à época vigente, deveria ser adequada à nova ordem²²⁹.

Solução à eventual controvérsia é proposta por Bastos, a partir de posição de José Afonso da Silva, nos seguintes termos:

(...). Acontece que a natureza pública do órgão incumbido do registro não comunica igual natureza à entidade registrada. Trata-se de mero controle público, em vez de controle cartorário. Aliás, a adequação é notável, precisamente porque uma das notas da pessoa jurídica de direito público é sua criação diretamente pela lei e a inexigência de registro de seus estatutos constitutivos. O fato de precisarem de registro para a sua formação, vale dizer, o fato de necessitarem de tal controle denota que não se cuida de pessoa jurídica de direito público. Os partidos não criados por lei, e seria terrível que o fossem, pois deixariam de ser partidos para serem outra coisa (cf. 4ª ed. deste livro, p. 411). Agora, estão definidos por pessoas jurídicas de direito privado.

Liquida-se, com isso, qualquer pretensão de enquadrá-los como órgãos de Estado, pois, órgão, no sentido técnico, segundo a doutrina corrente, não tem personalidade jurídica, e menos ainda personalidade jurídica de direito privado. (...).

O partido é uma associação de pessoas para fins políticos comuns e tem caráter permanente, no que se encontram os elementos básicos do conceito de instituição²³⁰.

A doutrina portuguesa reforça essa posição. Citado por Bastos e Silva, Canotilho e Vital Moreira são assertivos quanto à natureza jurídica dos partidos políticos, afirmando que estes: “são expressão da liberdade de associação dos cidadãos. Não são órgãos de estatais, nem sequer associações de direito público, são associações privadas, com funções constitucionais”²³¹.

Conforme aprofunda Canotilho:

(...). O reconhecimento de relevância jurídico-constitucional (*sic*) de modo algum corresponde a sua “estatização”. Isso deriva fundamentalmente do facto de os partidos terem um *estatuto constitucional* configurado como *direito subjectivo, direito político, e liberdade fundamental*. (...).

Além de não serem órgãos estatuais ou constitucionais, **os partidos não devem qualificar-se como corporações de direito público, pois embora lhes seja constitucionalmente atribuída uma função política, nem por isso se pode falar de um estatuto singular de direito público**. Do Estatuto *subjectivo* deriva a sua caracterização como *associações de direito privado* às quais se reconhecem direitos fundamentais (na medida em que sejam aplicáveis às pessoas colectivas) (...)²³² (Grifo nosso).

²²⁹ Trecho do discurso de posse na Presidência do STF, de 1994, acima citado: definia, como meta do Poder Judiciário Brasileiro, o ajuste da referida Lei Orgânica dos Partidos Políticos, à nova ordem constitucional.

²³⁰ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 404.

²³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa.*, 3 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 283.

²³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 316.

Todavia, em que pese as polêmicas doutrinárias existentes sobre o tema, em síntese, tem-se que a Constituição de 1988 definiu a natureza jurídica dos partidos políticos como associações privadas com funções constitucionais e não mais como órgãos de Estado.

Por fim, importa registrar a anotação feita por Bastos acerca da possibilidade da extinção, pela Justiça Eleitoral, dos partidos políticos que descumpram princípios programáticos da Constituição:

Criado na forma da lei civil, o partido continuará por esta a ser regido no que diz respeito aos atos transformativos de sua personalidade, como a fusão, a incorporação e a extinção. **Isto, obviamente, não exclui a competência da Justiça Eleitoral para extingui-los quando em descumprimento dos princípios programáticos da Constituição**²³³ (Grifo nosso).

Ora, tal interpretação parece afrontar a garantia da liberdade partidária que engloba, ao lado da criação, **a prerrogativa de extinção dos entes partidários**²³⁴, **sem a ingerência do poder público**. Não se diga que não possa haver o indeferimento do pedido de registro definitivo de estatuto de partido político em decorrência da falta de cumprimento de disposições constitucionais obrigatórias, no exercício do denominado “controle de adequação dos estatutos aos princípios e normas constitucionais a que estão sujeitos”²³⁵, de competência da Justiça Eleitoral, mas admitir que o Estado pudesse interferir na seara da liberdade partidária, a ponto de extinguir o seu ato constitutivo, seria compactuar com a desnaturação do direito fundamental proclamado do pacto original.

A caracterização do direito fundamental à liberdade partidária e, por conseqüência da autonomia partidária – tema tratado no item seguinte provém de Canotilho, “(...) A Constituição reconhece a liberdade de formação dos partidos políticos como um direito fundamental (art. 51.º) e concede-lhes um estatuto privilegiado em relação ao direito geral de associação” (...) ²³⁶.

²³³ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988...*, p. 617.

²³⁴ Afirma José Afonso da Silva que “a liberdade partidária envolve: a de criá-los, transformá-los e extingui-los” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 1404 e 405).

²³⁵ Acima citado. (BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988...*, p. 616).

²³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 316.

Tal como o princípio da autonomia, o da liberdade partidária, proclamado pelo mesmo texto que regula a matéria, é garantido constitucionalmente²³⁷. Como tal, a disciplina de ambos prevê igualmente área reservada a não ingerência estatal, conforme leciona Silva: “(...) o *princípio da autonomia partidária*, que é uma conquista sem precedente, de tal sorte que **a lei tem muito pouco a fazer em matéria de estrutura interna, organização e funcionamento** (...)”²³⁸ (Grifo nosso).

O douto constitucionalista é assertivo quanto à impossibilidade de intervenção estatal no âmbito da liberdade partidária, dispondo que “mais importante ainda é que a estrutura de poder não poderá interferir nos partidos para extingui-los, por exemplo, como por várias vezes acontece”²³⁹.

Desta feita, em que pese em tese, ser legítimo o controle judicial que pretenda declarar nulos os atos de partidos políticos, tomados na esfera civil ou política, que contrariem os princípios programáticos, ou não, da Constituição²⁴⁰, seria absolutamente ilegítima a decisão da Justiça Eleitoral que decretasse a extinção de determinado partido político sob estes mesmos fundamentos, conforme adiante se constatará.

1.3.2 Autonomia Partidária

Como se verificou, o princípio constitucional da autonomia partidária emerge na mesma senda do princípio da liberdade partidária. Ao proceder a separação entre a liberdade externa e a liberdade interna conferida aos partidos políticos, Canotilho explicitou que, no âmbito da última, se revelam duas questões fundamentais: a) de não poder haver sobre os partidos qualquer controle ideológico-programático; e b) de não ser admissível ocorrer nenhum controle sobre a organização interna do partido²⁴¹.

No mesmo sentido, registra Sérgio Sérulo da Cunha:

²³⁷ MEZZARROBA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais*, Lei 9.096/95, anotações jurisprudenciais..., p. 45.

²³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*..., p. 406.

²³⁹ *Ibid.*, p. 405.

²⁴⁰ Conforme a teoria da invalidade do ato administrativo por motivos desviantes - infração aos princípios da moralidade e da probidade administrativas, o ato resta eivado de nulidade (Resolução n 22.526/2007-TSE, p. 7.).

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*..., p. 318.

O grande princípio reitor da vida do partido, inscrito na Constituição Brasileira de 1988, é o da liberdade: liberdade de organização e de funcionamento; exceções a **essa liberdade – que aqui significa autonomia** – são apenas as indicadas na própria Constituição, umas concebidas em termos abertos, outras em obrigações concretas de fazer ou não fazer²⁴². (Grifo nosso).

Silva, de outro lado, delimita os contornos de ambos, diferenciando os princípios da liberdade e da autonomia partidárias nos termos seguintes:

Afirma-se a liberdade de organização partidária no art. 17 da Constituição, nos termos seguintes: *É livre a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático... (...)*.

O que importa agora é constatar que a liberdade partidária envolve: a de criá-los, transformá-los e extingui-los, assim como, evidentemente, a de aderir ou não a um partido, de permanecer filiado ou desligar-se dele.

Mas também cabe ao partido, na sua autonomia, prevista no §1º do art. 17, aceitar, ou não, proposta de filiação²⁴³.

O princípio da autonomia partidária, portanto, pode ser definido como a liberdade assegurada pelo texto constitucional para os partidos políticos definirem a sua estrutura interna, organização e funcionamento²⁴⁴. É o proclamado “direito da autoregulação dos partidos políticos”²⁴⁵.

No mesmo sentido, entende Joel José Cândido que o reconhecimento da garantia em questão, inerente à autonomia, organização e funcionamento dos partidos políticos está assegurado no art. 17, §1º, da CF de 1988²⁴⁶.

De fato, o reconhecimento dos partidos políticos como entes autônomos pela ordem jurídica nacional foi uma conquista “recente”. Mezzaroba evidencia que, “pela primeira vez no Brasil, uma Constituição passa a delegar aos próprios partidos, autonomia para regulamentar matérias *interna corporis*, como estrutura, organização e funcionamento”²⁴⁷.

Em que pese a forte interferência estatal promovida na esfera de autonomia partidária por meio da Lei Orgânica dos partidos políticos²⁴⁸, vigente até o ano de

²⁴² CUNHA, Sérgio Sérulo da. A lei dos Partidos políticos. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva e ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 146.

²⁴³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 405.

²⁴⁴ *Ib.*

²⁴⁵ MEZZAROBA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais*, Lei 9.096/95, anotações jurisprudenciais..., p. 46.

²⁴⁶ CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 4. ed. Bauru: Edipro, 1993, p. 344.

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ Já citada Lei Federal nº 5.682/1971.

1995²⁴⁹, a inovação do conteúdo jurídico que disciplinava a matéria – art. 152 da EC nº 1/1969 (editada pela Junta Militar) adveio de norma editada no âmbito do mesmo regime, pela EC nº 25/1985. Este dispositivo revogou a primeira alteração realizada pela EC nº 11/1970, que, a seu tempo, delegava à lei federal a organização e funcionamento dos partidos políticos (suprimida a extinção). Nesse contexto, o princípio da autonomia partidária foi inaugurado. É o que se extrai da leitura do texto original, *verbis*:

Art. 152- A organização e o funcionamento dos partidos políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978)

§ 1º - Na organização dos partidos políticos serão observados os seguintes princípios: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978) 250 (...).

Art. 152. É livre a criação de partidos políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)

(...).

§ 3º Resguardados os princípios previstos no "caput" e itens deste artigo, lei federal estabelecerá normas sobre a criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização financeira dos partidos políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985)251 (Grifo nosso).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 17, §1º recepcionou o princípio da autonomia nos termos que seguem²⁵²:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

²⁴⁹ Como citado, foi revogada, na parte que não o fora expressamente pela CF/1988 (art. 2º daquela, por meio do art. 17, §2º, desta), pela Lei Federal nº 9.906/1995, em vigor. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm>. 31/06/2009.

²⁵⁰ Disponível em: <Brasil:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. 31/06/2009.

²⁵¹ Disponível em: <Brasil:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. 31/06/2009.

²⁵² Anote-se, por "disciplina" acadêmica, que o conteúdo original do texto contido no parágrafo primeiro do art. 17, da Constituição vigente, foi acrescido, pela inovação conferida pela EC nº 52/2006, do teor: "*e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal*", a fim de acrescentar dentre as prerrogativas que já detinham os partidos para, no campo da autonomia, adotar as coligações partidárias nos limites de sua conveniência.

§ 1º **É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.**
 (...) ²⁵³ (Grifo nosso).

A questão que se coloca como desafio no presente trabalho é a de definir com clareza quais sejam os limites conferidos à autonomia dos partidos políticos para como isto averiguar o âmbito de interferência estatal que podem sofrer os partidos políticos em sua estrutura, organização e funcionamento.

A resposta a tal indagação provém da doutrina e da jurisprudência.

Cunha bem define que **as exceções à liberdade partidária, que aqui significa autonomia, são apenas as indicadas na própria Constituição**, umas concebidas em termos abertos, outras em obrigações concretas de fazer ou não fazer²⁵⁴. Portanto, para o autor, os limites à interferência estatal **estão estabelecidos na própria Constituição**²⁵⁵, seja no que diz respeito à autonomia assegurada aos partidos políticos para estabelecerem as regras de organização e funcionamento partidário, seja no que tange às regras de fidelidade e de disciplina partidárias.

Dessa feita, os limites para a interferência Legislativa, Executiva ou Judicial na autonomia conferida aos partidos políticos pela Constituição estão postos no próprio texto constitucional. Assim sendo, sob pena de ilegitimidade e invalidade, conseqüentemente, serão nulos os atos estatais que interfiram nessa *esfera indevassável*.

Por esses motivos, Silva conclui que a “lei tem muito pouco a fazer em matéria de estrutura interna, organização e funcionamento dos partidos”²⁵⁶.

Cunha, por sua vez, anota que “não cabe mais ao Estado organizá-los ou dispor sobre a sua organização”²⁵⁷.

²⁵³ Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. 31/06/2009.

²⁵⁴ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A lei dos partidos políticos. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 146.

²⁵⁵ Dessa forma estão postos os limites materiais de reforma constitucional. Vide voto divergente, Min. Marcelo Ribeiro na Resolução 22.526/2007 – TSE.

²⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 406.

Já Bastos anota que “o texto praticamente elimina a ingestão do Estado na matéria²⁵⁸”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido, reconhece, historicamente, o princípio da autonomia conferida aos partidos políticos pela Constituição vigente.

Com efeito, a inauguração do princípio da autonomia partidária no texto constitucional, causou uma “redefinição da relação jurídicopolítica entre partidos e a Justiça Eleitoral”²⁵⁹. Este marco jurisprudencial ficará expresso pela fundamentação destacada dos dois *leading cases* abordados a seguir.

No primeiro, do ano de 1994, ao dispor sobre o tema das candidaturas natas, o STF fixou por meio do Acórdão s/n, prolatado na ADIN nº 1.063-8 o entendimento que se denota da ementa que segue:

(..) IMPOSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO – DEFINIÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO COMPETENTE PARA EFEITO DE RECUSA DA CANDIDATURA NATA (ART. 8º, §1º) – INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA – A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS (...).

AUTONOMIA PARTIDÁRIA: A Constituição Federal, ao proclamar os postulados básicos que informam o regime democrático, consagrou, em seu texto, o estatuto jurídico dos partidos políticos.

O princípio constitucional da autonomia partidária – além de repelir qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos – cria, em favor desses corpos intermediários, sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização, ou de seu interno funcionamento, uma área de reserva estatutária indevassável pela ação normativa do Poder Público, vedando, nesse domínio jurídico, qualquer ensaio de ingerência legislativa do aparelho estatal. (...) ²⁶⁰
(Grifo nosso).

Nas razões do voto condutor, o Min. Relator Celso de Mello reafirma a essencialidade dos partidos políticos no Estado Democrático de Direito, já que constituem verdadeiros canais institucionalizados, “corpos intermediários” entre a sociedade civil e a sociedade política, exercendo função de expressão dos anseios

²⁵⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo da. A lei dos partidos políticos. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 139-155.

²⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988...*, p. 612.

²⁵⁹ MEZZAROBBA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais*, Lei 9.096/95, anotações jurisprudenciais. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 47.

²⁶⁰ Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063-8, datada de 18/05/1994, publicada DOU – DJ em 27/04/2001 – Ementário nº 2.028-1, de Rel. Min. Celso de Mello, Requerente Partido Social Cristão, Requeridos Presidente da República e o Congresso Nacional.

políticos e das reivindicações sociais dos diversos extratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão estatal²⁶¹.

Nesta senda, define os partidos políticos como instrumentos decisivos na efetivação do princípio democrático, no âmbito do processo de representação, do que decorre a dinâmica do processo governamental. Sem dúvidas, numa perspectiva histórica, tem-se que o processo de legitimação do poder estatal foi institucionalizado pelos partidos políticos, na medida em que o povo-fonte, de quem emana a soberania nacional, teve nas agremiações partidárias o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado²⁶².

Pelas mesmas razões, registra o Ministro que “o legislador constituinte brasileiro, para os mesmos fins de assegurar a participação efetiva dos partidos políticos no processo de poder conferiu-lhes grau de autonomia o que lhes propiciou especial prerrogativa jurídica; consistente no prevalectimento de sua própria vontade em tema de definição de sua estrutura organizacional e de seu interno funcionamento²⁶³”.

Ao passo que evidencia ser o preceito da autonomia partidária, princípio²⁶⁴, explicita o Min. Celso de Mello que:

O postulado constitucional da autonomia partidária – além de repelir qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos– cria, em favor desses corpos intermediários, sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento, uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, a este plenamente oponível toda a vez que se esboçar, nesse domínio, qualquer ensaio de ingerência legislativa do aparelho estatal²⁶⁵.

No segundo *leading case*, data do ano de 1996, o STF fixou, por meio do Acórdão s/n, prolatado na ADIN nº 1.407-2, o entendimento que se verifica da ementa adiante transcrita:

(..) AUTONOMIA PARTIDÁRIA – RESERVA CONSTITUCIONAL DE DISCIPLINAÇÃO ESTATUTÁRIA (CF, ART. 17, §1º).

- O postulado constitucional da autonomia partidária criou, em favor dos partidos políticos – sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização e funcionamento – uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela

²⁶¹ Vide p. 92-94, do voto.

²⁶² Vide p. 94, do voto.

²⁶³ Id.

²⁶⁴ Vide p. 97, do voto.

²⁶⁵ Vide p. 94 e 95, do voto.

ação normativa do Poder Público. Há, portanto, um domínio constitucionalmente delimitado, que pré-exclui – por efeito de expressa cláusula constitucional (CF, art. 17, §1º) – qualquer possibilidade de intervenção legislativa em tudo o que disser respeito à intimidade estrutural, organizacional e operacional dos partidos políticos. Precedente: ADIn n. 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. (...)²⁶⁶.

Nas razões do voto condutor, o Min. Relator Celso de Mello confere acerto sobre as funções, o significado e à própria natureza das agremiações partidárias no processo de poder. Afirma, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático, que ao serem proclamados os postulados básicos concernentes aos partidos políticos **a Constituição consagrou em seu próprio texto o seu estatuto jurídico**, definindo princípios os quais, revestidos de estatura jurídica incontestável, fixa diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento dos mesmos entes²⁶⁷.

Sequencialmente investiga a normatização constitucional a que se submetem os partidos políticos, normas estas que institucionalizam os partidos aos quais assiste a prerrogativa do monopólio das candidaturas aos cargos eletivos. Nesta esteira, tem-se que os partidos políticos caracterizam-se por serem corpos intermediários, instrumentos de ação democrática, destinados a assegurar a autenticidade do sistema representativo. Constituem, ainda, instrumentos decisivos da concretização do mesmo regime²⁶⁸.

Dessa forma, o Ministro evidenciou a essencialidade dos partidos políticos no Estado de Direito, vez que representam um “instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo – fonte de que emana a soberania nacional – tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado”²⁶⁹.

Por tais razões, o legislador constitucional, pretendendo assegurar a participação efetiva dos partidos políticos no processo de poder lhes conferiu um

²⁶⁶ Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1. 407-2, datada de 07/03/1996, publicada DOU – DJ em 24/11/2000 – Ementário nº 2.013-10, de Rel. Min. Celso de Mello, Requerente: Partido Comunista do Brasil, Requerido: Congresso Nacional.

²⁶⁷ Vide p. 1.985-1.987, do voto.

²⁶⁸ Vide p. 1.987, do voto.

²⁶⁹ Id.

grau de autonomia, o que a si garante a prerrogativa de fazer prevalecer a sua própria vontade no que tange a sua estrutura interna e funcionamento²⁷⁰.

Nesses termos, entendeu que a supremacia do postulado da autonomia partidária inibiria o legislador comum a prescrever normas que impliquem na transgressão, pelo Estado, a essa área inserta na denominada reserva estatutária. Portanto, seria a reserva estatutária domínio constitucionalmente delimitado, que préexclui, por expressa determinação constitucional – art. 17, §1º, CF, qualquer ação do Poder Público que impliquem em indevida intervenção²⁷¹.

Nessa linha, afirma que não se revelaria legítimo o procedimento hermenêutico que, elastecendo o sentido conceitual da expressão “autonomia institucional”, busca indevidamente estender o âmbito de sua incidência ao processo eleitoral, que constitui domínio reservado à exclusiva ação normativa do Congresso Nacional²⁷².

Ao passo que imputa aos partidos políticos submissão à regência normativa do poder público no que se refere ao processo eleitoral, reafirma a existência de matérias *interna corporis* no que diz respeito a sua “intimidade estrutural, funcional e organizacional”. Tais disposições, por óbvio, não estão afetas ao processo eleitoral, restando excluídas do domínio normativo da lei²⁷³.

Conclui desse modo, que pela redação da norma contida no art. 17, §1º da CF, a autonomia partidária constitui área de reserva privada²⁷⁴.

No mesmo sentido do voto condutor na ADIn nº 1.096-4²⁷⁵, registra-se a orientação fixada pelo STF que definiu a prevalência das normas estatutárias sobre as normas de *Direito Público*²⁷⁶, efetivando o princípio da autonomia partidária. Para tal, decidiu que, no âmbito da fiscalização abstrata da constitucionalidade de

²⁷⁰ Vide p. 1.987-1.988, do voto.

²⁷¹ Vide p. 1.988, do voto.

²⁷² Vide p. 1.989, do voto.

²⁷³ Vide p. 1.990-1.992, do voto.

²⁷⁴ Vide p. 1.993-1.992, do voto.

²⁷⁵ Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.096-4, datada de 16/03/1995, publicada DOU – DJ em 22/09/1995 – Ementário nº 1.801-01, de Rel. Min. Celso de Mello, Requerente Partido Socialista Brasileiro – PSB, Requeridos: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e a Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

²⁷⁶ Do que, mesmo a omissão não permitiria a razoável decisão pela submissão do ajuizamento da ADIN à prévia deliberação das instâncias partidárias superiores. Vide voto citado, p. 104 e 105.

normas²⁷⁷, seria ilegítimo à determinada agremiação partidária omitir-se nos objetivos institucionais a disciplinar os temas atinentes à sua vida institucional. Houve, portanto, o reconhecimento de que aos partidos políticos estão amparados pelo primado da autonomia, posto pela Constituição, em face, inclusive, de sua função democrática²⁷⁸.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral se firmou no mesmo sentido, desde o ano de 1991, conforme se verifica de três decisões adiante destacadas, igualmente tomadas como *leading cases* e que serão transcritas em ordem cronológica:

(...). Em face do novo texto constitucional, a exigência da lei, no que concerne à aprovação dos estatutos partidários pela maioria das Convenções Estaduais e Municipais (art. 20 da LOPP e Resolução nº 10.785, de 12.2.1980, art. 26, 3º, alíneas a, b, e c) **está revogada, por ser incompatível com o princípio da autonomia dos partidos políticos para definirem a sua estrutura interna, organização e funcionamento (CF, art. 17, §1º)**²⁷⁹.”
 “Nos termos do parecer e à vista de nossa orientação firmada no Processo nº 12.028 (...), se entendeu incompatível com a Constituição **com o princípio da autonomia de organização dos partidos** (...)”²⁸⁰ (Grifo nosso).

(...). 14. Em estudo de excelente qualidade, a Professora Mônica Herman Caggiano aborda o tema, com hialina clareza, erigindo as seguintes conclusões: (...);

b) **passa a gozar de plena liberdade quanto à sua estrutura interna, sendo-lhes assegurada a faculdade de auto-organização (sic), sob a única condição de integrar nos seus estatutos regras concernentes à fidelidade e disciplina partidárias. Isto significa que qualquer controle ou investida legal nesse terreno vem a ser contagiada de inconstitucionalidade. (...).**

18. sem medo de errar, a autonomia dos partidos políticos significa a proibição da ingerência estatal. Sendo assim ausente qualquer vazio para ser integrado normativamente, as regras constitucionais têm aplicação imediata, com eficácia plena, sem restrições²⁸¹ (Grifo nosso).

Do exposto, tem-se que aceitar o entendimento de que os limites da autonomia partidária, conferida aos partidos políticos, se insere no âmbito da liberdade para que, na esfera *interna corporis*, estes definam o que melhor lhes

²⁷⁷ “Requisito imprescindível para efeito de acesso ao procedimento de fiscalização com centrada de constitucionalidade, que se evidencie um **nexo de afinidade** entre os objetivos institucionais de entidade que ajuíza a ação direta e o conteúdo material da norma por ela impugnada nessa sede processual” (Vide voto citado, p. 92).

²⁷⁸ Vide voto citado, p. 104.

²⁷⁹ Acórdão nº 12.120, Petição nº 12.028 – Agravo Regimental em Petição/Brasília-DF, datado de 29/10/1991, publicado no DOU-DJ em 08/05/1992, página 6.283, Rel. do Min. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, Rel. designado: Paulo Brossard.

²⁸⁰ Resolução nº 17.990 – Registro de partido político nº 174/Classe 7ª/Brasília-DF, acima citado.

²⁸¹ Acórdão nº 12.211 - RESPE nº 9.467/Classe 4ª/São João da Urtiga-RS, acima citado.

aprouver acerca da disciplina e fidelidade partidárias²⁸², pressuporia aceitar também que tal prerrogativa constitui “*área indevassável pela ação normativa do Poder Público*”, denominada “reserva de estatuto”²⁸³, conforme se verá em seguida.

1.3.2.1 Fidelidade partidária

No campo da autonomia conferida aos partidos políticos, resta-lhes a obrigação constitucional de fazerem constar em seus estatutos, regras²⁸⁴, ao lado das de disciplina, sobre fidelidade partidária.

A falta de cumprimento do mandamento constitucional dá causa ao indeferimento do pedido de registro, definitivamente, de seus estatutos, conforme se denota da Resolução firmada pelo Tribunal Superior Eleitoral:

1. CABE AO TSE APENAS CONFERIR A CONFORMIDADE DOS ESTATUTOS COM AS NORMAS E COM O SISTEMA DA CONSTITUICAO PARA O FIM DE ASSEGURAR A FUNCAO CONSTITUCIONAL DO PARTIDO COMO ORGAO PARCIAL DE FORMACAO DE VONTADE ELEITORAL DO ESTADO E TORNAR TRANSPARENTE, PARA A JUSTICA ELEITORAL E A TERCEIROS INTERESSADOS, A REPERCUSSAO EXTERNA DOS ATOS DE VONTADE PARTIDARIA.
2. **PEDIDO DE ANOTACAO DEFERIDO**²⁸⁵ (Grifo nosso).

Historicamente, no Brasil o instituto da fidelidade partidária foi contemplado na Carta de 1967 a partir da E/C nº1/69, que o incorporou ao art. 152, na forma da seguinte redação:

Art. 152 A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: (...).

²⁸² MEZZAROBBA. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais*, Lei 9.096/95, anotações jurisprudenciais..., p. 46.

²⁸³ Acórdão s/n 26.603 – STF, p. 355, datado de 04/10/2007, publicado DOU-DJ nº 241, em 19/12/2008, Rel. Min. Celso de Mello, Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados, Litisconsorte: Partido Socialista Brasileiro – PSB, e outros.

²⁸⁴ No mesmo sentido Silva: “*A disciplina e a fidelidade partidárias* passam a ser, pela Constituição não uma determinante da lei, mas uma determinante estatutária (art. 17, §1º). **Não são, porém, meras faculdades dos estatutos. Eles terão que prevê-las dando conseqüências ao seu descumprimento e o desrespeito**”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*..., p. 407).

²⁸⁵ Resolução nº 19.065/Brasília-DF, Petição nº 12.028, datada de 29/04/1993, publicada DOU-DJ em 03/06/1993, página 10.914, Rel. Min. Torquato Jardim.

Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa²⁸⁶.

Seguiu-se a E/C nº 11/1978, que alterou a sua redação nos seguintes termos:

Art. 152 A organização e o funcionamento dos partidos políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal. (...).

§ 5º - Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo partido.

§ 6º - A perda do mandato, nos casos previstos no parágrafo anterior, será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa²⁸⁷.

Por fim, o instituto foi inteiramente revogado pela Emenda nº 25/1985, que definiu a redação do artigo como segue integralmente.

Art. 152. É livre a criação de partidos políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios: (...).

I - é assegurado ao cidadão o direito de associar-se livremente a Partido político;

II - é vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar;

III - é proibida a subordinação dos partidos políticos a entidade ou Governo estrangeiros;

IV - o partido político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus Estatutos no Tribunal Superior Eleitoral;

V - a atuação dos partidos políticos deverá ser permanente e de âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos estaduais e municipais.

§ 1º Não terá direito a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o Partido que não obtiver o apoio, expresso em votos, de 3% (três por cento) do eleitorado, apurados em eleição geral para a Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, 5 (cinco) Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) do eleitorado de cada um deles.

§ 2º Os eleitos por partidos que não obtiverem os percentuais exigidos pelo parágrafo anterior terão seus mandatos preservados, desde que optem, no prazo de 60 (sessenta) dias, por qualquer dos partidos remanescentes.

§ 3º Resguardados os princípios previstos no "caput" e itens deste artigo, lei federal estabelecerá normas sobre a criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização

²⁸⁶

Disponível

em:

<Brasil:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm.

13/06/2009.

²⁸⁷

Disponível

em:

<Brasil:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm.

13/06/2009.

financeira dos partidos políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento²⁸⁸.

A denominada Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei Federal nº 5.682/71, regulamentou a matéria do art. 72-88, impondo o procedimento e o rito voltados à decretação da perda de mandato eletivo²⁸⁹. Este diploma foi revogado, *a priori*,

288

Disponível

em:

<Brasil:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>.
13/06/2009.

289 Art. 72. O Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual ou Vereador que, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o Partido sob cuja legenda for eleito, perderá o mandato.

Parágrafo único. Equipara-se a renúncia, para efeito de convocação do respectivo suplente, a perda de mandato a que se refere este artigo.

Art. 73. Consideram-se diretrizes legitimamente estabelecidas às que forem fixadas pelas Convenções ou Diretórios Nacionais, Regionais ou Municipais, convocados na forma do estatuto e com observância do quorum da maioria absoluta.

§ 1º As diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidária serão arquivadas no prazo de 10 (dez) dias:

I - se emanadas das Convenções ou Diretórios Nacionais, na Secretaria do Tribunal Superior Eleitoral;

II - se emanadas das Convenções ou Diretórios Regionais, nas Secretarias dos respectivos Tribunais Regionais Eleitorais; e

III - se emanadas das Convenções ou Diretórios Municipais, nos cartórios dos respectivos Juízos eleitorais.

§ 2º Os órgãos partidários não poderão traçar diretrizes contrárias às estabelecidas pelos que lhes foram superiores.

§ 3º Da deliberação que estabelecer diretriz ou disciplina de voto, poderá o interessado interpor recurso, no prazo de 5 (cinco) dias, diretamente ao diretório partidário de hierarquia superior.

§ 4º Se considerar necessário, o Diretório poderá enviar cópia do apelo e dos documentos que o instruem ao órgão recorrido, para aduzir as suas razões, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da data do recebimento.

§ 5º Findo o prazo, com ou sem razões, o Diretório julgará o recurso, dentro em 15 (quinze) dias.

§ 6º O recurso não tem efeito suspensivo.

Art. 74. Considera-se também descumprimento das diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária:

I - deixar ou abster-se propositadamente de votar em deliberação parlamentar;

II - criticar, fora das reuniões reservadas do partido, o programa ou as diretrizes partidárias;

III - fazer propaganda de candidato a cargo eletivo inscrito por outro partido, ou de qualquer forma, recomendar seu nome ao sufrágio do eleitorado; e

IV - fazer aliança ou acordo com os filiados de outro partido.

Art. 75. A perda de mandato do parlamentar será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do Partido, ajuizada no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - da investidura do representado no cargo eletivo, se o ato que possa caracterizar a infidelidade partidária tiver sido praticado após o registro de sua candidatura, e antes da posse; e

II - do conhecimento do ato que caracterize a infidelidade partidária, se posterior à posse.

Art. 76. São partes legítimas para ajuizar a representação perante a Justiça Eleitoral, os Diretórios Nacional, Regional e Municipal, ou suas Comissões Executivas, para decretação de perda do mandato de Senador ou Deputado Federal, de Deputado Estadual e de Vereador, se deixarem o partido sob cuja legenda foram diplomados, ou se daqueles órgãos ou respectivas convenções tiver emanado a diretriz descumprida.

§ 1º Se, decorrido o prazo estabelecido no artigo anterior, não houver sido ajuizada a representação, poderá esta ser proposta, nos 30 (trinta) dias subseqüentes:

I - pelo Diretório Nacional, no caso de perda de mandato de Deputado Estadual ou de diretriz emanada da Convenção ou do Diretório Regional; e

II - pelo Diretório Regional, no caso de perda de mandato de Vereador ou de diretriz emanada da Convenção ou do Diretório Municipal.

§ 2º Quando se tratar de Senador ou Deputado Federal, mesmo que a diretriz descumprida seja do Diretório ou da Convenção Regional, somente o Diretório Nacional pode representar ao Tribunal Superior Eleitoral, depois de decidir sobre procedência do pedido, devidamente instruído, que lhe encaminhar o Diretório Regional.

Art. 77. Quando se tratar de ato de infidelidade praticado por Vereador, a representação de que trata o art. 75 somente poderá ser apresentada mediante a aquiescência prévia da Comissão Executiva Regional, cuja decisão será irrecorrível.

Art. 78. O processo e julgamento da representação do Partido político, para a decretação da perda do mandato do parlamentar que tiver praticado ato de infidelidade partidária, caberá:

I - ao Tribunal Superior Eleitoral, se a representação for dirigida contra Senador ou Deputado Federal;

II - ao Tribunal Regional Eleitoral, se a representação for dirigida contra Deputado Estadual ou Vereador.

Art. 79. A representação, dirigida ao Tribunal competente, deve conter a exposição dos fatos e o fundamento de direito, concluindo por pedir a decretação de perda do mandato.

Parágrafo único. A representação será instruída, quando for o caso, com certidão de teor da diretriz partidária devidamente arquivada.

Art. 80. Feita a citação do representado terá este o prazo de 10 (dez) dias, para contestar o pedido.

Art. 81. Em seguida, o relator designará audiência de instrução, sendo facultada às partes a produção das provas que indicaram na representação e na contestação.

Art. 82. Finda a instrução, o relator dará vista, sucessivamente, ao representante e ao representado, para razões finais, no prazo de 5 (cinco) dias, ouvindo-se a seguir, no mesmo prazo, o Procurador Eleitoral.

§ 1º Esgotados os prazos, o Relator terá 20 (vinte) dias para ordenar a inclusão do processo na pauta de julgamento do Tribunal.

§ 2º Na sessão de julgamento, após o relatório, cada uma das partes e o Procurador Eleitoral poderão, no Prazo improrrogável de 20 (vinte) minutos, sustentar oralmente as suas razões.

§ 3º Na redação e publicação do acórdão observar-se-á o disposto nos arts. 273 e 274 da Lei nº 4.737, de 15 de junho de 1965.

Art. 83. Do julgamento da representação pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pelos Tribunais Regionais, cabem embargos ao próprio Tribunal, se houver pelo menos 2 (dois) votos divergentes.

§ 1º Os embargos serão opostos no Prazo de 3 (três) dias da publicação do acórdão, perante a Secretaria do Tribunal, e juntos aos autos, independentemente de despacho.

§ 2º Feita a distribuição, que não poderá recair no Juiz que tiver anteriormente relatado o feito, os autos serão conclusos ao novo Relator, que admitirá ou não os embargos, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 3º Se não for caso de embargos, o Relator decidirá de plano, cabendo desta decisão agravo de petição para o Tribunal, em 48 (quarenta e oito) horas da publicação do despacho denegatório, para julgamento na primeira sessão.

§ 4º Admitidos os embargos, abrirá a Secretaria vista ao embargado, para impugnação no prazo de 3 (três) dias.

§ 5º Decorrido o prazo do parágrafo anterior, a Secretaria abrirá vista ao Procurador Eleitoral, para opinar no prazo de 3 (três) dias.

§ 6º No julgamento dos embargos observar-se-á o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º, do artigo anterior.

Art. 84. Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais em grau de embargos ou se incabíveis, das que julgarem originariamente a representação, caberá recurso especial para o Tribunal Superior Eleitoral, quando:

I - forem proferidas contra expressa disposição de lei;

II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais Tribunais Eleitorais.

Parágrafo único. No processo e julgamento do recurso especial, observar-se-á o disposto nos arts. 278 e 279 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

Art. 85. Serão recebidos com efeitos suspensivo os recursos previstos nos arts. 83 e 84 desta lei.

Art. 86. O órgão do Ministério Público junto à Justiça Eleitoral intervirá em todos os termos do processo, para fiscalizar a fiel aplicação da lei, podendo inclusive interpor recurso.

diretamente pela Emenda nº 25/1985, no que toca às disposições sobre fidelidade partidária, e a *posteriori*, pela 9.096/1995, no que toca às demais disposições.

Nos termos do que definiram os dispositivos constitucionais, a aplicação do instituto da fidelidade partidária decorria das seguintes hipóteses: a) de oposição, pelo parlamentar, por atitude ou pelo voto, às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidária; e b) da migração do candidato do partido sob cuja legenda foi eleito à outra sigla.

A decretação de perda do mandato se dava pela Justiça Eleitoral, mediante demanda do partido. Ainda, à mesma Justiça especializada era atribuída a competência para a realização do controle de legitimidade sobre as diretrizes fixadas pelo partido que, eventualmente descumpridas pelo parlamentar, ensejavam a perda do mandato eletivo.

Dessa forma, quando a Constituição anterior constitucionalizou o instituto procedeu: a) à definição das hipóteses de incidência da penalidade da perda do mandato eletivo; b) à fixação da competência para o julgamento de questões que versassem sobre a dita decretação; c) à delimitação do objeto da lide eventual; c) à fixação dos sujeitos da lide: ativo e passivo – o diretório do partido político e o parlamentar; d) à delegação do rito procedimental à lei; e) a garantia do princípio constitucional da ampla defesa e, conseqüentemente, do contraditório; f) quando do advento da E/C nº 11/1978, ao estabelecimento de hipóteses de isenção de penalidade (fosse o parlamentar formador de novo partido).

O instituto é definido por Bastos, como:

(...) fidelidade ao dever dos parlamentares federais, estaduais e municipais de não deixarem o partido pelo qual foram eleitos, ou de não se oporem às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos da direção partidária, sob pena de perda do mandato por decisão proferida pela Justiça Eleitoral²⁹⁰.

Art. 87. No que não contrariar o disposto no presente Capítulo, será observado subsidiariamente, no processo e julgamento, o Código de Processo Civil.

Art. 88. Julgada procedente a representação, por decisão transitada em julgado ou de que não caiba recurso com efeito suspensivo, o Tribunal comunicará à Mesa, da casa legislativa a que pertencer o representado, a qual declarará imediatamente a perda do mandato. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L5682.htm>. 13/06/2009.

²⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988..., p. 613.

Por sua vez, Silva define infidelidade partidária como “(...) a) oposição, por atitude ou pelo voto, a diretrizes *legitimamente* estabelecidas pelo partido; b) apoio ostensivo ou disfarçado a candidatos de outra agremiação”²⁹¹.

Outro conceito pode ser extraído da seara da representação política das palavras de Fruet: “outro tema recorrente é a fidelidade partidária, não só em **relação do cidadão com os partidos, mas na relação destes com os eleitos**”²⁹² (Grifo nosso).

Para Bastos, a fidelidade partidária se configura como hipótese de disciplina que deve prevalecer em toda a associação. Nessa linha, esta se configuraria gênero e a primeira espécie, senão vejamos:

A disciplina partidária (*sic*) é um caso particular da disciplina que deve prevalecer em toda e qualquer associação. Isso quer dizer que os filiados devem fidelidade ao programa e objetivos do partido, respeito às regras do seu estatuto, cumprimento de seus deveres e probidade no exercício de mandatos ou funções partidárias, conforme estatui a Lei Orgânica, cujo art. 7º prevê sanções disciplinares de advertência, suspensão atpe doze meses, destituição de função em órgãos partidários ou expulsão do filiado que faltar com as regras de disciplina partidária²⁹³.

Mesmo entendimento tem Silva, pois considera que o ato indisciplinar mais sério é a “infidelidade partidária”²⁹⁴.

A ordem Constitucional vigente manteve a opção política do legislador de constituinte de 1985, que, por meio da EC nº 25, revogou completamente o instituto. Diga-se que tanto a supressão do instituto à época, em 1985, quanto a sua regulamentação atual, foram operadas por meio de reforma constitucional formal, enquanto obra do poder constituinte: o primeiro derivado e o segundo originário, quando da fundação da ordem vigente na atualidade.

O instituto hoje também é regulado por meio de disposições infraconstitucionais, a partir da Lei dos Partidos Políticos, citada Lei Federal nº 9.096/1995 (arts. 23 a 26)²⁹⁵ e pelo Código Eleitoral.

²⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 407.

²⁹² FRUET, Gustavo Bonato. *Reforma e casuísmo*. Paraná Eleitoral, Curitiba, 38, p. 19-38, out/dez 2000.

²⁹³ Id.

²⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 407.

²⁹⁵ Lei dos Partidos Políticos– LPP:

Art. 23. A responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo competente órgão, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido.

De forma inovadora, ao contemplar a autonomia partidária, o constituinte de 1988 tornara a disciplina e a fidelidade partidárias não mais como uma determinante legal, mas uma determinante estatutária²⁹⁶. Isso, pois, conforme afirma Mezzaroba, a Constituição não remeteu ao Estado, o controle sobre a fidelidade dos eleitos, mas aos estatutos de cada agremiação partidária que detém a faculdade de estabelecer as sanções para os atos que configurem infidelidade partidária²⁹⁷.

Nessa direção, Bastos assevera que:

O parágrafo sob comento não constitui um retorno integral à antiga fidelidade e disciplina partidárias. Isto porque eram elas impostas pela Constituição e regulamentadas na legislação subconstitucional. **No momento, a Lei Maior exige simplesmente que os estatutos incorporem normas de fidelidade e disciplina partidárias, o que, necessariamente, envolve a outorga de uma certa margem discricionária para que os artigos regulem esses institutos com maior ou menor rigor (...).**²⁹⁸ (Grifo nosso).

Discussão recorrente sempre se dirigiu às consequências da ocorrência de uma das hipóteses de infidelidade partidária, mormente quanto à perda do mandato eletivo.

Mezzaroba informa que a introdução desse instituto pela Constituição de 1988 possibilitou o revigoramento da discussão em torno da teoria do mandato partidário, em oposição ao *mandato imperativo* ou ao mandato representativo, “já que o representante deixaria de representar a vontade estabelecida pelo seu partido”²⁹⁹. Nesse sentido, cita que “conforme o espírito da fidelidade partidária, o

§ 1º Filiado algum pode sofrer medida disciplinar ou punição por conduta que não esteja tipificada no estatuto do partido político .

§ 2º Ao acusado é assegurado amplo direito de defesa.

Art. 24. Na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto.

Art. 25. O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm>. 13/06/2009.

²⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 407.

²⁹⁷ MEZZAROBA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais...*, p. 53.

²⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988...*, p. 613.

²⁹⁹ MEZZAROBA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais, Lei 9.096/95, anotações jurisprudenciais...*, p 52.

representante presta contas de suas ações, única e exclusivamente, ao partido, sob pena de ser substituído no exercício da representação política”³⁰⁰.

Para Bastos “o retorno à fidelidade partidária significaria um reencontro com um mandato imperativo”, em que o representante fica jungido às diretrizes recebidas de seus eleitores³⁰¹.

Registre-se que Bonavides é defensor do revigoramento do mandato imperativo, como decorrência da lógica da época política atual “fundada no debate e na participação, com todos os homens exprimindo socialmente as suas aspirações”³⁰².

Fato é que até o advento da nova interpretação conferida pelos tribunais superiores sobre a fidelidade partidária, que culminou com a edição da Resolução nº 22.610/2007 pelo Tribunal Superior Eleitoral, a doutrina era uníssona quanto à interpretação dos limites impostos pela Constituição Federal de 1988, à possibilidade da imposição de penalidades a parlamentares infiéis.

Com efeito, a doutrina proclamava que o texto da Constituição não previa a possibilidade da perda do mandato por infidelidade partidária, a despeito de se declarar ciente da realidade fática que marca historicamente o quadro institucional brasileiro, em que a crescente fragilidade do sistema representativo decorre da “banalização da opção partidária”, do voto constantemente tomado como opção pessoal, em detrimento dos princípios programáticos contidos nos estatutos, da valorização do candidato, em detrimento do partido, da ausência de compromisso com os programas partidários, da apropriação privada do mandato por parte de eleitos etc.³⁰³.

Entendia, assim, que a hipótese da perda de mandato por infidelidade partidária não estava prevista na Constituição de 1988, que apenas contemplava o instituto e o remetia à esfera de deliberação interna, obrigatória, de cada agremiação³⁰⁴.

³⁰⁰ Id.

³⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988...*, p. 613 e 614.

³⁰² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 452.

³⁰³ FRUET, Gustavo Bonato. *Reforma e casuísmo...*, p. 24.

³⁰⁴ MEZZAROBÀ, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais*, Lei 9.096/95, anotações jurisprudenciais..., p 54.

Registrava Silva, que a Constituição não permitia a perda do mandato por infidelidade partidária³⁰⁵. Na mesma linha Clève enfatiza que, ao contrário da Constituição anterior, a nova não previra a possibilidade da perda do mandato pela infidelidade partidária³⁰⁶.

Nesta senda, a hipótese de interpretação contrária a esse entendimento seria inconstitucional, pois contrariaria o elenco estrito de hipóteses autorizadas contido no rol do art. 55 da CF. No mesmo sentido, rezaria o art. 15 que a cassação de direitos políticos, sua perda ou suspensão só poderiam ocorrer nos casos previstos pelo próprio dispositivo constitucional³⁰⁷.

De fato, a norma contida no art. 15 da Constituição, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não comportaria exceção à vedação que, peremptoriamente, faz à cassação dos direitos políticos³⁰⁸. Em decorrência, ter-se-ia que os direitos políticos comportariam restrição somente quando suprimidos os pressupostos de sua aquisição³⁰⁹.

Nesta senda, refere o autor que os casos de cassação de mandato legislativo ou executivo estão estritamente previstos na Carga Magna (art. 52, parágrafo único, 55, 85 e 86)³¹⁰. Assim, entende que o “mandato, como modo pelos quais a cidadania se expressa e a soberania popular se expressa na democracia representativa”³¹¹, somente pode ser cassado quando expressamente autorizado no texto constitucional, nas estritas e taxativas hipóteses previstas.

Em síntese, o mandato popular somente poderia ser cassado autorizadamente pela Constituição Federal, nas estritas hipóteses dos artigos acima enumerados³¹².

³⁰⁵ Id.

³⁰⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária...*, p. 23.

³⁰⁷ MEZZAROBIA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais...*, p. 54.

³⁰⁸ Id.

³⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição...*, p. 230-234.

³¹⁰ Id.

³¹¹ Id, p. 239. Parte Clève, dessa premissa, e conclui, citando José Afonso da SILVA, “que a Constituição vai mais longe, pois, por meio do art. 15, declararia que a cassação de direitos políticos, cuja perda e suspensão, somente poderia se operar nos estritos casos mencionados no mesmo dispositivo”. (Parte CLÈVE, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária, impeachment e Justiça Eleitoral, estudo de caso*, p. 23).

³¹² *Ibid.*, p. 239.

A doutrina também fundava tal posição nas razões teóricas, próprias da fundação do sistema constitucional brasileiro, em especial, como ressaltado acima, da natureza do mandato representativo.

Clève enfatizava que, “a despeito de a Constituição admitir o instituto da fidelidade partidária, nem por isso a natureza do mandato parlamentar sofreu radical deslocamento de significação”, dado que o país continua por não adotar a figura o mandato imperativo³¹³.

Dessa feita, o exercício do mandato decorreria dos poderes conferidos pelo sistema constitucional que dota o mandatário de autonomia para sujeitar-se somente aos ditames de sua consciência³¹⁴. Tal razão conferiria a impossibilidade do dispor livremente sobre o mandato, pois do contrário, estar-se-ia ofendendo a natureza da representação³¹⁵.

Em decorrência, o único condicionamento ao exercício do mandato eletivo previsto na Constituição decorreria do controle exercido pelos próprios partidos políticos sobre os seus quadros, a partir das regras estabelecidas legitimamente em seus estatutos. Seriam estes que, do ato de infidelidade, procederiam à apuração e punição, nos limites do que dispusesse o respectivo estatuto³¹⁶. Esta poderia variar de “simples advertência até a expulsão”³¹⁷.

A caracterização da infidelidade partidária demanda a confluência dos seguintes requisitos: que o partido tenha estabelecido suas diretrizes partidárias; que esse estabelecimento tenha sido realizado legitimamente e o tenha sido pelos órgãos de direção de cada agremiação³¹⁸.

Pela caracterização da infidelidade, por imposição constitucional e regulamentação legal (art. 23, da LPP), deve o partido político prever em seu estatuto normas que impinjam medidas disciplinares e punitivas, cuja aplicação não poderá prescindir da garantia do direito à ampla defesa e do contraditório.

Pode ainda, o parlamentar, sofrer a penalidade de desligamento temporário da bancada a que seja ligado; de suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou da perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência

³¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária...*, p. 27.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 29.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 29-31.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 55.

³¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 407.

³¹⁸ MEZZARROBA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais...*, p 54.

da representação e da proporção partidária, na Casa Legislativa em que se vincule pelo mandato (art. 22, da LPP). Estas últimas são conseqüências da desfiliação ao partidário pelo qual fora eleito o parlamentar (art. 23, da LPP).

Fato é que, ao contrário do que dispunha a ordem constitucional anterior, o instituto da fidelidade partidária ora deve ser regulado *interna corporis*, com a garantia de não intervenção estatal na esfera da autonomia que a Constituição lhe reservou.

1.3.2.2 Disciplina partidária

Ao lado da fidelidade, a disciplina partidária também é objeto de regulação obrigatória, no âmbito *interna corporis* dos partidos políticos. Decorre, como afirma Ribeiro, da filiação partidária que “importa na aquisição de uma série de direitos e obrigações diante do partido político”³¹⁹.

A disciplina partidária pode ser definida como “caso particular da disciplina que deve prevalecer em toda e qualquer associação”³²⁰.

Mezzaroba afirma que “pelo instituto da disciplina partidária, requer-se que todos os filiados respeitem os princípios, o programa, e os objetivos da organização partidária”³²¹. Ainda, prescreve que:

Os filiados devem respeitar as regras estabelecidas nos estatutos, cumprir com seus deveres e exercer com ‘proibidade o exercício de mandatos ou funções partidárias’. No caso de falta com a *disciplina partidária*, o faltoso poderá sofrer penalidades como: advertência, suspensão, destituição do exercício de funções em órgãos do Partido ou até expulsão do filiado. Na aplicação dessas punições devem ser observados evidentemente os princípios dos direitos e garantias individuais, contidos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil³²² (Grifo no original).

Nessa esteira, tem-se que ao se filiar a partido político adquire o eleitor parcela dos direitos decorrentes da aquisição da capacidade eleitoral passiva e, em contrapartida, como decorrência lógica, estará submetido a um regime disciplinar³²³.

³¹⁹ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral...*, p. 260.

³²⁰ MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro...*, p. 279.

³²¹ Id.

³²² Id.

³²³ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral...*, p. 260.

Conclui Ribeiro que mais envolvente será o regime disciplinar quanto maior for a parcela de atribuições contraídas no âmbito do partido³²⁴. Neste sentido, leciona Silva que:

A disciplina não há de entender-se como obediência cega aos ditames dos órgãos partidários, mas respeito e acatamento do programa e objetivos do partido, às regras de seu estatuto, cumprimento de seus deveres e probidade no exercício de mandatos e funções partidárias, e, num partido de estrutura interna democrática, por certo que a que a disciplina compreende a aceitação das decisões discutidas e tomadas pela maioria de seus filiados-militantes³²⁵.

Dessa feita, denota-se que o dever à disciplina e aos preceitos programáticos de cada partido³²⁶ decorre do dever de qualquer filiado que por essa simples condição fica exposto às sanções por falta a deveres disciplinares e por desrespeito aos princípios programáticos³²⁷.

Ora, se a qualquer filiado se aplica normas afetas à disciplina partidária, não é a todo e qualquer filiado que poderão ser aplicadas as sanções decorrentes da falta de cumprimento dos preceitos originários da fidelidade partidária, mas somente aos filiados a partidos políticos que exerçam mandato eletivo.

De fato, das afirmações que se seguem, é possível concluir que existem duas classes de filiados a partidos políticos: aqueles que exercem e aqueles que não estejam no exercício de mandato eletivo³²⁸:

Mas, os filiados que estão investidos em funções partidárias ou exercem mandatos eletivos, além de se submeterem ao controle disciplinar sobre os dois pontos acima mencionados³²⁹, são ainda passíveis de sanção disciplinar por improbidade no seu desempenho³³⁰.

³²⁴ Id.

³²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p.407.

³²⁶ Registre-se a impossibilidade do sujeito manter dupla filiação no direito brasileiro, por disposição expressa do art. 22, parágrafo único, da LPP:

Art. 22. O cancelamento imediato da filiação partidária verifica-se nos casos de: (...).

Parágrafo único. Quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral, para cancelar sua filiação; se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos.

³²⁷ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral...*, p. 260.

³²⁸ Acredita-se que, apesar de ocupantes de cargos de direção partidária possam estar expostos a mais de um tipo de sanção, pertencem à classe daqueles filiados que não estejam no exercício de mandato eletivo – não mandatários.

³²⁹ Contida do parágrafo acima, sejam de “que possam ser aplicadas as sanções decorrentes da falta de cumprimento dos preceitos decorrentes da fidelidade partidária, mas somente aos filiados a Partidos políticos que exerçam mandato eletivo”.

³³⁰ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral...*, p. 260.

O artigo anterior³³¹ aborda a questão da disciplina partidária de forma bem abrangente, englobando todos os filiados, quer estejam ou não no exercício de mandatos eletivos no Legislativo. Já o dispositivo acima³³² trata especificamente da disciplina partidária a qual os detentores de mandatos legislativos estão sujeitos³³³.

Desse modo, evidência o art. 17, §1º da Constituição que, no que tange à existência de dois tipos de normas a serem estabelecidas *in interna corporis*, isto é, (i) regras de disciplina e de fidelidade partidárias; e (ii) incidência, ou não, de tais regras aos seus filiados, têm-se que “a infidelidade partidária seria hipótese mais grave de indisciplina”.

Os apontamentos de Mezzaroba seguem na direção do que aqui se conclui:

(...) qualquer ato praticado pelo representante partidário no Legislativo ou no Executivo que fira os princípios ou estatutos do *partido* somente pode ser punido disciplinarmente, no máximo, com a expulsão da agremiação. Contudo, tal medida não atinge o *mandato* do representante no Legislativo e no Executivo.

Dessa forma, não há que se falar em *fidelidade partidária*, mas sim em *disciplina partidária*, uma vez que a medida punitiva adotada pelo *partido* só pode atingir o militante faltoso, e não o seu *mandato*, já que de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil e a jurisprudência o mandato é pessoal, intocável e intransferível, mesmo que o parlamentar seja expulso do partido³³⁴.

Em decorrência, pode-se concluir que: a) a disciplina partidária é tipo de norma aplicável a todos os filiados a partidos políticos, independentemente de pertencerem à classe daqueles que exercem mandatos eletivos (mandatários) ou não (não mandatários); e b) a fidelidade partidária, em decorrência de sua conceituação³³⁵, somente é sanção aplicada a detentores de mandatos populares, notadamente parlamentares. Não seria sem razão que, dada a sua generalidade, a disposição acerca da disciplina partidária fosse transcrita em primeiro plano pelo constituinte e a fidelidade, dada a especificidade, em relação a seu alcance, fosse transcrita em segundo plano.

³³¹ Art. 23 da LPP.

³³² Art. 24 da LPP.

³³³ BARRETO, Lauro. *Comentários à lei orgânica dos Partidos políticos* : lei nº 9.096/95. Bauru: Edipro, 1997, p. 55.

³³⁴ MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro...*, p. 280.

³³⁵ “(...) fidelidade ao dever dos parlamentares federais, estaduais e municipais de não deixarem o partido pelo qual foram eleitos, ou de não se oporem às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos da direção partidária, sob pena de perda do mandato por decisão proferida pela Justiça Eleitoral”. (BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988...*, p. 613).

Segundo Ribeiro pode haver duas espécies de medidas disciplinares, conforme o alcance individual ou coletivo (aplicado aos órgãos partidários) de suas disposições. Senão veja-se:

As medidas disciplinares de alcance individual são as seguintes: I – advertência; II – suspensão por três a dez meses; III – destituição de função em órgão partidário; IV – expulsão. (...).

São previstas medidas disciplinares aplicáveis coletivamente aos órgãos partidários, compreendendo dissolução de Diretório ou destituição de Comissão Executiva pelos motivos seguintes: I – violação do estatuto, do programa ou da ética partidária, ou ainda desrespeito a qualquer deliberação regularmente tomada pelos órgãos superiores do Partido; II – indisciplina partidária³³⁶.

Ainda, como anota Lauro Barreto, extrai-se do art. 23 da Lei dos partidos políticos, que deverão ser instituídos, pelos partidos políticos, órgãos competentes para a apuração e a punição, conforme as normas estatutárias, dos casos de indisciplinas partidárias – ao que se deve somar a competência para a apuração e punição dos casos de infidelidade partidária³³⁷.

Por fim, o tipo de procedimento e o respectivo rito para a apuração das faltas e aplicação das sanções por indisciplina partidária, devem ser criados pelos próprios partidos políticos, em caráter *interna corporis*, entendendo-se que não necessariamente devam constar nos respectivos estatutos. Contudo, como os preceitos constitucionais determinam essas questões, devem sempre obedecer aos princípios postos pela Constituição, bem como nos regimes partidários.

³³⁶ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral...*, p. 260 e 261.

³³⁷ BARRETO, Lauro. *Comentários à lei orgânica dos partidos políticos: lei nº 9.096/95*. Bauru: Edipro, 1997, p. 54.

2 RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Trata-se aqui de enumerar, de forma exaustiva, o repertório de jurisprudência que conforma a base das decisões tomadas como paradigmas da alteração do entendimento jurisprudencial fixado pelo STF e TSE acerca do instituto da fidelidade partidária, para, no item seguinte, serem analisados os fundamentos das Resoluções nº 22.526/2007 e nº 22.600/2007.

Desse modo, proceder-se-á, ao final, uma análise da Resolução nº 22.610/2007 que enumera hipóteses e disciplina o procedimento dirigido à decretação da perda de mandato eletivo em decorrência da *desfiliação partidária*.

Em **02 de abril de 1987**, por meio da **Consulta nº 8.522/DF**, relatada pelo Min Carlos Mário da Silva Velloso, o Deputado Federal Joacil de Brito Pereira, questionou:

(...) no caso de ter havido aliança de partidos, no último pleito de 15 de novembro passado, nas eleições pelo sistema de representação proporcional, preenchendo um deles quatro lugares e o outro um, sendo o 2º suplente do partido que conseguiu apenas uma vaga, esse 2º suplente passará a ser primeiro do seu partido após a eleição, ficando o outro como 1º suplente, também, do único representante eleito pela sua legenda?

E ainda, a resolução 13266 de 29 de outubro de 1986, que contém instruções para a apuração das eleições de 15 de novembro estabelece: 1. Estarão eleitos pelo sistema proporcional, para a Câmara dos deputados e Assembléias legislativas, os candidatos mais votados de cada partido ou coligação, tanto quantos indicarem o quociente partidário e o cálculo da distribuição das sobras (art. 44); 2. O preenchimento dos lugares com que cada

partido ou coligação for contemplada far-se-á segundo a ordem de votação nominal dos seus candidatos (§ 1º, art.47-Código Eleitoral, art.109, § 1º). 3. Considerar-se-ão suplentes da representação partidária ou da coligação, os não eleitos dos respectivos partidos ou coligações, havendo empate na votação, na ordem decrescente de idade,

O Tribunal ofereceu resposta dizendo que os candidatos eleitos com maior votação nominal pertenceriam tanto ao partido como à coligação, devendo exercer o mandato sob a legenda do partido ao qual se encontra filiado.

Em primeiro de agosto de 2007, por meio da **Consulta nº 1.423/DF**, relatada pelo Min. José Delgado, o Deputado Federal Ciro Nogueira Lima Filho indagou: “(...) os deputados federais e estaduais eleitos que migraram do partido político que o elegeram para outro da mesma coligação perderão os mandatos legislativos?”.

O Tribunal, por unanimidade, a partir do voto do Min. Relator, citando o voto prolatado pelo Min. César Asfor Rocha, quando da Consulta nº 1.398/2007, decidiu que o mandato eleitoral pertence ao partido político e afirmou que também a transferência do eleito para partido da mesma coligação ocasionará a perda do cargo eletivo. Respondeu, portanto, positivamente à consulta.

Em **30 de agosto de 2007**, por meio da **Consulta nº 1.439**, relatada pelo Min. Caputo Bastos, o Deputado Federal Celso Russomano, indagou: “(...) se o candidato a cargo proporcional que, eleito, pedir transferência para outra legenda da mesma coligação pode conservar o seu mandato?”

Respondeu o Tribunal, nos termos do voto do Min. Relator, negativamente à consulta, referindo que a formação da coligação constitui faculdade dos partidos para a disputa eleitoral, tendo existência temporária e restrita ao processo eleitoral. Assim, ainda que a transferência do eleito ocorra para legenda que tenha disputado a eleição em uma mesma coligação, tal circunstância não afastaria a possibilidade da perda do referido mandato.

Em **16 de outubro de 2007**, o Deputado Federal Nilson Mourão demanda a **Consulta nº 1.407/DF**, relatada pelo Min. Carlos Ayres Britto, que adiante será analisada com profundidade.

Em **23 de outubro de 2007**, o Deputado Federal José Carlos Araújo, demanda a **Consulta nº 1.426/DF** relatada pelo Min. Caputo Bastos nos seguintes termos:

(...) se, respeitado um ano de filiação partidária, para efeito de concorrer à eleição o detentor do mandato eletivo, dos cargos de vereador, deputado estadual ou federal e prefeito, pode transferir-se de partido pelo qual foi eleito, sem prejuízo de seu mandato e em que prazo?

O Tribunal respondeu, por unanimidade, nos termos do voto do Min. Relator, negativamente a Consulta, considerando as manifestações do Tribunal nas consultas 1.398 e 1.407, em que restou confirmado que o mandato eletivo pertence aos partidos políticos e não aos eleitos, que o detentor do mandato eletivo, seja pelo sistema majoritário ou proporcional, perderá o seu mandato no caso de transferir-se para partido diverso daquele pelo qual foi eleito.

Em **6 de novembro de 2007**, o Deputado Federal Hidekazu Takayama, demanda a **Consulta nº: 1.409/DF**, de relatoria do Min. Arnaldo Versiani, nos seguintes termos: “(...) se o deputado sobre qual o período inicial de vigência da Resolução nº 22610/2007 e ainda, como se dará a aplicação da perda do cargo eletivo no caso de haver fusão partidária?”

Respondeu o Tribunal, por unanimidade, nos termos do voto do Relator que, de acordo com o artigo 13 da Resolução nº 22610/2007, ela será aplicada às desfilições consumadas após 27 de março de 2007 para eleitos pelo sistema proporcional e, após 16 de outubro do mesmo ano, no caso de eleitos pelo sistema majoritário. Sobre a desfiliação nos casos de fusão partidária o Tribunal esclareceu que deverá ser aplicado o artigo 1º, I, § 1º da citada resolução, a qual considera como justa causa a mudança de partido quando houver fusão ou incorporação.

Em **13 de dezembro de 2007**, o Deputado Federal Eduardo Henrique da Fonte de Albuquerque Silva, demanda a **Consulta nº 1.482/DF**, de relatoria do Min. Caputo Bastos nos seguintes termos:

(...) o suplente tem legitimidade para pleitear o mandato do titular que tenha se desfilado ou transferido a outra agremiação em caso de omissão do referido partido? E ainda, se o eleito se transferiu do partido A para o partido B antes de 27 de março de 2007, e para o partido C depois desta data, tem o partido A o direito de pleitear o respectivo mandato?

O Tribunal, por unanimidade, respondeu positivamente à primeira questão, nos termos do voto do Min. Relator, invocando a aplicação do artigo 1º, § 2º da Resolução nº 22.610/2007 a qual dispõe que “quando o partido político não formular

o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) dias subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público Eleitoral”. Neste sentido, tem-se que a legitimidade do suplente para pleitear a perda do mandato eletivo é inerente à própria natureza do cargo que já traz consigo a figura do suplente. Assim, o interesse jurídico do suplente “tem condição jurídica que integra o seu patrimônio jurídico”. Ainda, citando o voto do Min. José Delgado no AC nº 8 668 de 04.09.2007: “a vaga surgida em função de haver o detentor do mandato se desfiliado ou se transferido da agremiação partidária, sob cuja legenda foi conquistada, confere ao suplente o legítimo direito de pleiteá-la como a sua”.

O Tribunal, em relação à segunda indagação, por unanimidade, nos termos do voto do Min. Relator negou a Consulta, com fundamento no artigo 13 da Resolução nº 22.61/2007, de onde se lê: “esta resolução entra em vigor na data de sua publicação”. Tal denota que sua aplicabilidade apenas dá-se às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto aos eleitos pelo sistema majoritário, em razão da observância do princípio da segurança jurídica (de forma a garantir estabilidade às situações administrativas).

Assim sendo, o partido “A” não poderá requerer a perda do cargo eletivo simplesmente porque o eleito se transferiu para o partido “B” em data anterior à vigência da Resolução nº 22.610/2007.

Em **18 de março de 2008**, o Senador da República Sebastião Machado Oliveira, por meio **Consulta nº 1.509/DF** de relatoria do Min. Cezar Peluzo, indagou:

(...) se o entendimento legal a partir do julgamento da Consulta nº 1398/DF se aplica às eleições em que dois ou mais partidos disputam pleito em coligação? Ainda, se o partido que participou de coligação no período eleitoral pode requerer o cargo isoladamente ou se a coligação subsiste para este fim, após a eleição? E, finalmente, se o eleito é nomeado para cargo incompatível com a função parlamentar, na consideração de que as vagas pertencem aos partidos, o critério de preenchimento dessa vaga será o critério partidário na exata proporção de votos com que cada partido contribuiu na eleição para obtenção do quociente eleitoral, ou o preenchimento será pelo critério de votos atribuindo a cada candidato da coligação individualmente considerado?

O Tribunal, por unanimidade, com base no voto do Min. Relator, respondeu positivamente a primeira e a segunda indagações, e não conheceu a terceira. Nesta esteira, firmou entendimento de que as consultas nº 1.398/2007 e nº 1.407/2007 se

aplicam também às eleições disputadas sob o regime de coligações, já que tal tema foi considerado em ambas às consultas.

Posteriormente, sob o fundamento de que a coligação se constitui em instituição temporária que vigora apenas durante o período eleitoral, entendeu que quando houver assunção do cargo eletivo por meio de coligação, o mandato continua a pertencer ao partido político, único legitimado a deter tal mandato.

Dessa forma, com relação à segunda parte do questionamento, entendeu que o partido a que pertence o eleito é o único a ter legitimidade para pleitear o mandato em caso de desfiliação partidária.

Por fim, a última indagação não foi conhecida com amparo no artigo 55 da Constituição Federal, sob o fundamento de que a possível perda do mandato motivada por nomeação de parlamentar para exercício de atividade incompatível com a função parlamentar não é objeto de matéria sujeita à competência do TSE.

Em **19 de junho de 2008**, o Partido da Mobilização Nacional – PMN, demanda a **Consulta nº 1.484/DF**, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, em que questiona:

(...) se, mesmo nos casos em que houver previsão estatutária definida para a perda do mandato, o partido está limitado aos prazos e impedido de requerer os mandatos dos que se desfilaram sem justa causa em data anterior? E, prevalecendo a norma estatutária, o prazo de 30 dias para a retomada do mandato também se aplica ou prevalece a norma estatutária que prevê direito de defesa em processo com curso no tribunal de Ética? Finalmente, as disposições estatutárias que tratam da matéria estariam derogadas pela decisão do Supremo?

O Tribunal, por maioria de votos, nos termos do voto do Min. Relator, vencido o Min. Marco Aurélio, respondeu positivamente à primeira pergunta, e decidiu por prejudicadas as demais, admitindo que os partidos políticos têm natureza bifronte, já que além de titulares de direitos públicos subjetivos “são também órgãos de função pública no processo eleitoral”. Ainda, considerou-se que os partidos políticos, tendo seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, estão submetidos ao “controle da Justiça Eleitoral, na extensão em que se determine a lei, sobre a existência e a validade dos atos de sua vida de relação, cuja eficácia invertem no desenvolvimento do processo das eleições”.

Concluiu, nesta senda, que a Corte estaria legitimada a atuar toda vez que provocada, a fim de exercer seu controle perante matérias de economia interna dos partidos, nas hipóteses em que houver reflexo direto no processo eleitoral.

Por fim, fundamentado no princípio da segurança jurídica, referiu que, independente do partido ter previsão estatutária para a perda do cargo eletivo em razão de desfiliação partidária sem justa causa, tendo a migração ocorrida em data anterior à delimitada pelo TSE, não poderá o partido pleitear o mandato respectivo.

Veja-se adiante as decisões paradigmáticas.

2.1 A CONSULTA Nº 1.398/2007

Formulada perante o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, pelo Partido da Frente Liberal – PFL (atualmente denominado Democratas – DEM)³³⁸, a Consulta nº 1.398/07-DF³³⁹ foi proposta nos seguintes termos:

³³⁸ Petição nº 2.813, datada de 24/09/2008, deferida por unanimidade (Ementa: Petição. Partido político. Estatuto. Alterações. Registro. Requisitos. Res.-TSE nº 19.406/95. Atendimento. - Atendidos os requisitos exigidos, defere-se o pedido de anotação das alterações estatutárias resultante da deliberação em convenção nacional da agremiação partidária. Pedido deferido - aprovação, convenção nacional, Democratas (2007) (Decisão nº 22.899, Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, publicada no DOU/DJE - Diário da Justiça Eletrônico, p. 58, em 14/08/2008).

³³⁹ Editada na forma da Resolução nº 22.526, data de 27 de março de 2007, foi relatada pelo Min. Francisco Asfor Rocha, e publicada no DJ - Diário de Justiça, vol. 1, de 08 de maio de 2007, p. 143. Segue ementada: “CONSULTA. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. CANDIDATO ELEITO. CANCELAMENTO DE FILIAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PARTIDO. VAGA. AGREMIÇÃO. RESPOSTA AFIRMATIVA”; e indexada: “Preservação, vaga, titularidade, partido político, eleição proporcional, candidato eleito, cancelamento, filiação partidária, transferência, partido político diverso, eleição, sistema proporcional, cálculo, quociente eleitoral, quociente partidário, dependência, voto, contagem, legenda, coligação partidária, identificação, diploma, condição de elegibilidade, representação partidária, subordinação, filiado, ideologia, diretriz, órgão partidário, responsabilidade, campanha eleitoral, recursos financeiros, prestação de contas, propaganda eleitoral, horário gratuito, rádio, televisão, previsão, Constituição, Brasil, estatuto partidário, inclusão, normas, fidelidade partidária, disciplina partidária, princípio constitucional, valor, norma jurídica, interpretação, direito público, diferença, direito privado, falta, previsão legal, equivalência, proibição, impossibilidade, integração, mandato eletivo, patrimônio, caráter privado, prevalência, interesse público, perda, cargo, descaracterização, sanção, ato, titular, incompatibilidade, continuação, exercício, diferença, ato ilícito,

Considerando o teor do art. 108 da Lei n° 4.737/65 (*Código Eleitoral*), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações, envolvidos no certame democrático.

Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos.

Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

Indaga-se:

Os partidos 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?

Como se extrai da leitura, o questionamento buscava resposta à indagação acerca da possibilidade de preservação pelos partidos políticos e coligações das vagas obtidas pelo sistema proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um determinado partido para outra legenda.

O tema se insere na discussão acerca do pertencimento do mandato eletivo: se ao indivíduo eleito, “à feição de um direito subjetivo³⁴⁰”, a partir da garantia do acesso ao sufrágio passivo e de regular exercício do mandato ou ao Partido político /coligação por meio de quem o eleito obteve o mandato.

Adiante, tal como nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, proceder-se-á à análise dos fundamentos dos votos proferidos sob o prisma das mesmas categorias fundamentais acima analisadas: a) do CARÁTER POLÍTICO DOS PARTIDOS POLÍTICOS; e, b) do REGIME CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS, o que abarca a sua NATUREZA JURÍDICA, a FIDELIDADE e a DISCIPLINA, no âmbito da AUTONOMIA PARTIDÁRIA.

2.1.1 O Voto Condutor

Evidenciando o CARÁTER POLÍTICO DOS PARTIDOS, a partir de seu reconhecimento constitucional, o **Min. Relator, Asfor Rocha**, citou Duverger³⁴¹ para

fundamento, diversidade, norma constitucional, voto uninominal, critérios, acessório, predominância, valoração, partido político, essencialidade, democracia, manutenção, vinculação, parlamentar, conservação, caráter excepcional, mandato parlamentar, relevância, alteração, programa partidário, perseguição, justa causa, desligamento (CVA)”.
 340 Voto do Relator, voto condutor, p. 03 da decisão.
 341 DUVERGER, Maurice. *As Modernas tecnocracias...*

evidenciar a qualidade de *protagonistas*³⁴² por aqueles assumida nas modernas democracias representativas. Asseverou que, de certa forma, estariam relegadas para segundo plano a participação popular direta e revelou a imprescindibilidade de sua intermediação³⁴³. Nesse sentido, restariam excepcionais/exóticas, as candidaturas avulsas/individuais a qualquer cargo eletivo³⁴⁴.

Aproximou a democracia representativa brasileira à *partidocracia* apontada por Duverger³⁴⁵, a partir do pressuposto da filiação partidária³⁴⁶ como condição de elegibilidade posta pela Constituição para o acesso ao *sufrágio passivo*³⁴⁷, bem como do reconhecimento da AUTONOMIA PARTIDÁRIA conferida aos partidos políticos na forma de garantia para a definição de normas sobre FIDELIDADE e DISCIPLINA PARTIDÁRIAS.

Afirmado que tanto no plano jurídico quanto no plano prático, o vínculo entre o candidato e o partido ao qual é filiado seria mais forte, senão o único elemento caracterizador da sua identidade política, concluiu pela impossibilidade de candidaturas avulsas no sistema ou pela existência de candidatos sem partidos.

Assim, seria injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertenceria ao indivíduo eleito que assim, se tornaria senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular e dela disporia privatisticamente.

Evidenciando a função política/pública do mandato eletivo, cujo regime seria diferenciado do direito dos particulares e, por isso mesmo, protegido de pretensões privadas – tal como o princípio da moralidade ao lado da autonomia privada³⁴⁸ –, infirmou que não seria possível ao eleito dispor do mandato eletivo a qualquer título.

Nessa linha, concluiu que o mandato parlamentar pertenceria ao partido político, pois tanto à legenda/coligações seriam atribuídos os votos dos eleitores quanto seria delas o suporte necessário à eleição – condução ideológica,

³⁴² Resolução nº 22.526, p. 03.

³⁴³ Dessa forma a sua essencialidade para o funcionamento da democracia representativa.

³⁴⁴ Id.

³⁴⁵ Ibid., p. 04.

³⁴⁶ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:(...).

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:(...);

V - a filiação partidária;(...). Disponível em: <Brasil:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. 31/06/2009.

³⁴⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidades e inelegibilidades*. São Paulo: Dialética, 2004.

³⁴⁸ Cujo campo pressupõe “que o que não previsto é proibido” (ATALIBA, Geraldo. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense Editora, 1982).

estratégica, propagandística e financeira dos partidos que prestam inclusive, contas à Justiça Eleitoral (detêm o controle do acesso aos programas rádio e televisão, instrumentos que não estão ao alcance dos interessados). Essas razões confeririam a ilegitimidade de afirmações tendentes a considerar que o mandato pertence aos eleitos³⁴⁹.

Ao lado dos princípios constitucionais evocados, embasou a posição pelo pertencimento do mandato eletivo proporcional ao partido político em determinadas regras do Código Eleitoral, quais sejam: a) artigo 108³⁵⁰, segundo o qual bastaria referir que “os candidatos eleitos o são com os votos do Partido político”³⁵¹; b) artigo 175, §4³⁵², que define serem os votos contados aos partidos na hipótese do candidato ser declarado inelegível após a eleição ou tenha o registro de candidato cancelado; e, c) artigo 176³⁵³, que define outras hipóteses em que os votos também são contados à legenda³⁵⁴.

Para a obtenção de tais conclusões, fundou sua interpretação constitucional na doutrina de Paulo Bonavides³⁵⁵, procedendo uma aplicação imediata dos princípios ao caso concreto e pugnando pela sobreposição destes sobre as normas de organização dos partidos políticos³⁵⁶.

³⁴⁹ Id.

³⁵⁰ Art. 108 - Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido. Disponível em: Brasil: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. 31/06/2009.

³⁵¹ Id, p. 08.

³⁵² Art. 175. Serão nulas as cédulas: I - que não corresponderem ao modelo oficial;(...).

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. 31/06/2009.

³⁵³ Art. 176. Contar-se-á o voto apenas para a legenda, nas eleições pelo sistema proporcional:

I - se o eleitor escrever apenas a sigla partidária, não indicando o candidato de sua preferência;

II - se o eleitor escrever o nome de mais de um candidato do mesmo Partido;

III - se o eleitor, escrevendo apenas os números, indicar mais de um candidato do mesmo Partido;

IV - se o eleitor não indicar o candidato através do nome ou do número com clareza suficiente para distingui-lo de outro candidato do mesmo Partido. Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. 31/06/2009.

³⁵⁴ a) o eleitor escrever apenas a sigla partidária, não indicando o candidato de sua preferência; b) o eleitor escrever o nome de mais de um candidato do mesmo Partido; c) o eleitor, escrevendo apenas os números, indicar mais de um candidato do mesmo Partido; d) o eleitor não indicar o candidato através do nome ou do número com clareza suficiente para distingui-lo de outro candidato do mesmo Partido.

³⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

³⁵⁶ Registra que *sem isso se instalada, nas relações sociais e partidárias, uma alta dose de incerteza, e dúvida, semeando alterações ocasionais e fortuitas nas composições das bancadas parlamentares,*

Por outro prisma, propôs a revisão da Teoria Estruturalista do Direito com o objetivo de afastar a tendência de explicação do fenômeno jurídico somente na sua dimensão formal positiva, para consagrar os valores na construção do sentido da norma. No mesmo escopo, pontuou a recomendação de Norberto Bobbio³⁵⁷ no que se refere à compreensão teleológica do ordenamento jurídico.

Ainda, justificando a decisão com argumentos fáticos³⁵⁸ e posição de ordem moral, apontou o papel das Cortes de Justiça, que, ao abandonarem a visão positivista tradicional, deveriam contribuir na definição do sentido finalístico do Direito. Nessa linha, pelas exigências da teoria jurídica contemporânea buscou compreender o ordenamento juspositivo na sua função funcionalista³⁵⁹, e assim, não somente considerou dotadas de força normativa as “regulações normatizadas”, mas também os princípios constitucionais³⁶⁰.

Por fim, excepcionando a regra da manutenção dos mandatos eletivos pelos partidos políticos, quando da mudança de legenda pelo eleito, registrou as situações em que não considera a quebra do vínculo de fidelidade (alteração do ideário partidário ou odiosa perseguição política) e respondeu afirmativamente à Consulta, concluindo que os partidos políticos e as coligações conservam o direito de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido à outra legenda.

Alterou, dessa forma, a orientação jurisprudencial firmada pelos tribunais superiores sob a justificativa de que esta não estaria sintonizada com a racionalidade contemporânea que recepciona a idéia de força normativa dos princípios constitucionais, refratários a “tudo o que represente infração à probidade e à moralidade administrativas e públicas”³⁶¹.

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 - Id, p. 07 e 08.

³⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Editora Manole, 2007.

³⁵⁸ Mediante o exemplo tirado na atual legislatura da Câmara dos Deputados, o que atestaria a *infidelidade* - a partir da troca ou cancelamento de filiação à legenda pela qual foram eleitos; e demonstraria tratarem do mandato como “coisas particulares”. Observa ainda que somente 6,04% dos 513 deputados federais eleitos alcançaram por si o quociente eleitoral. Dessa forma, a Justiça Eleitoral não poderia amparar eventual legitimidade de “absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária” que eventualmente recebesse os mandatários eleitos por outros partidos – *Ibid.*, p. 06.

³⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função...*

³⁶⁰ Resolução nº 22.526, p. 06.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 07.

2.1.2 Manifestações Consoantes

O Min. Marco Aurélio acompanhou o voto condutor para responder afirmativamente à Consulta, declarando a vinculação do candidato eleito ao partido, o qual realizaria um serviço à nação brasileira³⁶². Entendeu ser impossível não responder afirmativamente à Consulta, como adiante se verificará³⁶³.

Em seu voto, o Ministro reconheceu a AUTONOMIA dos partidos políticos e a liberdade de sua criação consagrada pelo artigo 17 da Constituição vigente, dando-lhe ênfase; pugnou pela manutenção do afastamento da possibilidade de existirem candidaturas avulsas no sistema eleitoral brasileiro, tal como instituídas pela Carta Magna de 1946³⁶⁴.

Preceituou que a imposição do artigo 14, §3º da Constituição a respeito da obrigatoriedade da filiação partidária para a disputa de cargos eletivos constituir uma das condições de elegibilidade³⁶⁵. Asseverou que o próprio diploma expedido pela Justiça Eleitoral, com base nas normas em vigor, registraria os partidos/coligação que respaldariam a eleição³⁶⁶.

Enfatizou que as campanhas eleitorais, em última análise, são financiadas por recursos públicos, por meio do fundo partidário, cuja aplicação de receitas é comprovada pelos partidos políticos perante a Justiça Eleitoral³⁶⁷. Pontuou que o tempo do horário eleitoral gratuito é distribuído a partir da composição da bancada que cada partido detém³⁶⁸.

Quanto à REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL afirmou que teriam sido conferidas aos partidos políticos garantias, tais como o direito aos recursos do fundo partidário, o acesso gratuito ao rádio e televisão, “com balizamento ditado pela legislação ordinária”, a partir das cadeiras ocupadas na Câmara dos Deputados³⁶⁹.

³⁶² Id., p. 13.

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ Ibid., p. 10.

³⁶⁵ Ib.

³⁶⁶ Ib.

³⁶⁷ Ib.

³⁶⁸ Ib.

³⁶⁹ Id.

Ainda no âmbito da DISCIPLINA PARTIDÁRIA, asseverou que o art. 25 do mesmo diploma³⁷⁰ prescreveu autorização ao partido político para estabelecer em seu estatuto, “além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários”.

Na mesma linha, verificou que o art. 26 da Lei dos Partidos Políticos³⁷¹ determinou a perda automática da função ou do cargo ocupado na respectiva casa, em virtude da proporção partidária, ao parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito³⁷².

Pontuou a diferenciação do aspecto normativo formal e material da decisão, da realidade fática, no âmbito da política brasileira, que havia registrado 40 trocas de partidos na última legislatura, o que ocorreria no âmbito da Administração Pública *lato sensu*, seara de incidência dos princípios insertos no art. 37 da Constituição³⁷³. Por fim, declarou não verificar conflito entre normas regentes da espécie.

O **Min. Cezar Peluso**, que também acompanhou o voto condutor, respondeu à Consulta afirmando que “os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando, sem justificção, ocorra o cancelamento de filiação ou de transferência do candidato para outra legenda”³⁷⁴.

No âmbito da REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL, o Ministro considerou a essencialidade dos partidos políticos na democracia representativa, que, sob o viés funcional constituem “elemento agregador e expressivo do ideário

³⁷⁰ Art. 25. O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

³⁷¹ Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito. Disponível em: <Brasil: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9096.htm>, Lei dos Partidos Políticos/Lei Federal 9.096/1995>. 31/06/2009.

³⁷² Decisão, p. 12.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ *Id.*, p. 39.

político dos cidadãos”³⁷⁵. Desse modo, entendeu que não se concretizaria a representação popular sem o intermédio do Partido político³⁷⁶.

Concluiu que dadas as peculiaridades do sistema representativo proporcional, o seu funcionamento baseia-se na obtenção, pelo partido político, de determinado número de cadeiras nas Casas Legislativas que serão destinadas aos candidatos mediante a aplicação das fórmulas contidas nos *quocientes eleitoral e partidário* e, também, pela redistribuição das sobras³⁷⁷.

Afirmou que não seria admissível o abandono, pelo eleito, dos quadros dos partidos, pois a sua eleição se dá por meio de *patrimônio partidário de votos* alcançados partidariamente, seja em razão dos recursos aplicados nas eleições, ou em razão do sistema partidário de prestação de contas à Justiça Eleitoral³⁷⁸.

Verificou que a realidade fática evidencia que a regra geral fixada pela rotina demonstra que contribuição do eleito com os votos individuais se dá em pequena proporção em relação aos votos atribuídos à legenda partidária, pois **o voto proporcional seria dado às idéias, ao partido, ao grupo** (Gilberto Amado)³⁷⁹.

Dessa forma, asseverou que embora a “natureza do mandato parlamentar não prescinde da indefectível conformação partidária”, “a representação popular no Brasil somente se efetiva pela intermediação de partido político, condição haurida expressamente do plano constitucional” (conforme Auro Augusto Caliman)³⁸⁰.

No que se refere à representação proporcional no Brasil, apontou, no âmbito da REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL, a importância do pluralismo político³⁸¹.

Reconheceu também que nas peculiaridades do ordenamento brasileiro se admite, nas eleições proporcionais, tanto o voto nominal como o voto no partido. Com base em Luís Virgílio Afonso da Silva apontou uma “tendência que o eleitor vote no partido por razões programáticas e ideológicas, e raramente por simpatia

³⁷⁵ Id., p.16.

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ Id., p. 16-18.

³⁷⁸ Id., p. 18.

³⁷⁹ Id., p. 19-20.

³⁸⁰ Id., p. 20. Cita CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato Parlamentar: aquisição e perda antecipada*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 44.

³⁸¹ Id., p. 21.

pessoal”, motivo pelo qual entendeu que o mandato pertence ao partido e não à pessoa do mandatário³⁸².

Nesse sentido, perquiriu “à luz das premissas da função do Partido político na organização da vida política e da natureza partidária dos mandatos nas eleições proporcionais, (...) o alcance da vinculação entre candidato e o partido: se tal vinculação esgotar-se-ia no momento das eleições, no ato da proclamação dos eleitos, na posse, ou a ligação seria mais forte?”.

Indicou que tal resposta pressupõe a compatibilização entre a liberdade de filiação e a necessidade de observância da FIDELIDADE PARTIDÁRIA³⁸³.

Apresentou soluções contrapostas, com base em teorias firmadas pela Corte Constitucional na década de 50 (voto do Min. Victor Nunes Leal), quais sejam: a) proibição da filiação do trãnsfuga de qualquer agremiação partidária, com preservação de seu mandato; ou b) retenção da vaga pelo partido, garantindo-se o ingresso do trãnsfuga noutra.

Procedeu à avaliação de cada qual sob os ângulos constitucional e legal.

Sob o ângulo constitucional, adotou a segunda solução para a resposta à questão, dada a natureza partidária do mandato. Evidenciou a característica da democracia partidária emanada da Constituição – inaugurada pelo princípio do pluralismo partidário, ao lado da função político-ideológica dos partidos políticos. Ressaltou, no voto, que “*a fidelidade – lealdade ao programa e às normas fixadas caracteriza-se como elementos essenciais à preservação dos partidos e ao próprio Estado de Partidos, e de que a Constituição pretende garantir o prestígio dos partidos exigindo a presença de regras atinentes à fidelidade e à disciplina partidárias no estatuto de cada agremiação*”³⁸⁴.

Ao passo que reconheceu o entendimento expresso pela Corte Constitucional a partir do Voto do Min. Victor Nunes Leal de que competiria ao partido e a ninguém mais a sanção pela quebra do princípio da fidelidade partidária, declarou que o objeto da Consulta não se restringia à questão da fidelidade

³⁸² Id., p. 21-22. Cita Luís Virgílio Afonso da Silva. *Os sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros.

³⁸³ Id., p. 23 e 24.

³⁸⁴ Id., p. 25.

partidária, mas sim, ao *fato externo da mudança de partido*³⁸⁵, ao contrário da matéria das coligações partidárias, pois de caráter *interna corporis* absoluto³⁸⁶.

Refutou a posição doutrinária que entende, na linha proposta pelo voto, transformar o parlamentar em “*mero autômato, em boca sem vontade, destinado apenas a expressar, sem independência e violentando a sua consciência e liberdade de convicção, as deliberações tomadas pelos órgãos partidários*”³⁸⁷.

Concluiu, que o fundamento da questão suscitada na Consulta, *sobre a legitimidade do mandato representativo proporcional* é outro, diverso das questões que seriam reguladas pelo art. 17, parágrafo primeiro da Constituição, que alcançaria as relações internas entre partidos e representantes, mas sim, como registrado acima, estaria voltado ao fato externo do cancelamento de filiação ou da transferência do partido, à luz da relação entre o *representante* e o *eleitor*, intermediada pelo *partido*, pelo que advertiu que se trata de *fidelidade ao eleitor* e não de FIDELIDADE PARTIDÁRIA³⁸⁸. Nesse sentido, preceituou que cada qual das situações apresenta fundamento constitucional autônomo³⁸⁹.

A despeito de reconhecer não haver regra expressa que contemple a situação, se inclinou ao que denominou “interpretação sistemática”, para concluir que, em decorrência da aplicação do mecanismo da representação proporcional, as vagas obtidas por meio do *quociente partidário* pertencem ao partido³⁹⁰. Isso, pois, seria a *vinculação candidato-partido imanente ao próprio sistema representativo proporcional adotado pelo ordenamento jurídico*, do que a mudança injustificada de partido aniquilaria o fundamento estrutural que conferiria legitimidade ao exercício do mandato pelo representante³⁹¹.

Ainda, aduziu que pela aplicação dos artigos 14, parágrafo terceiro, inciso quinto c/c o parágrafo único do artigo primeiro, sendo a filiação partidária condição de elegibilidade, *requisito e pressuposto constitucional do mandato*, seu

³⁸⁵ Tal posição desconsidera a plena eficácia da garantia da AUTONOMIA PARTIDÁRIA.

³⁸⁶ No mesmo sentido que trataram Roberto Amaral e Sérgio Sérulo da Cunha, em crítica ao disposto no art. 4º, §1º, da Resolução TSE nº 22.993/2002.

³⁸⁷ Id., p. 27. Cita CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade...*, op. cit, p. 23-25.

³⁸⁸ Id., p. 28.

³⁸⁹ Id., p. 30.

³⁹⁰ Id. p. 28.

³⁹¹ Id., p. 30.

cancelamento, quando não justificado, constitui a preservação da vaga na esfera do partido de origem³⁹².

Ofereceu as seguintes distinções para a solução da Consulta à vista da relação complexa entre eleitor-partido-representante:

1) o candidato eleito que se desfiliar do partido que o elegeu, *em regra*, terá subtraído o mandato em favor do partido por que se elegeu, em decorrência da quebra de tal relação, para fins de preservação da vontade política expressa pelo eleitor no momento do voto; não teria a natureza de sanção, porque a mudança de partido não configuraria ato ilícito, mas de reconhecimento da inexistência de direito subjetivo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo (*sic*) do eleito à preservação. Diferiria da sanção prevista pelo rol expresso de atos ilícitos no artigo 55 da Constituição, pois se configuraria reação do ordenamento à incidência em atos ilícitos;

2) algumas exceções devem ser previstas para o resguardo da relação complexa infirmada, sejam da mudança significativa de orientação programática do partido ou da ocorrência de perseguição política no âmbito do partido de que se desfilou, pelo que restaria autorizado o eleito a transferir-se de partido, conservando o mandato. Isso, pois, o partido teria rompida a referida relação complexa e não o eleito como na hipótese acima.

Já sob o ângulo legal, infraconstitucional, fundamentou a decisão em vários dispositivos do Código Eleitoral e da Lei das Eleições, pelo que pretendeu “revelar a dimensão de primazia do Partido político no sistema eleitoral pátrio, e evidenciar a natureza indissolúvel do vínculo entre o representante e a agremiação específica sob cuja égide se elegeu”³⁹³. Entende que com isso estaria confirmada a “preponderância axiológica do partido político na conformação e funcionamento do sistema representativo proporcional e seu alto grau de vinculação com os candidatos”³⁹⁴.

Dessa forma, citou que:

³⁹² Id., p. 29.

³⁹³ Id., p. 36.

³⁹⁴ Id., p. 33.

a) o artigo 11, inciso terceiro³⁹⁵, da “Lei das Eleições” prevê a prova de filiação partidária para o deferimento do registro de candidatos pelos partidos e coligações³⁹⁶;

b) o artigo segundo do Código Eleitoral³⁹⁷ dispõe que *os mandatários serão escolhidos dentre os candidatos indicados pelos partidos políticos nacionais*³⁹⁸;

c) o capítulo que dispõe sobre o registro de candidatos – artigo 87, 88, 90, 91, 94 e 96³⁹⁹, *restringe à concorrência nas eleições para os candidatos registrados por partidos, versando sobre a obrigatoriedade da filiação partidária para o acesso ao sufrágio passivo*⁴⁰⁰;

³⁹⁵ Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

§ 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos:(...);

III - prova de filiação partidária;(...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. 31/06/2009.

³⁹⁶ Id., p. 33.

³⁹⁷ Art. 2º Todo poder emana do povo e será exercido em seu nome, por mandatários escolhidos, direta e secretamente, dentre candidatos indicados por partidos políticos nacionais, ressalvada a eleição indireta nos casos previstos na Constituição e leis específicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. 31/06/2009.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Art. 87. Somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos.

Parágrafo único. Nenhum registro será admitido fora do período de 6 (seis) meses antes da eleição.

Art. 88. Não é permitido registro de candidato embora para cargos diferentes, por mais de uma circunscrição ou para mais de um cargo na mesma circunscrição.

Parágrafo único. Nas eleições realizadas pelo sistema proporcional o candidato deverá ser filiado ao partido, na circunscrição em que concorrer, pelo tempo que for fixado nos respectivos estatutos.

Art. 90. Somente poderão inscrever candidatos os partidos que possuam diretório devidamente registrado na circunscrição em que se realizar a eleição.

Art. 91. O registro de candidatos a presidente e vice-presidente, governador e vice-governador, ou prefeito e vice-prefeito, far-se-á sempre em chapa única e indivisível, ainda que resulte a indicação de aliança de partidos.

§ 1º O registro de candidatos a senador far-se-á com o do suplente partidário.

§ 2º Nos Territórios far-se-á o registro do candidato a deputado com o do suplente.

Art. 94. O registro pode ser promovido por delegado de partido, autorizado em documento autêntico, inclusive telegrama de quem responda pela direção partidária e sempre com assinatura reconhecida por tabelião.

§ 1º O requerimento de registro deverá ser instruído: (...);

IV - com prova de filiação partidária, salvo para os candidatos a presidente e vice-presidente, senador e respectivo suplente, governador e vice-governador, prefeito e vice-prefeito; (...).

Art. 96. Será negado o registro a candidato que, pública ou ostensivamente faça parte, ou seja adepto de partido político cujo registro tenha sido cassado com fundamento no artigo 141, § 13, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. 31/06/2009.

⁴⁰⁰ Ibid.

d) o artigo 108 do Código Eleitoral⁴⁰¹ define a equação para o cálculo do número de vagas a preencher pelos partidos políticos a partir do cálculo do *quociente partidário*⁴⁰²;

e) o parágrafo quarto do artigo 175 do Código Eleitoral⁴⁰³ determina que aos partidos políticos pertencem os votos do candidato que não possam assumir o mandato⁴⁰⁴;

f) o artigo 215 do Código Eleitoral⁴⁰⁵ registra que o diploma outorgado aos eleitos a indicação da legenda/coligação vincula os eleitos à legenda da qual se valerem para alçar o cargo⁴⁰⁶.

Concluiu, registrando o caráter intrinsecamente partidário do sistema político brasileiro pelos cargos ocupados na proporção dos *quocientes eleitorais*, que transforma a relação entre o eleito e o grupo político por quem foi representado durante o processo eleitoral que seria essencial à identificação dos fundamentos que outorgam legitimidade ao mandato eletivo proporcional⁴⁰⁷.

Por fim, asseverou que a NATUREZA POLÍTICA DOS PARTIDOS pressupõe a condição de “entes intermediários entre o povo e o Estado, integrados no processo governamental⁴⁰⁸”.

Por sua vez, o **Min. Carlos Ayres Britto** respondeu à Consulta de forma convergente aos referidos votos, reafirmando que o partido político preserva a vaga daquele filiado que, detentor do mandato parlamentar, migra para outra sigla, exceto

⁴⁰¹ Art. 108 - Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. 31/06/2009.

⁴⁰² Id., p. 34.

⁴⁰³ Art. 175. Serão nulas as cédulas:(...);

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. 31/06/2009.

⁴⁰⁴ Id., p. 75.

⁴⁰⁵ Art. 215. Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.

Parágrafo único. Do diploma deverá constar o nome do candidato, a indicação da legenda sob a qual concorreu, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do juiz ou do Tribunal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. 31/06/2009.

⁴⁰⁶ Id., p. 36.

⁴⁰⁷ Id., p. 37.

⁴⁰⁸ Ibid. Cita CAGGIANO, Mônica Salem. *Sistemas eleitorais x representação política*. Brasília: Senado Federal, 1990

nas outras situações proclamadas anteriormente⁴⁰⁹. Neste caso de exceção, a subsistência do mandato seguiria a função representativa⁴¹⁰.

Manifestou concordância quanto à terceira hipótese para a preservação do mandato pelo eleito, tal como incorporada pelo Min. Asfor Rocha em seu voto⁴¹¹, de migração de eleito em razão da desnaturação ideológica do Partido político⁴¹².

Destarte, procedeu ao registro do limite materialmente posto pela Constituição para a restrição do direito político posto pelo artigo cinquenta e cinco⁴¹³, alçado à espécie de direito fundamental, desde a garantia da não restrição do livre exercício do mandato eletivo, e quiçá de seu cancelamento, autorizado somente diante das hipóteses taxativamente previstas no mesmo rol; aderiu o voto condutor sob o fundamento de que tais hipóteses tratar-se-iam de sanção, enquanto, nos termos do voto anterior, a desfiliação partidária praticada voluntariamente não corresponderia a ato ilícito⁴¹⁴.

Por fim, registrou atender a decisão os anseios de uma autêntica cidadania, sobretudo em momento de “profunda crise ideológico moral da vida partidária⁴¹⁵”.

⁴⁰⁹ Id., p. 46.

⁴¹⁰ Id., p. 46.

⁴¹¹ Id., p. 47.

⁴¹² A deserção das bases ideológicas se daria pelo próprio partido, enquanto o candidato preservaria a sua posição ideológica, em caráter de resistência. Considera o voto que tal ação não configuraria deserção ou traição ideológica. A migração partidária restaria justificada por imperativo de resistência ideológica do membro do partido.

⁴¹³ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. 31/06/2009.

⁴¹⁴ Id., p. 45.

⁴¹⁵ Id., p. 47.

As razões do voto do **Min. José Delgado** reafirmam o entendimento até então expressado nos votos acima registrados de que a fundamentação do sistema eleitoral proporcional brasileiro confere aos partidos políticos a titularidade dos mandatos eletivos, com algumas anotações que adiante se destaca.

Referiu que com base em registro histórico a valorização do idealismo partidário somente teria ocorrido com o advento da Constituição de 1934⁴¹⁶ que implantou o sistema proporcional, ao contrário do que ocorria no âmbito do sistema eleitoral brasileiro em 1932⁴¹⁷ - ano de sua implantação.

Pontuou que um pequeno número de deputados e vereadores se elegem com os votos nominais alcançados, sendo a maioria dependente dos votos conferidos aos companheiros de legenda.

A seu passo, asseverou que sendo a filiação partidária condição de elegibilidade, a troca de partidos concorreria, conseqüentemente, para a diminuição do grau de representatividade do regime democrático e para a quebra do princípio da representatividade, ínsito ao mesmo regime. Disso decorreria, para o Ministro, a falta de identidade partidária, a qual, sob sua óptica, não poderia ser ora admitida, justamente no momento histórico que o constitucionalismo brasileiro tende a aperfeiçoar o regime democrático e a representatividade política.

Tendo evidenciado a sua inalterada concepção de que “entre o eleitor e o candidato envolvido pela ideologia partidária há a afirmação de um negócio jurídico eleitoral”⁴¹⁸, voltado à valorização da cidadania, no âmbito do sistema proporcional, da representação partidária e do pluralismo político, concluiu que a elevada migração partidária gera o descrédito do Legislativo, a inconfiabilidade do eleitor e a violação de tal negócio jurídico eleitoral.

No que se refere à NATUREZA POLÍTICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, afirmou que estes consistem em associações voluntárias de indivíduos “portadores de cidadania política, definida por um prole (*sic*) de direitos políticos, cujo mais

⁴¹⁶ Implantou o sistema proporcional, mantendo instituída a lista oferecida pelos partidos, para a escolha uninominal pelo eleitor – id., p. 49.

⁴¹⁷ A votação se dava “em número que não excedesse os elegendos, mais um” - p. 48. Ocorria em dois turnos: enquanto do primeiro restariam eleitos os candidatos que obtivessem o quociente eleitoral e, na ordem de votação obtida, tantos candidatos registrados sob a mesma legenda quanto o quociente partidário indicasse; no segundo os demais candidatos mais votados até o preenchimento dos lugares que não tivessem o sido no primeiro turno – ibid.

⁴¹⁸ Ibid., p. 48.

importante seria o de votar e ser votado, com fidelidade a uma ideologia partidária⁴¹⁹.

Por sua vez, estabeleceu que a DISCIPLINA PARTIDÁRIA derivaria, necessariamente, da natureza dessas mesmas relações, posto que, em sendo os partidos políticos associações e, portanto, entes coletivos, o acatamento do compromisso de uma conduta disciplinada seria o pressuposto de uma adesão voluntária pelos membros à determinada estrutura normativa — expressa pelos estatutos —, ao lado da assunção ao respectivo programa político⁴²⁰.

Afirma também que em contrapartida aos direitos partidários individuais resultariam os deveres, de que derivaria a obrigação de garantir, por parte dos militantes, a unidade da ação do mesmo partido, a partir da atuação conjunta para se efetivarem as decisões tomadas de forma unitária. Nesse sentido, a técnica da maioria — “princípio democrático”⁴²¹, daria conseqüência à garantia da unidade.

Nesse sentido, em sendo o vínculo entre os partidos políticos e o sistema democrático não desconstituível⁴²² e restando a mesma instituição prestigiada pelo atual quadro constitucional a fim de rechaçar o personalismo e o individualismo, na qualidade de tendência própria de uma sociedade pluralista, o eleito não deteria a prerrogativa de levar “em seu rastro a sua suplência”⁴²³.

Por fim, citando Acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo⁴²⁴, de lavra do Magistrado Aloysio Álvares da Cruz, concluiu que “o mandato parlamentar não pertence, de direito, ao representante partidário escolhido pelo povo, mas ao partido e seus adeptos, que o sufragaram”⁴²⁵.

2.1.3 Pronunciamento Divergente

O voto divergente foi proferido pelo **Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira** que apontou a sua concordância às razões de ordem prática levantadas

⁴¹⁹ Ibid., p. 51.

⁴²⁰ Id.

⁴²¹ Id.

⁴²² Ib.

⁴²³ Ibid., p. 53.

⁴²⁴ Sem referência a número de ordem.

⁴²⁵ Consulta nº 1.398/DF....., p. 53.

pelos pares e, reconhecendo a falta de fidelidade dos eleitos aos partidos⁴²⁶, — prática que fatidicamente ocorre há tempos no País — votou divergentemente da tese acolhida pelos demais ministros, sob o fundamento principal de que: “não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato, o que constitui o objeto da consulta”.

Levantou, *a priori*, dificuldade, existente no fato de que todas as normas que justificariam a conclusão são relativas ao período eleitoral.

Concluiu que “não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato”. Preceituou que isso, no final das contas, é o objeto da consulta. Em outras palavras, pontuou que o objeto da consulta é se o partido é, ou não, o titular da vaga. No fundo, referiu que é preciso, em suma, responder se o deputado que abandona o partido pelo qual foi eleito, ao mudar de partido, perde ou não o mandato. Isto é, se fica definido que o mandato é do partido, por óbvio que o deputado vai perder, já que não existem duas vagas para cada deputado.

Indagado pelo **Min. Marco Aurélio Mello** sobre se seria mesmo imprescindível “uma norma diante dos princípios consagrados pela Constituição Federal”, bem como, interpelado pelo **Min. José Delgado** acerca de que “há muito tempo, desde que o constitucionalismo foi instituído no ordenamento jurídico do mundo, não somente do Brasil, temos princípios e postulados implícitos e explícitos das cartas magnas”; respondeu o **Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira** nos seguintes termos:

De que mesmo vencido, cumpriria a obrigação do voto. De que, em relação aos princípios implícitos - não desconhece que existem, mas lhe causaria certa estranheza o fato de, estar prestes a Constituição de completar dezenove anos, e esta ser a primeira vez que se proclama que há a aludida perda de mandato. Ou seja, teriam demorado, para perceberem esse princípio. Que em relação aos artigos das leis infraconstitucionais citadas verificou que os arts. 25 e 26 da Lei nº 9.096/95 tratam de temas diversos. Enquanto que o art. 26 estatui que perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito. Tratando-se, como se vê, de cargo que exerça "em virtude da proporção partidária na Casa.

Asseverou que isso se deve ao fato de que, nas comissões, a participação é

⁴²⁶ O que, inclusive, geraria ocasionalmente uma “coincidência: deputados de oposição passam para partidos da situação” – *Ibid.*, p. 54.

proporcional à expressão numérica dos partidos na Casa, sendo que se o parlamentar deixa o partido, deixará também de exercer o cargo na comissão.

Afirmou que o artigo 25 também não se aplica à Consulta em exame, pois o dispositivo se refere ao estatuto do partido e não cuida do tema objeto da consulta. Contudo, firmou entendimento que, de qualquer modo, o tema em debate é de índole constitucional.

Citou que quanto à questão da perda do mandato em razão da mudança de partido por parte de parlamentar, há precedentes específicos do Supremo Tribunal Federal: o mandado de segurança nº 20.927, **Rel. Min. Moreira Alves**, bem como o mandado de segurança nº 26.405, relator **Rel. Min. Gilmar Mendes**.

Enfatizou que, no primeiro, o Tribunal acolheu a prejudicialidade, sem analisar o mérito. Já na segunda demanda – Mandado de Segurança nº 20.927, relatou que teria havido o julgamento do mérito, com votos vencidos. Citou que a decisão foi assim proferida:

(...). Pelo sistema de representação proporcional, que é o adotado para a eleição dos Deputados, 'estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido' (artigo 108 do Código Eleitoral), o que estabelece, sem dúvida alguma, uma estreita vinculação entre o Partido ou a Coligação e o candidato que concorreu às eleições por um ou por outra, certo como é - e a Constituição atual o declara no artigo 14, parágrafo 3º, V - que uma das condições de elegibilidade é a filiação partidária.

Em face da Emenda nº 1/69, que, em seu artigo 152, parágrafo único (que, com alteração de redação, passou a parágrafo 5º desse mesmo dispositivo por força da Emenda Constitucional nº 11/78, estabelecia o princípio da fidelidade partidária. Deputado que deixasse o Partido sob cuja legenda fora eleito perdia o seu mandato. Essa perda era decretada pela Justiça Eleitoral, em processo contencioso em que se assegurava ampla defesa, e, em seguida, declarada pela Mesa da Câmara (arts. 152, § 5º; 137, IX; e 35, § 42).

Com a Emenda Constitucional nº 25185, deixou de existir esse princípio de fidelidade partidária, e, em razão disso, a mudança de Partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado o inciso V do artigo 35 que enumerava os casos de perda de mandato.

Na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que tem permitido a mudança de Partido por parte de Deputados sem qualquer sanção jurídica, e, portanto, sem perda de mandato.

Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, "a"; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55.

Se, esses dispositivos, que denotam o valor dado pela atual Constituição à representação partidária, não tiveram o condão de impedir a mudança de Partido por parte dos titulares de mandato de Deputado - que são os eleitos, diplomados e empossados-, o terão com

referência aos candidatos eleitos { ... } (Min. Moreira Alves).

(...) Continuo a pensar, Senhor Presidente, cada vez que vejo a dedução das razões da posição oposta, mais me convenço de que se funda ela na idealização e no transplante, para o nosso regime positivo de representação proporcional, de uma ortodoxia do sistema, pensada em termos abstratos, que a nossa Constituição não conhece. Ortodoxia que se manifesta nesta Casa, que se manifestou no desenvolvimento das discussões do caso precedente, através do eminente Min. Paulo Brossard, quando S.Exa. acabou por declinar que, para ele, o sistema iria ao ponto de sancionar com a perda do mandato também o titular que se desvinculasse da legenda pela qual se elegeu. (Min. Sepúlveda Pertence).

A Constituição de 1988 tem naturalmente um subsolo. Este consiste, basicamente, nas suas circunstâncias, no seu momento histórico. Não foi por acaso que o constituinte de 88 se omitiu de prescrever. Com a riqueza vernacular quantitativa que usou em tantos temas menores, sobre a fidelidade partidária. Não quis fazê-lo por acreditar, provavelmente, que não sairíamos ainda daquela zona cinzenta em que nos encontramos desde os acontecimentos de 64. ou, mais precisamente, desde quando dissolvidos os antigos partidos - resultando no abandono da vida pública por homens da estatura do nosso antigo colega Oscar Corrêa. Isso é uma realidade que o constituinte deve ter querido prestigiar, e ao direito positivo me atenho.

Sei que o futuro renderá homenagem à generosa inspiração cívica da tese que norteou os votos dos eminentes Ministros Celso Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches,

Receio não encontrar no direito pátrio, tal como hoje posto, o que me autoriza reclamar do suplente essa postura (...)". (Min. Francisco Rezek).

(...) Quer dizer que não houve, a meu ver, omissão na Constituição em não estabelecer o princípio de perda do mandato por infidelidade partidária, pois o tema sempre esteve presente. E tanto é certo que na Constituição anterior, que não podia ser naturalmente esquecida dos novos constituintes, havia regra expressa nesse sentido, a qual foi, como disse, amenizada pela Emenda Constitucional nº 11 (Min. Adir Passarinho).

Desse modo, concluiu e fixou sua posição o **Min. Marcelo Ribeiro**, adotando as razões do voto que transcrevera, em especial as ***considerações de caráter histórico***, posto que “não haveria espaços para a evocação de princípios implícitos quando a matéria teria sido tratada por Constituição imediatamente anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, fora retirada da atual Constituição”. Afirmou, ainda, que “o constituinte não quis que essa hipótese, de mudança de partido, pelo parlamentar eleito, acarretasse a perda do mandato”.

Citando o voto do **Min. Adir Passarinho**, definiu a sua posição nos seguintes termos:

A meu ver, os casos de perda de mandato, expressos no art. 55 são taxativos: os constantes dos itens I a VI. E tanto é certo que nos seus §§ 2º e 3º, expressamente se prevê o processamento a adotar quando as razões forem as dos itens I, II e VI, ou as dos itens III a V, a meu ver, sem nenhum espaço para hipóteses outras.

No caso de decoro parlamentar, o § 1º do aludido art. 55 admite elastério, dizendo que é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membros do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. Mas nem aí se poderá incluir a hipótese de infidelidade partidária, como aliás o Min. PAULO BROSSARD salientou no seu voto.

Na verdade, o que a Constituição prevê é que é condição de elegibilidade haver a filiação a partido político. Realmente, essa é a exigência que a Constituição faz.

No tocante à infidelidade partidária, bem como no pertinente à indisciplina, a Constituição expressamente remeteu a fixação das normas referentes a tais pontos aos Estatutos dos partidos políticos, conforme o art. 17, § 1º, o qual assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária.

Mas, nem aí, a Constituição estabelece que, como norma de fidelidade partidária, possa ser determinada a perda do mandato político. Isso não está implícito na Constituição, e na oportunidade, não é necessário enfrentar essa questão (...).

Assim, Senhor Presidente, entendo que, na verdade, no nosso sistema, ideal seria a prevalência da vinculação aos partidos políticos, e a Constituição atual está cheia de princípios nesse sentido. Há que se prestigiar os partidos políticos, e isso deixei expresso no voto anterior, quando endossei, em tese, as razões expendidas pelo Min. PAULO BROSSARD. Entretanto, não se encontra na Constituição Federal, nem na legislação pertinente, nada, absolutamente nada, que implique na perda do mandato do deputado ou do senador como, também, na perda de suplência, no caso de mudança de partido (...) (Min. Aldir Passarinho).

Adotando os vencedores no *writ* decidido em 1989 pelo STF, fixou o voto sob os seguintes fundamentos: “a) o tema em análise foi tratado na Constituição de 67/69; b) era objeto de norma expressa; c) houve modificação no texto constitucional, de modo que, hoje, não há regra que determine a perda do mandato na hipótese em questão; pois, d) o artigo 55 da vigente Constituição, em *númerus clausus*, elenca quais são os casos de perda de mandato e que não há, no citado rol, a hipótese de mudança de partido por parte de parlamentar eleito”.

Reafirmou também que, no citado voto, o **Min. Pertence** “ao mesmo tempo realça o caráter exaustivo do artigo 55 da Constituição e demonstra que, quanto ao tema, a Constituição de 1988 não se deteve sequer em face da redundância, explicitando até mesmo a hipótese de perda do mandato quando o parlamentar perde seus direitos políticos”. E pontuou que “o silêncio, no que diz respeito a mudança de partido, lhe parece eloqüente”.

Dessa forma, concluiu afirmando que “não há razões no direito posto que autorizem a conclusão a que chegaram os doutos votos vencedores”.

Por fim, respondeu a questão levantada pelo **Min. Caputo Bastos**, acerca de que “a Constituição de 1988 teria retirado do texto constitucional, o que era expresso em 1969, a competência para o Supremo regulamentar os processos sob sua jurisdição, mas, que, porém, nem mesmo por ausência dessa norma o Supremo deixou de regular; cujo exemplo mais característico seria a ação declaratória de constitucionalidade” nos seguintes termos: “penso, com a devida vênias, não interferir no raciocínio que desenvolvi, até porque, o que constava da Constituição de 1967/1969 era a possibilidade de o Supremo Tribunal definir, em

seu regimento interno, hipóteses de cabimento de recurso extraordinário, inclusive, após a Emenda 7/77, considerando a relevância da questão federal, pelo que havia autorização para o Supremo ‘legislar’ nesse tema”. Concluiu, afirmando “que o que há na Constituição atual - para todos os tribunais e não apenas para a Suprema Corte – é a possibilidade de os regimentos internos disponham sobre a competência e funcionamento dos órgãos das cortes de justiça, o que, todos os tribunais – inclusive o Supremo – vêm fazendo.

2.1.4 A Resolução nº 22.526/2007

Por maioria de votos, vencido o **Min. Marcelo Ribeiro**, os ministros do STE respondem positivamente à consulta formulada, nos termos do voto do relator.

2.2 A CONSULTA Nº 1.407/2007

Formulada perante o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, pelo Deputado Federal Nilson Mourão, eleito pelo Estado do Acre pela legenda do Partido dos Trabalhadores, a Consulta nº 1.407/07-DF⁴²⁷, foi proposta nos seguintes termos: “(...) Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral majoritário, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito de um partido para outra legenda?”.

⁴²⁷ Ementa: Preservação, vaga, titularidade, partido político, eleição majoritária, candidato eleito, cancelamento, filiação partidária, transferência, partido político diverso, eleição, inexistência, propriedade, detentor, mandato eletivo, natureza jurídica, representação partidária; direito subjetivo, desfiliação partidária, efeito jurídico, abandono de cargo, perda, mandato eletivo; sistema representativo, norma constitucional, fundamento, república, democracia, soberania popular, exercício, voto, condição, candidatura, mandato eletivo, Legislativo, Executivo, vinculação, partido político, competência, centralização, mediação, eleitores, candidato; pessoa jurídica, direito privado, diversidade, associação, função, importância, sociedade, caráter nacional, autonomia partidária, recursos financeiros, fundo partidário, dever, prestação de contas, proibição, recebimento, recursos, procedência, exterior, acesso, horário gratuito, rádio, televisão, liberdade, ideologia, programa partidário; posterioridade, eleições, pressuposto, representante, Congresso Nacional, legitimidade de parte, universalidade, denúncia, irregularidade, (TCU), impetração, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, atuação parlamentar, bloco parlamentar, escolha, liderança, prerrogativa, acompanhamento, coordenação, atividade, mandato parlamentar, participação, bancada, comissão provisória, comissão permanente; sistema proporcional, sistema majoritário, diferença, exclusividade, critério, fixação, número, vaga, igualdade, natureza política, representação, povo, Senado Federal, Câmara dos Deputados; proibição, medida provisória, disposição, partido político .
Ressalva, fundamento, relator, divergência: desfiliação partidária, caracterização, renúncia.

A fim de responder a questão o TSE mais uma vez enfrentou o debate já travado na consulta anteriormente exposta, a fim de definir a quem pertence a titularidade do mandato: se ao eleito ou ao partido.

2.2.1 O Voto Condutor

O **Min. Relator Carlos Ayres Britto** iniciou seu voto delimitando o CARÁTER JURÍDICO dos partidos políticos, classificando-os como pessoa jurídica de direito privado, para os quais a Constituição confere tratamento especial em razão da própria função pública que exercem no processo eleitoral, vez que criados para exercerem atividades além daquelas previstas para as pessoas jurídicas meramente privadas.

Reforçou ainda a sua natureza associativa, coletiva, plural, de forma que o direito subjetivo-constitucional seja sempre exercido de maneira coletiva, considerada a pluralidade orgânica de pessoas.

Quanto ao CARÁTER POLÍTICO, trouxe a idéia de que o partido político é uma instituição criada com o objetivo de zelar pelos interesses da *pólis*, de cuidar dos negócios do governo e da Administração Pública. Assim, além de ser o intermediário fundamental entre o povo e o eleito asseverou que o partido é necessariamente sujeito ativo processual, desde que haja representatividade no Congresso Nacional (artigo 5º, LXX da CF).

Pontuou que ao partido político é dada habilitação processual presumida “como corolário do regime jurídico constitucional de todo partido político brasileiro, com representação no Congresso Nacional”.

Argumentou sobre a AUTONOMIA conferida aos partidos que estes é que devem decidir, em seus estatutos, sobre a sua composição, organização e funcionamento, fusão ou incorporação, a fim de que todo o grêmio partidário tenha a sua própria expressão ideológica, a sua filosofia política. Desta forma, entendeu que restará garantido o direito à pluralidade das convicções e idéias necessárias ao Estado Democrático de Direito para a boa administração da coisa pública. Por isso é que, “cada partido político é predisposto a laborar no campo da qualificação informativa dos eleitores-soberanos, nesse plano da filosofia de governo ou

“pluralismo político”, para a formação de blocos de eleitos com perfil ideológico definido”⁴²⁸.

Ao reforçar o conceito da AUTONOMIA citou a proibição da edição de medidas provisórias no que tange aos partidos políticos (alínea a, inciso I do § 1º do art. 62) e exaltou o direito ao acesso gratuito aos meios de comunicação como forma de professar a ideologia política partidária.

Sequencialmente procedeu a uma síntese ao comentar as três funções dos partidos políticos, quais sejam: a) a processual, b) a de intermediação; e c) a parlamentar.

Afirmou, no mérito, que o leitor soberano vota no candidato e no seu partido (isoladamente ou em coligação, conforme repetidamente anotado), para instaurar uma futura relação de representação tridimensional, quer dizer, o mandato que se ganhou por modo popular e partidário deve ser exercido como expressão de uma representatividade igualmente popular e partidária⁴²⁹.

Nessa linha de raciocínio, estabeleceu que, também para os cargos políticos eleitos pelo sistema majoritário, tal sistematização se faz presente. Isto porque, embora nestes cargos – majoritários, exista uma identificação maior com a pessoa do eleito, diminuindo, de certa forma, a importância do partido, tal característica não é suficiente para eliminar a aplicação dos princípios constitucionais fundamentais, quais sejam: a) o povo é a fonte de todo o poder governamental, b) a primeira forma de exercício de tal soberania se dá pelo voto; e c) a filiação partidária também se faz obrigatória para os cargos majoritários.

Por fim, concluiu que em razão da interpretação sistemática da Constituição, uma desfiliação de detentor de cargo majoritário sem justa causa poderá ocasionar a reivindicação da vaga pelo partido político pelo qual aquele governante foi eleito.

2.2.2 Manifestações Consoantes

O **Min. José Delgado**, acompanhando o voto do Relator, destacou que a fidelidade partidária é essencial à garantia da democracia brasileira e ao fortalecimento das instituições políticas, afirmando que tal instituto está

⁴²⁸ Resolução nº 22.600/2007, p. 10

⁴²⁹ Id. p. 19

implicitamente consagrado pela Constituição nos artigos 14, § 3º, inciso V e 17⁴³⁰, de forma que a reivindicação do cargo pelo partido é consequência decorrente das obrigações que o eleito assumiu tanto com o eleitor quanto com o próprio partido.

Já o **Min. Ari Pargengler**, também acompanhando o Relator, afirmou que a fidelidade partidária é pressuposto do sistema constitucional brasileiro e que, a Constituição apenas não cogitou dessa especial circunstância da migração de um partido para o outro porque repugna a idéia do sistema vigente a esta possibilidade⁴³¹. Observou, no entanto, que tal migração não pode ser considerada como renúncia tácita porque o mandatário não tem a intenção de deixar o cargo.

Por sua vez, o **Min. Caputo Bastos**, acompanhando o Relator, ressaltou que o Tribunal tem a ciência de que não faz parte das suas funções, legislar, mas também que não pode deixar de responder às consultas, devendo realizar uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

O **Min. Gerardo Grossi**, de forma sintética, apenas acompanhou o voto do Relator.

O **Min. César Peluso** também seguiu o voto do Relator, ressalvando, como fez o Min. Ari Pargengler, que a migração não pode ser considerada como renúncia, mas sim, como uma consequência que surge no mundo jurídico em razão da perda do mandato.

O **Min. Marco Aurélio** votou em conjunto ao Min. Relator, lembrando que cabe ao Tribunal Eleitoral realizar a interpretação sistemática da Constituição e ainda, segundo esposado pelo Supremo Tribunal Federal, enfatizou ser competência da Corte tratar do processo administrativo de justificação de desfiliação do partido. Encerrou dizendo que a coligação é apenas uma ficção jurídica que se desfaz logo após a eleição, não tendo por isso, o direito de pleitear cargo eletivo.

2.2.3 Pronunciamentos Divergentes

Não houve pronunciamentos divergentes, razão porque votou o colegiado, por unanimidade, nos termos do voto do Min. Relator.

⁴³⁰ Já citado acima.

⁴³¹ Ibid., p. 27

2.2.4 A Resolução nº 22.600/2007

Por unanimidade de votos, o Tribunal, nos termos do voto do Relator, respondeu positivamente à Consulta.

2.3 A RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007

Como se viu, por unanimidade de votos, o Tribunal, nos termos do voto do Relator, respondeu positivamente à Consulta nº 1.407/2007.

A Resolução nº 22.526/TSE decorreu da Consulta nº 1.398/07-DF. Tal Resolução dispõe que:

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 2º - Quando o partido político não formular pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-la, em nome próprio, nos 30 (trinta) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público Eleitoral.

§ 3º - O mandatário que se desfiliou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, faze o citar o partido, na forma desta Resolução.

Art. 2º - O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado.

Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 4º - O mandatário que se desfiliou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo é de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único - Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º - Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º - Havendo necessidade de prova deferir-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subseqüente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido.

Art. 9º - Para o julgamento, antecipado o não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos.

Art. 10 - Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que em posse, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 11 - São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final. D acórdão caberá, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, apenas pedido de reconsideração, sem efeito suspensivo.

Art. 12 - O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 13 - Esta Resolução entra em vigor a data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Parágrafo único - Para os casos anteriores. o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução.

Nesses termos, foi editada a Resolução inquinada, enumerando hipóteses e disciplinando o procedimento dirigido à decretação da perda de mandato eletivo em decorrência da hipótese de *desfiliação partidária*, com aplicabilidade imediata, voltada a disciplinar a matéria a partir da data de sua publicação.

No âmbito do STF debateu-se a constitucionalidade do ato, cujos termos e fundamentos serão vistos em seguida, bem assim ocorrerá com as críticas, lançadas, propositalmente, no capítulo final.

3 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trata-se aqui de referenciar os paradigmas interpretativos fixados vinculativamente às instâncias inferiores pelo órgão de Cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, o Supremo Tribunal Federal.

Tais marcos jurisprudenciais, até a superveniência das decisões adiante analisadas, consideravam o sistema constitucional em vigor, refratário à possibilidade de se decretar a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, senão vejamos.

Em **11/10/1989**, no âmbito do **Mandado de Segurança nº 20.916-0**⁴³², de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence se fixaram os seguintes termos: a) a despeito do duplo significado do sufrágio do eleitor no sistema proporcional, ao se votar nominalmente em um candidato está-se automaticamente votando na legenda partidária; b) a ordem constitucional de 1988 não estabeleceu hipótese de perda de

⁴³² Acórdão s/n, Mandado de Segurança nº 20.916-0 – Supremo Tribunal Federal, datado de 11/10/1989, publicado DOU-DJ nº 26/03/1993, ementário nº 1.697-2, Impetrante: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados.

mandato por infidelidade partidária, como ocorreu na Constituição de 1969; c) a Constituição atual não cuida de nada disso, limitando-se a dizer que os estatutos partidários prescreverão normas de fidelidade partidária; d) não poderiam os estatutos partidários inserir tal hipótese que criaria nova forma de perda de mandato; e) que os princípios teóricos do sistema proporcional não levariam a perda do mandato; e e) que não se pode ceder à tentação do fortalecimento do vínculo partidário.

Dessa forma, o Ministro fixou o entendimento de que o mandato não pertence ao partido, afirmando que: “(...) explicação jurídica, data vênia para que o suposto direito de um partido ao mandato, extinto com a transmigração do mandatário a outra legenda, renascesse das próprias cinzas, quando se fosse cuidar de sua sucessão, na vacância por qualquer motivo” (Destaque no original)⁴³³.

Já em **11/10/1989**, no âmbito do **Mandado de Segurança nº 20.927-5**⁴³⁴ de relatoria do Min. Moreira Alves se fixam os seguintes entendimentos: a) que a despeito da estreita vinculação entre o partido ou a coligação partidária e o candidato que concorreu às eleições por um ou por outra, no âmbito do sistema proporcional, o 14, parágrafo 3º, V da Constituição Federal declara que uma das condições de elegibilidade é a filiação partidária; b) que a Emenda Constitucional nº 25/1985 revogou o instituto da fidelidade partidária e, em razão disso, a mudança de partido por parte de deputados não persistiu como causa de perda de mandato, desde que revogado o inciso V do artigo 35 que enumerava os casos de perda de mandato; e c) na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que permite a mudança de partido, sem a consequência da perda de mandato.

Disso, concluiu que se a própria Constituição não estabeleceu a perda de mandato nos casos em que haveria a diminuição da representação parlamentar do partido porque se elegeu o mandatário. Desse modo, entendeu que a vontade do constituinte foi pela não preservação do instituto e, assim, pela adoção do mandato livre.

No referido julgamento, o **Min. Sepúlveda Pertence** assinalou que toda

⁴³³ Voto, p. 373-376.

⁴³⁴ Acórdão s/n, Mandado de Segurança nº 20.927-5 – Supremo Tribunal Federal, datado de 11/10/1989, publicado DOU-DJ nº 15/04/1994, ementário nº 1.740-01, Impetrante: Luiz Fabrício Alves de Oliveira, Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados.

tentativa de se reintroduzir o instituto no ordenamento, tenderia a recepcionar no atual regime positivo, modelo de representação proporcional diversa, fixado em outro sistema.

Por sua vez, o **Min. Francisco Rezek** votou por reconhecer que a Constituição de 1988 tem um subsolo consistente no seu momento histórico e julgou ter sido intencional a omissão do constituinte acerca da prescrição pela não perda de mandato decorrente de desfiliação partidária. Isto, pois, vigoraria no país o regime democrático, de que o instituto, por ter servido aos propósitos de regime diverso⁴³⁵, é incompatível.

O **Min. Aldir Passarinho** asseverou que não houve omissão na Constituição pelo não estabelecimento do princípio de perda do mandato por infidelidade partidária, pois o tema se manteve presente. De acordo com o Ministro, os casos de perda de mandato, expressos no art. 55, são taxativos, o que não deixa espaço para interpretações diversas.

Ainda referiu o renomado jurista que, no tocante à infidelidade partidária e à indisciplina, a Constituição expressamente remeteu a fixação das normas referentes a tais pontos aos estatutos dos partidos políticos, por meio do art. 17, § 1º. Nesse sentido, ali não teria sido estabelecida como norma a fidelidade partidária para que pudesse ser determinada a perda do mandato político.

Pontuou o Ministro que no sistema constitucional em vigor, o ideal seria a prevalência da vinculação aos partidos políticos, os prestigiando-se assim. Contudo, referiu que não se encontra na Constituição Federal, nem na legislação ordinária, nenhum dispositivo que discipline a perda do mandato eletivo em casos de mudança de partido pelo candidato eleito.

Em **22/03/2004**, no âmbito do **Mandado de Segurança nº 23.405-9**⁴³⁶, de relatoria do **Min. Gilmar Ferreira Mendes**, ficou definido que: “Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral

⁴³⁵ No sentido de autoritário.

⁴³⁶ Acórdão s/n, Mandado de Segurança nº 23.405-9 – Supremo Tribunal Federal, datado de 22/03/2004, publicado DOU-DJ nº 23/04/2004, ementário nº 2.148-9, Impetrante: Ney Moura Teles, Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados.

e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente”⁴³⁷.

Na sequência, serão perquiridos os fundamentos da alteração jurisprudencial que deixou de prestigiar os entendimentos antes explanados.

3.1 OS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 26.602, 26.603 e 26.604/2007

Com base na Consulta nº 1.398/2007, respondida positivamente pelo TSE, foram impetrados três mandados de segurança, com pedido liminar, perante o STF, em face de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que indeferiu o requerimento formulado pelo PPS, PSDB e DEM, para declarar a vacância dos mandatos dos parlamentares que se desfilaram dessas agremiações partidárias, sob o fundamento de não figurar essa hipótese – mudança de filiação partidária – entre aquelas expressamente previstas no § 1º do art. 239 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁴³⁸.

Mantendo-nos fiel ao propósito deste trabalho, apesar da peculiaridade dos casos, tanto sobre seus aspectos processuais (deferimento ou indeferimento das **medias** liminares pleiteadas, da concessão ou denegação da segurança) quanto aos aspectos materiais, trataremos indistintamente dos fundamentos constitucionais que embasaram as decisões e os votos divergentes.

Passa-se, a partir de agora, a análise das categorias fundamentais nos termos da decisão *in concreto*.

3.1.1 O Voto Condutor

O **Min. Relator Celso de Mello**, primeiramente, decidiu duas questões preliminares a respeito da legitimidade ativa do PSDB e da ausência de prova do interesse de agir.

⁴³⁷ Voto, p. 500-501.

⁴³⁸ Art. 239. A declaração de renúncia do Deputado ao mandato deve ser dirigida por escrito à Mesa, e independe de aprovação da Câmara, mas somente se tornará efetiva e irretroatável depois de lida no expediente e publicada no Diário da Câmara dos Deputados. § 1º Considera-se também haver renunciado: I - o Deputado que não prestar compromisso no prazo estabelecido neste Regimento; II - o Suplente que, convocado, não se apresentar para entrar em exercício no prazo regimental.

Quanto à primeira questão preliminar, o Relator entendeu que o PSDB possui legitimidade ativa para figurar na demanda, posto que a transferência dos parlamentares para outros partidos teve repercussão direta e imediata sob a esfera jurídica do PSDB, já que ele sofreu redução em sua bancada parlamentar na Câmara dos Deputados, com todas as conseqüências que podem derivar da diminuição de representatividade de qualquer agremiação partidária naquela casa do Congresso Nacional.

No que se refere à segunda questão, entendeu o Relator estar presente o interesse de agir: o PSDB teve seu pedido administrativo indeferido rejeitado pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, de sorte que outra alternativa não lhe restou senão a de ingressar em juízo.

Respondendo ao questionamento do Procurador Geral da República, sustentou o Relator que o mandado de segurança é o remédio processual adequado para os fins almejados pelo impetrante, embora, sob o ponto de vista de Chefe do Ministério Público, a Consulta do TSE não tenha imputado à desfiliação partidária, de forma absoluta ou objetiva, nova hipótese de perda do mandato partidário.

A fundamentação utilizada pelo Relator é de que os documentos trazidos aos autos de processo são suficientes para embasar os fatos motivadores do pedido mandamental, não cabendo ao Partido fazer prova negativa para demonstrar que não moveu perseguição política aos litisconsortes passivos necessários, como alegam ou, então, que não se registrou mudança de conteúdo programático nos fins visados por referida agremiação. Ademais, o mandado de segurança, por ter caráter sumaríssimo, não comporta dilação probatória.

Em defesa, os litisconsortes passivos necessários alegaram a impossibilidade jurídica do mandado de segurança nos termos em que foi proposto, visto ter sido totalmente fundamentado em pronunciamento do TSE que extravasou os limites jurídicos de sua própria competência ao ingressar em área de natureza constitucional (fidelidade partidária – renúncia e perda de mandato).

Sob tais premissas, o Min. Relator respondeu que o instituto da Consulta está previsto na legislação brasileira, notadamente no âmbito da Justiça Eleitoral, que permite ao TSE responder a indagações que lhe tenham sido feitas por autoridades com jurisdição federal, como no caso em questão. Esclareceu que a resposta à consulta não tem caráter jurisdicional, não tendo, portanto, o condão de

criar, modificar ou extinguir direitos. Diante disso, concluiu que a resposta do TSE à Consulta 1.398/DF constituiu, nesta ação mandamental, subsídio à tese sustentada pelo partido político impetrante.

Quanto ao controle de constitucionalidade, sustentou o Relator que os órgãos do Poder Judiciário, inclusive os que integraram a estrutura da Justiça Eleitoral,

(...) dispõe de competência para exercer o controle incidental, pela via difusa, da constitucionalidade dos atos estatais em geral (RTJ 158/976, v.g.) ou, **como no caso**, em se tratando de procedimento de Consulta, **para se examinar** a tese nela veiculada **em face** dos princípios e cláusulas da própria Constituição da República, não se justificando, portanto, **a alegação** dos já referidos litisconsortes passivos **de que só** ao Supremo Tribunal Federal **competiria** a apreciação da matéria objeto da Consulta 1.398/DF⁴³⁹.

Dessa forma, foram rejeitadas, por unanimidade de votos, as arguidas preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir, bem como de impossibilidade do Judiciário interferir em matéria interna e peculiar à organização dos partidos políticos e a da impossibilidade jurídica do pedido, já que se embasado em consulta do TSE. Por maioria, rejeitou a preliminar de ausência de liquidez e a de impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança, vencido o **Min. Eros Roberto Grau**.

No que se refere ao mérito, o Min. Relator proferiu seu voto sob o prisma da constitucionalização dos partidos políticos, o que regulou e disciplinou, de modo geral, o processo de institucionalização desses órgãos intermediários. Conferiu a eles a qualidade de corpos intermediários essenciais à intermediação dos cidadãos ao exercício do poder estatal e garantiu às agremiações partidárias e, somente a elas, o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos.

Reconheceu a função política dos partidos, citando a Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949, segundo a qual: “os partidos concorrem para a formação da vontade política do povo”⁴⁴⁰.

Quanto à REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL, afirmou que resta flexibilizada a relevância da nova disciplina constitucional que garante aos partidos políticos AUTONOMIA para administrar interna e autonomamente seus próprios interesses, excluindo da ingerência normativa do Estado, notadamente do

⁴³⁹ Cit. do Min. Relator, p.365. (RTJ 158/976, v.g.).

⁴⁴⁰ Vide art.21, nº 1.

Congresso Nacional, as matérias reservadas pela Constituição aos estatutos das agremiações.

Ainda quanto à AUTONOMIA PARTIDÁRIA, prosseguiu infirmando que o mesmo postulado constitucional, além de impedir qualquer controle ideológico do Estado sobre os partidos, criou em favor desses corpos intermediários – no que se trata da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento – de reserva de uma área estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, citando a ADI 1.063/DF de sua Relatoria.

Na questão da REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL, o Relator consignou que o artigo 14, parágrafo terceiro da Constituição Federal, estabeleceu como condição de elegibilidade a filiação partidária, o que fez dos partidos políticos elementos indispensáveis à realização da democracia representativa.

Afirmou que a questão deve ser apreciada sob dois aspectos: FIDELIDADE DO REPRESENTANTE ELEITO AO PARTIDO POLÍTICO e FIDELIDADE DO REPRESENTANTE ELEITO AO POVO QUE O ELEGEU. Por essa razão, fundamentou que o abandono da legenda pela qual o parlamentar se elegeu, desfalca, sem restituição, a representação parlamentar do partido, fraudando a vontade do povo e lesando a democracia representativa. Aqui está a causa geradora do reconhecimento do direito da agremiação de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional eleitoral.

Reforçou a fundamentação de seu voto esclarecendo que por interpretação sistêmica do mecanismo da representação proporcional, as vagas obtidas por intermédio do quociente partidário pertencem ao partido, pois uma das mais relevantes conseqüências do sistema eleitoral proporcional consiste em viabilizar a presença de correntes minoritárias de pensamentos no âmbito do Parlamento.

No que se trata da REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL, reconheceu a limitação da AUTONOMIA dos partidos políticos, bem como asseverou ser necessário assegurar ao Deputado, nos casos em que se justificar o ato de sua voluntária desvinculação de partido político pelo qual se elegeu, o direito de resguardar a titularidade do mandato legislativo, exercendo a prerrogativa de fazer instaurar o procedimento em cujo âmbito se lhe viabilize a possibilidade de demonstrar a ocorrência de exceções justificadoras da desfiliação partidária.

Ao final do seu voto, o Min. considerou duas questões de ordem temporal e principiológica: a época da decisão e a segurança jurídica, respectivamente. Sob estes aspectos, o Relator, não obstante reconheça como constitucionalmente correta a interpretação que o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral deu à matéria em comento, indeferiu o mandado de segurança, posto que os Deputados que figuram no processo em questão, deixaram o partido em data anterior à resposta dada à consulta formulada ao TSE, de modo que, até então, a Corte Suprema decidia pela manutenção dos mandatos com os Parlamentares eleitos.

3.1.2 Manifestações Consoantes

O **Min. Menezes Direito**, no que concerne à REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL, entende que o que prevalece com a Constituição de 1988 é o regime representativo, fixando como condição de elegibilidade, em especial, a filiação partidária. Conseqüência direta disso é o entendimento que os partidos políticos são indispensáveis para a viabilização da representação popular como forma de exercício da soberania popular. Desta feita, entendeu que não haveria candidato sem partido.

Fundamentou que os mandatos parlamentares necessariamente vinculavam os eleitos aos partidos pelos quais se elegeram. Esclareceu que quando o eleito pede seu afastamento para ingressar em outro partido, o mandato deve sim, ficar com o partido político pelo qual o eleito se elegeu. Neste contexto, admitiu o Ministro, a hipótese de perda de mandato em casos de INFIDELIDADE PARTIDÁRIA, sob o fundamento de que, uma análise sistêmica da Constituição Federal, permite concluir pela perda do mandato nos casos de infidelidade partidária.

Frisou que a AUTONOMIA conferida aos partidos políticos pela Constituição Federal, embora conferida de forma bastante elástica, encontrou limites nos próprios princípios constitucionais, em especial, nas garantias e direitos fundamentais o que permitiu considerar a hipótese de troca de legenda sem perda

de mandato pelos eleitos que sofrerem perseguições ou, nos casos em que houver mudança de orientação ideológica do partido político pelo qual o mesmo se elegeu.

Postas estas considerações, o Min. Menezes Direito reconheceu o direito líquido e certo do impetrante. Todavia, pelas mesmas razões do Min. Relator – segurança jurídica e aspecto temporal – deixou de conceder a segurança.

Também com o Relator votou o Min. Cezar Peluso, o qual aponta como aspecto primordial da REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL sobre o assunto em comento a essencialidade, ou mais, a indispensabilidade dos partidos políticos para a viabilização do regime democrático, sobretudo, mas não exclusivamente, na mecânica dos sistemas proporcionais.

Considerando o funcionamento do sistema representativo proporcional, entendeu que não há como se admitir, perante tal ordem, que representantes eleitos sob tais condições possam mudar de partido levando consigo o cargo, posto que, caso esses representantes tivessem concorrido através de outro partido, poderiam sequer ter sido eleitos.

Posto isto, concluiu que o patrimônio dos votos deve entender-se na lógica do método proporcional que é o objeto do mandato de segurança analisado, como atribuição do partido e não de cada candidato.

Ainda, no que concerne à REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL, a FIDELIDADE PARTIDÁRIA foi posta como exigência constitucional sendo sua observância obrigatória no mundo dos fatos. De outro lado, mesmo que a perda do mandato não fosse possível em casos de infidelidade partidária, asseverou que a simples exigência da FIDELIDADE PARTIDÁRIA, por si só, impede a transmigração partidária com o mandato, como se este fosse um acessório que acompanhasse o eleito.

Entendeu que a AUTONOMIA dos partidos políticos, concedida pela Constituição Federal para a sua criação e extinção, além de estabelecer princípios e diretrizes programáticas, está limitada pelos próprios princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito, em especial àqueles que se referem aos Direitos e Garantias Fundamentais e que permitem sejam criadas normas internas de DISCIPLINA PARTIDÁRIA as quais devem, obrigatoriamente, ser seguidas pelos filiados. Daí a importância da presença de regras atinentes à FIDELIDADE e à DISCIPLINA PARTIDÁRIA nos estatutos de cada agremiação.

Esclareceu que a questão da FIDELIDADE PARTIDÁRIA não deve ser compreendida somente nos termos estritos do parágrafo primeiro do artigo 17 da Constituição Federal, mas sim, como uma imposição sistêmica do mecanismo constitucional da representação proporcional. Fundamentou, adiante, que o inciso quinto, do parágrafo terceiro, do artigo 14 da Constituição Federal, regulamentando o parágrafo único do artigo 1º do mesmo Diploma, no que tange à Democracia, sublima a filiação partidária à condição necessária de elegibilidade, tornando-a assim, um verdadeiro pressuposto constitucional do mandato. Desse modo, firmou entendimento de que o cancelamento dessa filiação ou a transferência do partido pelo qual se elegeu o candidato, sem justificativas, impõe a preservação da vaga/mandato no partido de origem.

Ademais, pontuou que o artigo 45 da Constituição Federal determina que, pelo sistema proporcional, a vaga obtida com as eleições pertence ao Partido e não ao candidato eleito.

Ao final, denegou a segurança em respeito à segurança jurídica, a ampla defesa e, por entender coerente os critérios temporais apresentados pelo Min. Relator.

O **Min. Gilmar Mendes**, ao seu tempo, também votou em consonância ao Relator considerando o sistema proporcional e apontando a necessidade de se observar os seguintes aspectos: número de votos válidos; quociente eleitoral; quociente partidário; técnica de distribuição de restos ou sobras; critério a ser adotado na falta de obtenção de quociente eleitoral.

Fez ainda a ressalva de que, em razão dos aspectos apontados, pode acontecer de até mesmo o candidato mais votado no pleito eleitoral, não obter o assento em razão de a agremiação partidária não ter obtido quociente eleitoral.

Expôs a razão que o faz acreditar que, no sistema proporcional, o mandato é sempre do partido e não do candidato eleito, por isso, em casos de INFIDELIDADE PARTIDÁRIA, aqui entendida a troca de legenda após a eleição, afirmou que o candidato eleito perderá o mandato o qual, indiscutível, pertence ao partido.

Referindo-se à REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL, entendeu que os partidos políticos detêm o monopólio das candidaturas, posto ser a filiação partidária pressuposto constitucional de elegibilidade. Ainda, disse ser antagônico exigir que a Constituição Federal traga em seu texto previsão expressa de perda de mandato em

caso de INFIDELIDADE PARTIDÁRIA, nos casos de troca de legenda, quando ela já prevê em todo o seu texto que o voto é atribuído ao partido no sistema proporcional o qual exige como pressuposto para elegibilidade a filiação partidária.

Por fim, votou com o Relator em todos os seus termos, denegando-o por questões que fogem ao tema Fidelidade Partidária.

A **Min. Ellen Gracie** também votou com o Relator, fazendo constar a ressalva de que se deve observar o início da vigência e conseqüente aplicabilidade de tal entendimento.

Por seu turno, o **Min. Ricardo Lewandowski** denegou a segurança pleiteada pelo impetrante e trouxe em suas razões algumas inovações, senão vejamos.

Inicialmente, apresentou reflexões acerca dos partidos políticos, pontuando, como nos demais votos aqui já analisados, que numa democracia representativa os partidos políticos desempenham um papel fundamental, pois encontra-se REGULAMENTADO CONSTITUCIONALMENTE que a soberania popular (art.1º, I) é exercida através do sufrágio universal (art.14, caput), constituindo a filiação partidária “conditio sine qua non” para a investidura em cargo eletivo (art.14, par.3, IV).

A FIDELIDADE PARTIDÁRIA, portanto, consistiria em pressuposto de autenticidade da representação popular, posto que obriga os candidatos eleitos a honrarem a confiança depositada pelo cidadão, o qual votou na ideologia partidária defendida e não somente na pessoa do candidato.

Consoante o Ministro, a DISCIPLINA PARTIDÁRIA, a ser observada, vem definida nos estatutos dos partidos políticos, de modo que, qualquer ato contrário às definições estabelecidas neste documento e no regimento interno pode ser caracterizado como ato de infidelidade.

Fez constar de seu voto que os parlamentares que trocaram de partido fizeram-no confiando no ordenamento legal vigente e na jurisprudência da mais Alta Corte de Justiça do País. De sorte que, ao praticarem o ato, o fizeram amparados pelo Sistema Jurídico vigente.

Pontua que a Constituição anterior previa, a título de sanção, a perda de mandato em casos de infidelidade partidária. No entanto, explica que a atual Constituição não recepcionou tal dispositivo, mas, ao contrário, no art. 55 da Lei

Maior, que trata das hipóteses de perda de mandato para senadores e deputados, deixou de incluir qualquer tipo de sanção para os casos de infidelidade partidária. Comentou também que de acordo com o artigo 15 da Constituição Federal, a cassação de direitos políticos, sua perda ou suspensão só podem ocorrer nos casos previstos pelo próprio dispositivo constitucional. Assim, dispôs que como o referido artigo nada menciona sobre a perda de mandato, pode-se deduzir que o partido político não poderá prever em seus estatutos a aplicação desse tipo de penalidade ao representante político infiel.

Fez constar em seu voto, que a própria Justiça Eleitoral regulamentou o procedimento a ser observado pelos candidatos eleitos quando da mudança de partido por eles efetuada, não o fazendo, desde a Emenda Constitucional 24/85, a qual suprimiu a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária.

No aspecto processual, afirmou estar ausente o direito líquido e certo, uma vez que o mandado de segurança foi interposto com base na resposta elaborada pelo Superior Tribunal Eleitoral à consulta formulada pelo Partido político; resposta esta que apontou duas hipóteses em que a perda de mandato não deve ser aplicada como sanção quando o candidato eleito decidir trocar de legenda: a) mudança significativa de orientação programática do partido; e b) comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou.

Nestes termos, para se apurar se no caso em comento uma das hipóteses se concretizou no mundo dos fatos, como alegado pelos Requeridos, referiu que o mandado de segurança não consiste em remédio jurídico adequado, pois se há a necessidade de se comprovar, de chegar mais próximo possível da realidade dos fatos, é porque inexistente direito inquestionável – líquido e certo.

Reconheceu o direito dos Requeridos de exercerem a ampla defesa e o contraditório com a finalidade de apurar se houve ou não, neste caso concreto, alguma das hipóteses em que a troca de legenda é permitida sem a punição da perda do mandato. Pelos motivos expostos, restou denegada a segurança.

O **Min. Joaquim Barbosa**, em seu voto, denegou a segurança pleiteada pelo Partido político. Em seu voto apresentou uma visão diferenciada do tema, na qual questiona a interpretação dada pela maioria dos membros do Judiciário, referidos no decorrer do Acórdão à REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL, no que tange à função dos partidos políticos no Estado Democrático de Direito. Os

partidos políticos, de acordo com estas interpretações, disse, são postos como o fundamento da democracia no Brasil. Da forma em que o assunto é exposto e, dada a importância concedida aos partidos políticos, enfatizou que a soberania popular acabou ficando em segundo plano. Registrou que o que acaba por ocorrer é uma inversão de valores, pois “todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)”⁴⁴¹.

Posto isto, informa que os partidos políticos são instituições essenciais, criadas para viabilizar a democracia representativa, porém não se constituem em fundamento do Estado Democrático de Direito.

Salientou em seu voto que o artigo 45 da Constituição Federal prevê que a “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo” e acrescentou que uma análise do parágrafo primeiro do artigo primeiro da Constituição Federal leva a concluir que a fonte de legitimidade de todo o poder não se encontra nos partidos políticos como decidiu o TSE.

Quanto à questão da FIDELIDADE PARTIDÁRIA, pontuou que não se poderia efetuar uma interpretação constitucional sobre esse assunto a partir de princípios supostamente implícitos no texto da Constituição Federal. Entendeu, assim, que o constituinte de 1988, de forma bastante consciente, disciplinou a matéria optando deliberadamente por abandonar o regime anterior de FIDELIDADE PARTIDÁRIA, o qual previa a perda de mandato como sanção. Caso assim não fosse, disse que não existiriam razões para tal hipótese não restar prevista no texto constitucional, já que, exhaustivamente, nos artigos 55 e 56, a Constituição Federal, taxativamente, elencou as hipóteses de perda de mandato por parlamentar eleito pelo voto popular.

Fez constar ainda que até mesmo nas hipóteses em que a Constituição Federal prevê expressamente a perda de mandato pelo parlamentar, fica a ele garantido o direito da ampla defesa antes que a medida seja efetivada. Diante disso, não seria razoável conceder a segurança num caso como este, no qual o partido político faz uso de mandato de segurança e traz como prova de seu direito líquido e certo o documento que comprova a desfiliação do candidato.

⁴⁴¹ Artigo primeiro, parágrafo primeiro, da Constituição de 1988.

Pelas razões expostas denegou a segurança, não acompanhando o Relator na proposta de modulação dos efeitos da decisão, entendendo não ser possível retroagir eventual decisão concessiva a 23/03/2007, já que as mudanças de legendas foram efetuadas com base na jurisprudência pacífica da época, a qual, até a data da prolação deste voto, encontrava-se válida.

3.1.3 Pronunciamentos Divergentes

Divergindo do voto do Min. Relator Celso Mello, os **Min. Carlos Ayres Britto** e **Marco Aurélio Mello** concederam a segurança pleiteada pelo Partido político.

O primeiro fundamentou seu voto esclarecendo que a desfiliação voluntária, apesar de garantida constitucionalmente (artigo quinto, XX CF/88), consiste em uma opção que traz consigo consequências jurídicas.

Ponderou que o parlamentar alcançou o mandato através do partido político pelo qual se elegeu, já que a filiação partidária é um pressuposto de elegibilidade; somou a isso o fato de que, no caso em comento, os parlamentares foram eleitos pelo sistema proporcional. Por tal razão, entendeu que a perda do mandato nos casos de troca de partido por ato unilateral de vontade é indiscutível! Asseverou que a perda de mandato é simplesmente uma consequência lógica de uma renúncia tácita.

Daí porque entende que mudança pelo parlamentar de partido político, obrigatoriamente, traz como consequência a perda do mandato, se não pela interpretação de violação à FIDELIDADE PARTIDÁRIA, pela razão que para Ele é a mais lógica, isto é, ao deixar o partido, o parlamentar, voluntariamente, declara estar renunciando ao mandato. Nestes termos, concedeu a segurança.

O **Min. Marco Aurélio** concedeu a segurança fundamentando a decisão com base na importância dos partidos políticos ao Estado Democrático de Direito, citando para tanto, textos e considerações de diversos juristas que apontam referida

instituição como meio indispensável à viabilização da democracia nos termos da REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Efetuando-se a íntima ligação entre povo, partido e candidato e, entre candidato e partido; além de, considerar o sistema proporcional, concluiu que o mandato político, em casos de ofensa à FIDELIDADE PARTIDÁRIA ficará com o partido político.

No que concerne ao princípio do contraditório, entendeu que no processo não se encontra a figura do acusado, posto que não versa sobre acusação. Consta ainda que, caso haja algum prejudicado, este tem acesso ao Judiciário, podendo então demonstrar em ação própria que deixou o partido por motivos nobres e justificáveis.

Como se percebe, todos os entendimentos aqui esposados convergem na alegação de que a AUTONOMIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS encontra limites nos princípios constitucionais, passíveis de controle judicial, pois que a Carta de 1988 determinou que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Portanto, a autonomia dos partidos políticos existe, certamente é relevante e considerável, porém não é ilimitada, já que passível de controle pelo Poder Judiciário.

Em conclusão: tem-se que os fundamentos dos pedidos são idênticos, razão pela qual os processos foram reunidos. Sustentaram os impetrantes que reconheciam a plena competência e legitimidade do Poder Judiciário para o julgamento da lide, enquanto versavam sobre o impedimento da perpetração de abusos legislativos – o que não ofenderia o princípio constitucional da separação dos poderes. Pleitearam, na qualidade de partidos políticos, o direito líquido e certo de manter as vagas obtidas nas eleições ocupadas por candidatos a ele outrora filiados, em conformidade com a resposta proclamada pelo TSE à Consulta nº 1.398. Essencialmente, requereram a concessão da ordem para que se determinasse “a decretação da perda dos mandatos pelos deputados já nomeados e a convocação dos suplentes respectivos”.

3.2 AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.999/2008 e 4.086/2008

Após a consulta 1398/2007 ao Tribunal Superior Eleitoral e os julgamentos dos mandados de segurança 26603, 26602 e 26604/2007, restou firmada a posição da Suprema Corte *de que a infidelidade partidária, sem justa causa, é requisito para a perda do cargo eletivo*. Por tal motivo, foram propostas, pelo Partido Social Cristão e pelo Procurador Geral da República, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.999-7 e 4086/2008, respectivamente. Passou-se a questionar, então, a constitucionalidade das Resoluções nº 22.610 e 22733/2008, emanadas do Tribunal Superior Eleitoral. Em razão da semelhança entre os pedidos nas duas ações, ocorreu a reunião e julgamento em conjunto.

Essencialmente, tais ADIn's versavam: a) sobre a competência do Tribunal Superior Eleitoral para examinar os pedidos de perda do cargo eletivo por infidelidade partidária, contrariando reserva de lei complementar para a definição das competências, consoante o disposto no artigo 121 da Constituição; b) sobre a usurpação de competência do Poder Legislativo e Executivo para dispor sobre matéria eleitoral, bem como para estabelecer normas de caráter processual; e c) sobre impugnações quanto à competência para se atribuir ao Ministério Público Eleitoral e ao terceiro interessado, ante a omissão do partido político, legitimidade para postular a perda do cargo eletivo. Isto porque, segundo os autores das ações, a criação de nova atribuição ao Ministério Público dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito, enquanto o suplente não poderia requerer, em nome próprio, aplicação de sanção que visa garantir a fidelidade partidária sob o argumento de que o mandato pertenceria ao partido.

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu conhecer as ações, mas julgá-las improcedentes, declarando a constitucionalidade da resolução impugnada. Em seus votos, os ministros, incluindo o Relator, ***em nome do princípio da colegialidade*** e a fim de dar efetivação às decisões anteriormente proferidas pela Corte nos mandados de segurança 26603, 26602 e 26604/2007, entenderam pela necessidade do Tribunal Superior Eleitoral regulamentar o processo de perda de cargo eletivo e justificação de desfiliação partidária até que o Congresso Nacional, exercendo a sua competência, assim o faça. Segundo justificativas esposadas pelos ministros, de nada adiantaria *reconhecer a constitucionalidade da fidelidade partidária como requisito para o mandato eleitoral* sem que houvesse mecanismo processual que garantisse tal direito.

3.2.1 O Voto Condutor

O relatório ficou a cargo do **Min. Joaquim Barbosa** que, de início, firmou a possibilidade do exame concentrado do texto normativo impugnado sob o argumento de que a resolução nº 22610/2007, traz densidade normativa própria e suficiente na medida em que traça normas gerais e abstratas sobre o processo para a desfiliação partidária e a perda do mandato eletivo em razão da infidelidade partidária sem justa causa.

No mérito, o Min. fez menção ao voto proferido quando dos julgamentos dos mandados de segurança 26603, 26602 e 26604/2007, oportunidade em que, sendo voto vencido, externou sua opinião sobre a necessidade de não se deixar em segundo plano a relação entre o eleitor e o eleito, em privilégio à relação entre o eleitor e o partido. Naquela oportunidade, o Min. também pôs em dúvida a possibilidade da perda do mandato eletivo que emana diretamente do povo sem a consulta a este, na mesma proporção.

Pondera também que a Constituição atribui à lei a capacidade de tratar sobre a matéria eleitoral, como estatuído nos artigos 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Lembra que não se trata de questão meramente formal já que, em decorrência do princípio da representação popular o Sistema Político estaria apto a realizar operações que nenhum outro sistema, incluindo o Judicial, pode efetuar (se referindo especificamente ao poder de produzir normas). Entretanto, afirmou o Min. que, naqueles julgamentos, o Supremo Tribunal Federal firmou as seguintes e importantes orientações: “fixou interpretação constitucional quanto à possibilidade de perda do cargo eletivo, na hipótese de a desfiliação partidária não estar amparada por justa causa. Em segundo lugar – e é o ponto relevante, para essa discussão – remeteu ao TSE a regulamentação das fases do procedimento destinado a confirmar a presença de justa causa”⁴⁴².

Assim, considerando a necessidade de se criar mecanismos para garantir um direito constitucional já confirmado pela Corte, qual seja a perda de cargo eletivo em razão da infidelidade partidária, bem como a regulamentação para se proceder à

⁴⁴² Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999-7 p. 04

desfiliação partidária, o Relator decidiu pela constitucionalidade das resoluções 22610/2007 e 22.733/2007 do Superior Tribunal Eleitoral nos termos abaixo:

Ao reconhecer aos partidos políticos o direito de postular o respeito ao princípio da fidelidade partidária perante o Judiciário, decisão na qual, é importante lembrar, eu fiquei vencido, esta Corte, interpretando a Constituição, não lhes negou um meio processual para assegurar concretamente as conseqüências advindas de eventual desrespeito ao princípio então reconhecido. É nesse sentido que leio as palavras lançadas pelo Min. Celso de Mello, de que compete ao TSE dispor sobre a matéria durante o silêncio – eloqüente, talvez – do Legislativo⁴⁴³.

No entanto, fixou entendimento de que se trata de decisão tomada em caráter excepcional, a fim de resolver situação momentânea, como forma de suprir lacuna deixada pelo Poder Legislativo que até aquele momento teria deixado de regulamentar, de forma definitiva, sobre o processo de perda de cargo eletivo e justificação de desfiliação partidária: “A atividade normativa do TSE recebe seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo”⁴⁴⁴.

Finalmente, expôs que tais resoluções somente terão validade até que a Casa Legislativa, real detentora da competência para legislar sobre a referida matéria, se pronuncie para a definitiva regulamentação do tema.

3.2.2 Manifestações Consoantes

O **Min. Menezes Direito** acompanhou o voto do Min. Relator, apenas ressaltando que a decisão deverá subsistir até que o Congresso decida legislar sobre a matéria.

A **Min. Carmem Lucia Antunes Rocha**, por sua vez, igualmente seguiu o entendimento do Min. Relator, votando pela improcedência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

O **Min. Ricardo Lewandowski**, acompanhando o Relator, afirmou que ao TSE caberia, ainda que não tivesse assim se manifestado a Corte quando do julgamento dos mandados de segurança nº 26603, 26602 e 26604/2007,

⁴⁴³ Ibid., p. 09

⁴⁴⁴ Ibid., p. 10

regulamentar o procedimento, dando efetividade à decisão do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a competência regulamentar disciplinada pelo artigo 23, IX do Código Eleitoral.

Já o **Min. Carlos Britto** acompanhou o voto do Relator, afirmando que não há como se subtrair da Justiça Eleitoral brasileira o poder regulamentar com base no artigo 23, IX e XVIII do Código Eleitoral.

A **Min. Ellen Gracie**, sem mais observações, apenas acompanhou a conclusão do Relator.

O **Min. César Peluzzo**, votando com o Relator, manifestou seu entendimento dizendo que se faz necessário garantir a eficácia de coisa julgada material do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o Presidente da Corte, **Min. Gilmar Mendes**, manifestou-se pela improcedência das ações, acompanhando o voto do Min. Relator, fazendo menção sobre o tema da fidelidade partidária ao longo de julgamentos ocorridos anteriormente pela Casa.

3.2.3 Manifestações Divergentes

São dois os votos divergentes.

O **Min. Eros Roberto Grau** votou no sentido de julgar totalmente procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade demandadas. Afirmou que a Resolução 22.610/07 – TSE é “múltipla e francamente inconstitucional”⁴⁴⁵. O voto, articulado em treze itens, registra os fundamentos do que o Min. denominou “abuso de inconstitucionalidade”⁴⁴⁶.

A *priori*, partiu da premissa que os princípios constitucionais da legalidade e da separação dos poderes restringiriam a competência regulamentar⁴⁴⁷ do Tribunal Superior Eleitoral - TSE⁴⁴⁸ a disposições sobre a execução do Código Eleitoral e da

⁴⁴⁵ Id., p. 134.

⁴⁴⁶ Ibid.

⁴⁴⁷ No caso a competência expressa para “expedir instruções ou tomar quaisquer outras providências para a execução da legislação eleitoral” – Código Eleitoral, art. 23, inc. IX e XVIII.

⁴⁴⁸ Registra que a Resolução impugnada foi expedida no uso das atribuições conferidas ao Tribunal Superior Eleitoral - TSE, pelo artigo 23, IX, e XVIII, do Código Eleitoral: Art. 23, XVIII, e IX do CE.

legislação eleitoral⁴⁴⁹, obstando assim, a inovação do ordenamento jurídico mediante a expedição de normas primárias sobre matéria eleitoral⁴⁵⁰.

No que se refere ao princípio constitucional da legalidade, entendeu que o TSE não estaria autorizado, pela Constituição ou por qualquer outra lei, a inovar o ordenamento jurídico, obrigando quem quer que seja a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa⁴⁵¹.

Ainda, afirma que tal faculdade não poderia ser outorgada pelo Supremo Tribunal Federal que não se substitui à Constituição para distribuir competências normativas⁴⁵².

No que se refere ao princípio da separação dos poderes, obsteu a superposição dos momentos normativo e judicial⁴⁵³.

A *posteriori*, admitindo-se a possibilidade do TSE ter sido contemplado com o poder de inovar o ordenamento jurídico, impondo obrigação de fazer ou não fazer, concluiu que não poderia ter disposto sobre as matérias contidas da Resolução impugnada⁴⁵⁴. Isso, pois acredita que dispõe sobre matérias que a Constituição reserva expressamente à lei⁴⁵⁵, abaixo elencadas⁴⁵⁶:

a) o artigo primeiro dispõe sobre a perda de cargo eletivo e afrontaria o art. 22, I, XLVIII, e 48 da Constituição que delega à regulamentação da matéria à lei;

b) o artigo segundo dispõe sobre competência do TSE e TRE's e afrontaria o art. 121 da Constituição, em decorrência da reserva da disposição por meio de lei complementar;

⁴⁴⁹ Somente podem dispor *secundum legem*, jamais *praeter legem*.

⁴⁵⁰ Anota voto proferido na Medida cautelar na ADC 12/STF, de relatoria do Min. Carlos Britto: “o Estado legislador é detentor de duas caracterizadas vontades normativas: uma é primária, outra é derivada. A vontade primária é assim designada por se seguir imediatamente a vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma. Por isso que imediatamente inovadora do Ordenamento Jurídico (sic), sabido que a Constituição não é diploma normativo destinado a tal inovação, mas a própria fundação desse Ordenamento (sic). Já a segunda tipologia de vontade estatal-normativa, vontade tão somente secundária, ela é assim chamada pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar; ou seja, vontade que adota como esteio de validade um diploma jurídico já editado, este sim, com base na Constituição. Logo, vontade que não tem aquela força de inovar o Ordenamento (sic), com imediatidade” – id. p. 130.

⁴⁵¹ Somente se estivesse autorizado por alguma lei a dispor sobre a matéria excluída da reserva legal poder-se-ia, segundo o Min. Eros Grau, a discutir sobre a possibilidade de o TSE expedir texto normativo análogo aos regulamentos autorizados – id. p. 132.

⁴⁵² Id.

⁴⁵³ Id.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 133.

⁴⁵⁵ Áreas a que se denomina reserva de lei - id.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 33-34.

c) os artigos 3º ao 9º e 11 inovariam em matéria de Direito Processual, o que a Constituição não admitiria nem mesmo por meio de medida provisória;

d) o §2º do artigo primeiro inova as atribuições do Ministério Público, o que afrontaria o § 5º do artigo 128 da Constituição que reserva a disposições da matéria à lei complementar federal, e no plano dos Estados-membros, às leis complementares estaduais.

Nesse sentido, firmou entendimento de que não incumbiria ao TSE dispor acerca de normas que não tratem da execução do Código Eleitoral e sobre leis que regulem matéria eleitoral e que “nada dispuseram no que tange a perda de cargo eletivo em razão de infidelidade partidária”⁴⁵⁷ pelo que preceitua o Ministro que “a inconstitucionalidade da Resolução 22.610/07 é, neste ponto, retumbante”⁴⁵⁸.

O **Min. Marco Aurélio de Farias Melo**, vencido em sede de preliminar por haver exposto entendimento de que o Superior Tribunal Eleitoral não havia avançado no âmbito do Poder Legislativo, apesar de entender que a fidelidade partidária é um princípio constitucional, acompanhou o Min. Eros Grau, entendendo que não caberia ao Superior Tribunal Eleitoral preencher a lacuna deixada pelo Poder Legislativo, debitando tal competência ao próprio Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 133.

⁴⁵⁸ Id.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NOVAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS

4.1 DESRESPEITO AO REGIME JURÍDICO DOS PARTIDOS POLÍTICOS

A alteração jurisprudencial operada por meio das manifestações do TSE e das decisões do STF decorre, como visto, da direção tendente a concluir pelo pertencimento do mandato eletivo ao partido político/coligação e não ao indivíduo eleito, conforme restava assentado. Tal entendimento foi incorporado sem diferenciar se o candidato elegeu-se por meio da destinação exclusiva dos votos à legenda, se por “mérito” próprio ou pelo aproveitamento das sobras partidárias.

Não há dúvidas que tais definições restam incompatíveis com o regime representativo adotado pela Constituição brasileira, no âmbito de uma democracia partidária, pois, como visto, tal opção política é consentânea à forma de mandato livre e não do mandato vinculado/imperativo.

Ainda, ao passo que as manifestações e decisões judiciais reconhecem que a AUTONOMIA PARTIDÁRIA pressupõe a criação e a aplicação de regras sobre FIDELIDADE e DISCIPLINA pelo próprio ente partidário, exclui desse modo, a ingerência normativa do Estado.

Em decorrência, se impõe constatar que tal direção se evidencia incongruente com as bases do sistema jurídico nacional, posto que tal definição é contrária aos mandamentos contidos do próprio sistema, senão vejamos.

Nessa linha, adiante resta apontar, ao lado daqueles argumentos já trabalhados pelos votos divergentes, em cada qual das demandas instauradas tanto perante o TSE quanto o STF, os fundamentos que evidenciam que as definições tomadas pelo Poder Judiciário Brasileiro foram fixadas sem parâmetros normativos.

4.1.1 Desconformidade das Manifestações do TSE face à Constituição

Os limites de uma válida interpretação judicial no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade pressupõem a adstrição do julgador ao texto da norma que deve ser compreendida em seu contexto histórico de forma que uma intervenção do Poder Judiciário não resulte em inovação textual da norma em análise, comprometendo a sua integridade⁴⁵⁹.

Um dos temas centrais da teoria da Constituição é a sua localização histórica, a sua entrada no tempo, a sua abertura no tempo, a sua historicidade⁴⁶⁰.

Esse é o sentido que Canotilho empresta a um dos *topoi* interpretativos, categorizada enquanto concepção histórica da Constituição. Nesta senda, o renomado autor explica que:

A historicidade como categoria do direito constitucional implica colocar a “consciência humana” no centro da teoria da constituição (e no centro de uma teoria do Estado e do Direito), de forma a poder afirmar-se que também aqui – no plano constitucional – se deve falar de um ‘ser-história’ e não apenas de um ‘ter-história’. A mudança do ‘ter-história’ e ‘ser história’ só se compreende quando ‘a história aceitar a historicidade’, isto é, captar o ‘sentido histórico do direito’ ‘como realização humana na história’ não dissolvendo o homem uma fria relação sujeito-objeto⁴⁶¹.

Acrescenta, ainda, que: (...) como direito histórico, **o direito constitucional** não é um ‘poder actuante fora dos homens’, nem se pode derivar de facticidades, forças ou poderes psicológicos, sociológicos ou históricos: ele é **uma ‘decisão histórica’ sob a idéia do ‘justo’, não objetivamente fixada mas pontualmente realizada e a realizar**⁴⁶² (Grifo nosso).

Nestes termos, o que se vê do contexto processual e extraprocessual da direção firmada pelo Poder Judiciário Brasileiro nas decisões destacadas, é que a despeito da decisão do constituinte de 1988 pela manutenção da revogação do instituto da fidelidade partidária, nos moldes daquela instituída pelo regime autoritário, a postura que a cúpula do Judiciário assume é de reintroduzir o instituto

⁴⁵⁹ Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063-8, datada de 18/05/1994, publicada DOU – DJ em 27/04/2001 – Ementário nº 2.028-1, de Rel. Min. Celso de Mello, Requerente Partido Social Cristão, Requeridos Presidente da República e o Congresso Nacional, p. 99.

⁴⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, p. 131.

⁴⁶¹ Id.

⁴⁶² Id.

no ordenamento brasileiro como cumprimento de uma pauta voltada à reforma política, alijada historicamente.

Sinta-se, senão qual seja o propósito da direção impressa, das palavras do Presidente do Supremo Tribunal:

A decisão do Supremo Tribunal Federal e as novas regras adotadas pelo Tribunal Superior Eleitoral tornaram patente a necessidade de ampla reforma política. (...).

A repercussão no Congresso Nacional foi imediata. (...).

Com a provável efetivação da mudança constitucional, dão-se os primeiros passos no sentido da almejada reforma política no Brasil⁴⁶³ (Grifo nosso).

Assim sendo, tem-se que a primeira motivação adotada pelo **Min. Asfor Rocha** no voto condutor da Consulta nº 1.398/2007⁴⁶⁴, a respeito da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais à solução do caso da fidelidade partidária, com base na doutrina de Bonavides, não encontra amparo, senão veja-se adiante.

Não está a se falar em inaplicabilidade dos princípios constitucionais ao caso, mas de que “não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato”, nos termos da demanda firmada⁴⁶⁵.

Da fundamentação firmada no voto divergente pelo **Min. Marcelo Ribeiro**, extrai-se a base do *leading case* relatado pelo Min. Moreira Alves⁴⁶⁶, segundo o qual, com o advento da E/C nº 25/1985 foi suprimido o instituto da fidelidade tal como previsto na Constituição de 1967/EC nº 1969, pelo que, com o surgimento da Constituição de 1988, o instituto foi reintroduzido e delegado aos partidos políticos, no âmbito de sua autonomia.

Dessa forma, conforme o princípio da autonomia partidária, cumulado com a direção imposta pelo regime democrático que consagra a modalidade de mandato livre, restou fixado pela ordem constitucional que não há autorização para a imposição da perda do mandato político para mandatário infiel.

Ainda mais porque a Constituição fixou, em caráter exaustivo, as hipóteses de perda de mandato eletivo em seu artigo 55, em que não consta a hipótese de infidelidade partidária.

⁴⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional...*, p 829.

⁴⁶⁴ Voto, p. 04.

⁴⁶⁵ Consulta nº 1.398/2007, voto divergente, Min. Marcelo Ribeiro.

⁴⁶⁶ Mandado de Segurança nº 20.927/1989.

Nesse sentido, mormente em face de princípios explícitos e regras imediatamente aplicáveis à hipótese, não há que se desconsiderar a concepção histórica da Constituição que optou por não prever a sanção por perda de mandato no rol do artigo 55.

Ainda nessa mesma linha, conforme transcrevera o **Min. Marcelo Ribeiro**, “não haveria espaços para a evocação de princípios implícitos quando a matéria teria sido tratada por Constituição imediatamente anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, fora retirada da atual Constituição”. Isso, pois, “o constituinte não quis que essa hipótese, de mudança de partido, pelo parlamentar eleito, acarretasse a perda do mandato”.

De fato, pelo que leciona Bonavides, não há, entre a corrente subjetivista ou objetivista, tese que forneça elementos aptos a autorizar conclusão interpretativa que defina restar abarcada pela ordem jurídica, hipótese de perda de mandato que fora revogada pela Constituição imediatamente anterior se a alusão à perda de mandato, de modo claro, foi retirada do atual texto constitucional⁴⁶⁷.

De outra forma, Bonavides é claro ao afirmar que por intermédio dos métodos de hermenêutica constitucional poderão ser obtidas, por vezes, alterações no sentido do texto, sem a necessidade de haver alteração nas vias formais de emenda constitucional⁴⁶⁸.

Nesse sentido, cabe breve referência aos limites da legítima interpretação judicial. Exemplo de limite que encontra a hermenêutica constitucional consiste no regime político adotado, que se constitui critério interpretativo⁴⁶⁹. Com base no

⁴⁶⁷ Ensina Bonavides que, à posição subjetivista pertence a corrente dos intérpretes clássicos do direito, que vieram a sistematizar regras de hermenêutica jurídica no sentido de que a nota interpretativa dominante se voltava para o legislador de preferência à lei. Travava-se, esclarece, de “um agudo esforço por determinar a *mens legis*, entendida como a vontade oculta do autor da proposição normativa, vontade que ao intérprete incumbiria revelar com fidelidade”. Por sua vez, à posição objetivista pertence a concepção de que “a lei que se desprende do legislador não só se formula como adquire autonomia para seguir com seu conteúdo um curso autônomo, amoldado-se, na totalidade e unidade do sistema jurídico, àquelas exigências impostas segundo as circunstâncias e as necessidades do processo de evolução do direito”. Nesse sentido, a vontade do legislador, a par de tudo o que possa historicamente documentar-lhe a documentação, passa a ter função subsidiária, pois desmembra-se de sua origem, e recebe força e vida próprias, capaz de acomodar-se às variações emergentes no âmbito da realidade social a que se vai aplicar. Críticas ao método foram tecidas, a exemplo de Peter Schneider, em razão de tender a “isolar a lei de sua origem histórica, ou conferir-lhe uma espécie de autonomia ou vida própria, e, por, conseguinte, de torná-la mais flexível às variações circunstanciais e às mudanças de realidade” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 452 e 453).

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 462.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 463.

regime democrático que define a hipótese do mandato livre, a definição judicial que vise instituir a modalidade de mandato vinculado à diretriz posta pelo partido político quanto à forma de atuação do parlamentar⁴⁷⁰ resta evitada de ilegitimidade, pelo que nula. Isso, pois o parâmetro objetivo de controle de racionalização da interpretação deriva diretamente da certeza e da segurança jurídicas, o que no caso, restavam configuradas pela taxatividade com que a Constituição definiu as hipóteses de perda do mandato popular, em que, pelo visto, não figura a infidelidade partidária⁴⁷¹.

Portanto, não há fundamento na doutrina de Bonavides que autorize a conclusão que chegou o TSE, pois a despeito da moderna interpretação da Constituição derivar de um estado de inconformismo com o positivismo lógicoformal, a interpretação do texto constitucional não pode quedar desvinculada de seu conteúdo material, o que ocorreu no caso em análise e, por conseguinte, conferiu a desintegração da ordem instituída e o sacrifício da norma que versa sobre fidelidade partidária, contida no artigo 17, parágrafo primeiro da Constituição⁴⁷².

Quanto à segunda motivação, adotada pelo **Min. Asfor Rocha** no voto condutor da Consulta nº 1.398/2007⁴⁷³, tem-se que a revisão da teoria estruturalista do Direito, com base na doutrina de Bobbio, não encontra amparo, senão veja-se.

A aplicação da teoria funcionalista do Direito para fins de perseguir as finalidades das normas e do próprio ordenamento, no caso em análise, terminou por incorrer naquilo que Bobbio concluiu por resultados desanimadores, ou seja, aqueles resultados que terminaram por mostrar exatamente o contrário daquilo a que se propunham, isto é, que pela **revelação da função não se chega a apreender o caráter específico do direito**", ou, então, "**quando vão em busca de uma função específica diferente daquela ou daquelas geralmente conhecidas, caem em uma desorientada simplificação**"⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ Vide Clève, no que se refere à análise acerca do direito fundamental à escusa de consciência. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária, impeachment e Justiça Eleitoral, estudo de caso...*, p. 36-56.

⁴⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144.

⁴⁷² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 477.

⁴⁷³ Voto, p. 04.

⁴⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função...*, p. 112.

De fato, a *teoria funcional do Direito*, pode ser definida, segundo Bobbio, como “uma teoria geral que busca o elemento caracterizador do direito não na especificidade da estrutura, (...), mas sim na especificidade da função”⁴⁷⁵.

Ocorre que a definição do TSE parte do pressuposto da teoria funcional, mas, contudo, despreza a forma pela qual as velhas normas serão substituídas pelas novas. Isso porque, conforme ensina Bobbio, a própria função a ser perseguida, adaptada às mudanças sociais, é pautada pelas regras procedimentais contidas no próprio sistema.

Ainda, a aplicação da teoria não pode ser simplista a ponto de desconsiderar o questionamento implícito à aplicação de qual seja a forma para o cumprimento de tal função e ainda, se seria o direito o meio mais adequado ao cumprimento dessa função⁴⁷⁶.

Esses questionamentos complexos demonstram a insuficiência da resposta à Consulta nº 1.398/2007 dada pelo TSE a qual não possui suficiente fundamentação, o que por si só daria causa a nulidade das manifestações judiciais, pela aplicação do contido no art. 93, inc. IX da Constituição.

Ocorre, porém que, no presente estudo, devem ser apontados os motivos em decorrência dos quais, no caso em análise, tornou-se infrutífera a aplicação da teoria funcionalista, tal como naqueles casos em que Bobbio informou.

O primeiro motivo decorre de uma primeira espécie de confusão que induz o aplicador a erro, seja pelo fato de que o direito deve ser relevante tanto sob o aspecto social, para os governantes, quanto sob o aspecto individual, para os governados.

Nesse sentido, ao passo que possa ter sido atendido o direito em sua função individual, eventualmente, em razão do atendimento dos anseios dos eleitores em relação à fidelidade partidária, a decisão não atendeu aos interesses dos governantes, pois lhes restringiu indevidamente o direito fundamental ao livre exercício do mandato eletivo. Deste modo, tem-se o enrijecimento do regime que deveria lhes garantir a liberdade para trocar de legenda conforme os interesses

⁴⁷⁵ Id.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 94.

predominantes no governo, o que inviabilizou o exercício da representação “genuína e paritária”⁴⁷⁷, evidenciando a desnaturação da democracia.

Com efeito, “não há democracia sem base republicana”, que decorre do pleno exercício do interesse geral, “medianamente aferido na síntese da vontade do todo social o qual somente se opera pelo exercício de um mandato vinculado às diretrizes de uma organização partidária que o informa e o expressa pelas vias institucionais”⁴⁷⁸.

Sustenta Knoerr, nesse sentido, que não seria outra a conclusão a que chegou a história brasileira, a não ser que as conquistas democráticas encontram-se ameaçadas pela tentativa de desfigurar o regime constitucional mediante a reintrodução, por emenda constitucional, da pena de cassação pelo ato de infidelidade partidária⁴⁷⁹.

De fato, a disciplina da fidelidade partidária deve ser construída em conformidade com o momento histórico vivenciado por cada povo. Nesse sentido, sendo a rígida disciplina da fidelidade partidária fundamental para a sustentação de um sistema parlamentarista de governo, “não se reveste da mesma importância no presidencialismo, pois este deve contar com uma maioria parlamentar flutuante, diversa, imprescindível para um efetivo controle da atividade do poder executivo sem comprometimento definitivo dos índices de governabilidade”⁴⁸⁰.

Pelos motivos expostos, verifica-se que o TSE buscou assumir função específica diferente daquela a que se presta o ordenamento jurídico brasileiro, ao reinaugurar as normas sobre fidelidade partidária, razão pela qual desconsiderou o regime jurídicoconstitucional dos partidos políticos, desnaturando o sistema representativo brasileiro.

O segundo motivo porque se tornou infrutífera a aplicação da teoria funcionalista no caso concreto, decorre de uma segunda espécie de confusão que induz o aplicador a erro, já que “as funções enumeradas nem sempre podem ser

⁴⁷⁷ No sentido impresso por Knoerr. (KNOERR, Fernando Gustavo. *Fidelidade partidária: o controle ético no exercício do mandato...*, p. 11).

⁴⁷⁸ Id.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 12.

⁴⁸⁰ Id.

colocadas no mesmo nível, mas representam graus ou momentos diversos da influência do direito sobre a sociedade⁴⁸¹.

De fato, a lógica da análise funcional alcança o significado na “proporção da relação entre meio-fim, para qual um fim, uma vez alcançado, torna-se meio para a realização de outro fim, e assim por diante, até se fixar em um fim proposto ou aceito como último”⁴⁸².

Neste sentido, registra Bobbio que:

(...). Aqui também está claro que a resposta à pergunta ‘quais as funções do direito’ muda conforme nos detenhamos nos fins intermediários ou desejemos observar o fim último – ou aquele fim que acreditamos ser o último – ou, então, somente os fins que, embora sendo intermediários, são, por sua vez, o resultado da conquista de fins que, em contraposição ao último, podemos chamar de primeiros⁴⁸³.

Nessa linha, com vistas a fortalecer os vínculos entre eleitor e mandatário, o TSE assumiu a postura de legislador positivo e assim, ultrapassou os limites da esfera indevassável de imunização dos partidos políticos⁴⁸⁴.

Dessa forma, o TSE pôs no mesmo plano as funções do direito e a segurança das relações políticas estabelecidas entre mandatário e mandante, visando a organizar a mesma conformação do poder político. Contudo, tem-se que estas, na realidade, se encontram em níveis distintos⁴⁸⁵.

Por óbvio, isso afronta o regime democrático em vários aspectos, seja através da interferência estatal na reserva da autonomia privada, que lhe afronta a base republicana, conferindo a invalidade da decisão judicial, seja por outros motivos.

Contudo, sob pena de ilegitimidade e invalidade os atos estatais que interfiram nessa *esfera indevassável deverão ser considerados nulos*. Isto tem relação com o fato de que:

O postulado constitucional da autonomia partidária – além de repelir qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos – cria, em favor desses corpos intermediários, sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou

⁴⁸¹ Ibid., p. 105.

⁴⁸² Ibid., p. 106.

⁴⁸³ Id.

⁴⁸⁴ A consequência decorre da avocação, pelo Estado, de prerrogativa privada, em evidente restrição de direito fundamental da liberdade, do que decorre a autonomia.

⁴⁸⁵ Id.

de seu interno funcionamento, uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, a este plenamente oponível toda a vez que se esboçar, nesse domínio, qualquer ensaio de ingerência legislativa do aparelho estatal⁴⁸⁶.

Dessa feita, tem-se que as manifestações judiciais demonstraram-se ilegítimas, pois extravasaram os limites de sua competência constitucional, já que: “(...) o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua jurisdição constitucional *in abstracto*, venha, a partir do eventual reconhecimento, em determinado preceito normativo, da inconstitucionalidade de certas expressões que lhe compõe a estrutura jurídica, a alterar, substancialmente, o conteúdo material de regra impugnada, modificando-lha o sentido e elastecendo o âmbito de sua incidência”⁴⁸⁷.

Em decorrência, se evidenciam os limites da postura possivelmente assumida nos seguintes termos: “(...) não pode legitimar uma intervenção jurisdicional da Suprema Corte de que resulte inovação textual da norma submetida ao controle abstrato de constitucionalidade, a ponto de desfigurar o sentido da regra legal e, desse modo, comprometer, em sua integralidade, a própria vontade estatal positivada no texto da lei”⁴⁸⁸.

Dessa feita, encontra somente limites de competência para a atuação como legislador negativo, senão veja-se:

(...) que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal, por isso mesmo, em verdadeiro legislador negativo. Por ser esta – **a de legislador negativo** – a condição institucional da Suprema Corte no processo de controle normativo abstrato, não se lhe pode imputar o poder absolutamente anômalo e exorbitante dos limites de fiscalização concentrada de constitucionalidade – de, a partir da supressão **seletiva** de fragmento do discurso normativo inscrito no ato estatal questionado, proceder, em última análise, especialmente nos termos em que requerida a presente cautelar, à criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o legislador⁴⁸⁹ (Grifo no original).

Encontra limites, portanto, para a atuação em sentido contrário, pois o Poder Judiciário é:

Desvestido de poder para fazer instaurar em caráter inaugural, quaisquer inovações no sistema de direito positivo – função típica da instituição parlamentar -, que não pode o Supremo Tribunal Federal, a pretexto de efetuar o controle de constitucionalidade, investir-

⁴⁸⁶ Vide p. 94 e 95, do voto.

⁴⁸⁷ Vide p. 99, do voto.

⁴⁸⁸ Id.

⁴⁸⁹ Vide p. 100, do voto.

se na inadmissível e heterodoxa condição de **legislador positivo**, o que efetivamente ocorreria na espécie, se viesse a ser conhecida, **neste ponto**, a presente ação direta⁴⁹⁰ (Grifo no original).

Em decorrência de sua própria natureza, a competência jurisdicional não inclui, portanto, a faculdade de veicular, positivamente, inovações de conteúdo expressional no teor que emerge do preceito estatal impugnado, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do devido processo legal, senão veja-se⁴⁹¹.

Os limites do *substantive due process of law*, a partir do princípio da proporcionalidade que se qualifica enquanto “coeficiente de aferição da razoabilidade de atos estatais”⁴⁹² serve como postulado para a contenção dos excessos do Poder Público⁴⁹³.

Tal postulado incidiria sobre vários aspectos da atuação do Estado, seja na esfera legislativa, executiva ou judicial. O princípio da proporcionalidade se revelaria, assim, “essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela das mesmas liberdades fundamentais, de forma que proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder”, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente a que veicula em dimensão material, ou substantiva, a garantia do devido processo legal.

Dessa forma, a validade das manifestações do Estado analisadas em função de seu conteúdo intrínseco, especialmente na hipótese de restrição a direitos fundamentais, passa a depender, essencialmente, da observância daqueles requisitos que pressupõe “não somente a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos, e a necessidade de sua utilização (...)”, de tal modo que “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida

⁴⁹⁰ Id.

⁴⁹¹ Vide p. 101, do voto.

⁴⁹² Referencia BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 4. ed.. São Paulo Malheiros, 1993, p. 56-57 e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 2. ed.. São Paulo Malheiros, 1995.

⁴⁹³ Vide p. 1.993, do voto.

há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o fim atingido e os objetivos atingidos pelo legislador”⁴⁹⁴.

O fundamento dogmático do princípio do devido processo legal estaria proclamado pelo art. quinto, LIV, da Constituição que impõe não somente restrições de caráter ritual do Poder Público, mas, sobretudo em sua dimensão material. A essência da cláusula consiste na proteção dos direitos e liberdades fundamentais contra qualquer ação opressiva, ou despida de razoabilidade, provindas do Poder Público⁴⁹⁵.

Isso significaria, na perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder, no âmbito das atividades estatais que este não dispõe de competência para atuar ilimitadamente.

Nesta esteira, cita Caio Tácito que “a figura do poder legislativo impõe o reconhecimento de que, mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade legislativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com o interesse público”⁴⁹⁶.

Em contrariedade ao que a mesma a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal tem censurado, quanto à validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e exteriorizam abusos inaceitáveis, a cúpula do Poder Judiciário atesta, por meio de sua história decisional, a invalidade de seus atos no presente caso⁴⁹⁷. (ADIn 1.158-AM, Rel. Min. Celso de Mello).

Sem embargo, as decisões ora veiculadas são irrazoáveis, pois o Judiciário não tem competência para operar uma almejada reforma política eleitoral⁴⁹⁸.

A arbitrariedade se torna mais gritante, quando, como no caso, o decisionismo se pauta em ação meramente criativa, pois não havia norma que a esse respeito dispusesse e, por sua vez, permitisse interpretação. Contudo, por meio das referidas decisões colegiadas, a norma foi criada.

⁴⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23-24, p. 475.

⁴⁹⁵ Vide p. 1.995, do voto.

⁴⁹⁶ RDP 100/11-12, Vide p. 1.996, do voto.

⁴⁹⁷ Vide p. 1.996, do voto.

⁴⁹⁸ Id.

Como afirmado, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral se firmou em vedar as abstratidades, desde o ano de 1991, conforme se verifica de três decisões adiante destacadas, igualmente tomadas como *leading cases*, que em ordem cronológica se transcreve:

(...). Em face do novo texto constitucional, a exigência da lei, no que concerne à aprovação dos estatutos partidários pela maioria das Convenções Estaduais e Municipais (art. 20 da LOPP e Resolução nº 10.785, de 12.2.1980, art. 26, 3º, alíneas a, b, e c) **está revogada, por ser incompatível com o princípio da autonomia dos partidos políticos para definirem a sua estrutura interna, organização e funcionamento (CF, art. 17, §1º)**⁴⁹⁹.

Nos termos do parecer e à vista de nossa orientação firmada no Processo nº 12.028 (...), se entendeu incompatível com a Constituição **com o princípio da autonomia de organização dos partidos** (...) ⁵⁰⁰ (Grifo nosso).

(...). 14. Em estudo de excelente qualidade, a Professora Mônica Herman Caggiano aborda o tema, com hialina clareza, erigindo as seguintes conclusões: (...);

b) **passa a gozar de plena liberdade quanto à sua estrutura interna, sendo-lhes assegurada a faculdade de auto-organização (sic), sob a única condição de integrar nos seus estatutos regras concernentes à fidelidade e disciplina partidárias. Isto significa que qualquer controle ou investida legal nesse terreno vem a ser contagiada de inconstitucionalidade.** (...).

18. sem medo de errar, a autonomia dos partidos políticos significa a proibição da ingerência estatal. Sendo assim ausente qualquer vazio para ser integrado normativamente, as regras constitucionais têm aplicação imediata, com eficácia plena, sem restrições⁵⁰¹ (Grifo nosso).

Dessa forma, a revelação da função pretendida pelas manifestações no caso concreto, não chegam a apreender o caráter específico do direito, seja daquele definido e delimitado materialmente pela Constituição⁵⁰².

Com base em tais elementos, evidencia-se a ilegitimidade das decisões analisadas, o que reafirma a invalidade da jurisprudência inovadora.

4.1.2 Desconformidade das Decisões do STF face à Constituição

Enquanto documentos normativos do Estado e da sociedade, as constituições representam o momento de definição ou de redefinição desenvolvidas

⁴⁹⁹ Acórdão nº 12.120, Petição nº 12.028 – Agravo Regimental em Petição/Brasília-DF, datado de 29/10/1991, publicado no DOU-DJ em 08/05/1992, página 6.283, Rel. do Min. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, Rel. designado: Paulo Brossard.

⁵⁰⁰ Resolução nº 17.990 – Registro de Partido político nº 174/Classe 7ª/Brasília-DF, acima citado.

⁵⁰¹ Acórdão nº 12.211 - RESPE nº 9.467/Classe 4ª/São João da Urtiga-RS, acima citado.

⁵⁰² Ibid., p. 112.

no âmbito de determinada sociedade. Assim vinculam, necessariamente, os poderes públicos⁵⁰³.

Leciona CLÈVE, que a Constituição constitui “o *locus* em que se opera a luta jurídicopolítica”⁵⁰⁴. Desde que o pacto seja plasmado em documento escrito, a luta travada na Assembléia Constituinte é transferida para a prática constitucional, que engloba tanto a interpretação quanto a aplicação das normas constitucionais.

Conforme define Canotilho, sob a ótica jurídica, a Constituição pode ser definida como “processo público” (Peter Haberle)⁵⁰⁵, como “conjunto de normas constitutivas para a identidade de uma ordem político-social e do seu processo de realização”⁵⁰⁶, como elemento regulativo do sistema político da sociedade⁵⁰⁷, como ordem jurídica fundamental material e aberta de uma comunidade” (Konrad Hesse)⁵⁰⁸, como “legitimação do poder soberano segundo a idéia de Direito” (Georges Burdeau)⁵⁰⁹, como “regulamentação jurídica mais importante da ordem social e estadual”⁵¹⁰, ou como “norma fundamental, forma de governo e princípio de normação” (Modugno)⁵¹¹.

Conforme toma Hesse, a concepção da Constituição como uma “ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade” pressupõe a aceitação de sua dimensão material⁵¹². Nesse sentido, é ordem aberta porque mantém uma interação com a realidade, comunicando-se continuamente com a realidade histórica⁵¹³.

Como derivação, decorre o processo denominado mutação constitucional, seja, conforme leciona Canotilho, é o que se denomina “de transição constitucional,

⁵⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro...*, p. 22-29.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas...*, p. 90.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 100.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 104.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 113.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 121.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 125.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 127.

⁵¹² HESSE, Konrad, apud CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro...*, p. 28.

⁵¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro...*, p. 26 e 27.

a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional: muda o sentido sem mudar o texto”⁵¹⁴.

Nesse sentido Clève informa que a abertura da Constituição permite “o evoluir permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a ordem de seu progresso”⁵¹⁵.

Tal é o processo que pretendeu promover o Min. Gilmar Mendes quando da paradigmática ADIN 1.351-3 – STF na qual propôs a revisão da jurisprudência fixada, mediante a “interpretação conforme à Constituição”, sem configurar, por óbvio “violência contra expressão literal do texto”, levando a uma alteração de significado do texto normativo sem realizar uma alteração radical da própria concepção original do legislador”⁵¹⁶. Derivaria, portanto, de processo de mutação constitucional.

Ocorre que, os mesmos limites imanentes ao processo de interpretação das normas constitucionais se configuram quando da ocorrência de mutação constitucional, conforme leciona Mendes⁵¹⁷.

Nesse sentido, tanto a interpretação, quanto a mutação constitucional encontram limites postos pela dimensão material da Constituição⁵¹⁸, o que confere ilegitimidade às decisões emanadas do STF, tendo em vista a radical mudança de sentido conferida ao instituto da fidelidade partidária, sem o amparo em normas constitucionais⁵¹⁹.

Com base nas razões do parecer do Procurador Geral da República nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604/2007, contrária à tese adotada pelo voto condutor, a despeito do sistema proporcional adotado pelo direito brasileiro ser orientado pelos quocientes eleitoral e partidário, a Constituição fundou a base da

⁵¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1.228.

⁵¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro...*, p. 26 e 27.

⁵¹⁶ Voto, p. 155.

⁵¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional...*, p., 153.

⁵¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro...*, p. 25.

⁵¹⁹ Nesse sentido CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1.229.

representação na soberania popular, de modo que seu exercício se dê conforme as regras definidas pela própria Carta Política⁵²⁰.

Por sua vez, o art. 14 determina os meios de exercício do poder soberano, e o art. 17 assegura a autonomia partidária nos termos já expostos neste trabalho⁵²¹.

Nessas linhas não estaria configurada a definição da Constituição pelo mandato partidário, ao invés da natureza de mandato livre, nos limites de suas normas. A par da essencialidade dos partidos ao processo democrático, a Constituição adota a figura do mandato livre, ao invés do vinculado, o que poderia ser visualizado pelas seguintes premissas:

a) do caráter intermediário quanto à natureza das funções dos partidos políticos, seja da intermediação da vontade do povo e do Estado, a ponto de se verificar que os nomes que se oferecem à escolha do eleitorado o são para a função de representação;

b) da natureza da representação política que têm no candidato a expressão referencial, pois os votos são expressivamente conferidos aos candidatos em contraposição à legenda;

c) da condição de filiação partidária como pressuposto de elegibilidade e não de permanência no cargo, conforme o art. 45, CF;

d) da natureza do mandato eletivo que desde o advento da modernidade, adota a figura da representação geral e não individual, própria da figura privatista da *representatio medieval (Vertretung)*;

e) do abandono do mandato imperativo ou delegatário, próprio das mesmas práticas medievais, restando adotada a figura do mandato livre, ou fiduciário, em que nem no âmbito de seu curso, poderia o mandante destituir o mandatário;

f) a história política do Ocidente está diretamente relacionada com a afirmação das câmaras representativas sem o mandato imperativo;

h) a irrevogabilidade do mandato constitui característica fundamental da representação política;

i) a caracterização da hipótese de fidelidade partidária constitui hipótese ensejadora da perda de mandato, estando submetida à reserva de Constituição⁵²².

⁵²⁰ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua e CERQUEIRA, PÁDUA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de. *Tratado de Direito Eleitoral*. Tomo IV. São Paulo: Premier, 2008, p. 296.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 296 e 297.

Pelo exposto, a despeito de eventual assentimento da disciplina do mandato para fins de moralização da atuação dos mandatários populares, no âmbito da evocada reforma política, urge seja realizada uma interpretação conforme o sistema inteiro, vez que “qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual”⁵²³. Isto significa que a hipótese de decretação de perda do mandato eletivo deverá ser analisada para além das hipóteses fixadas no art. 55 da Constituição.

4.2 A REFORMA (IN) CONSTITUCIONAL INFORMAL

O direito, como fenômeno social⁵²⁴, não pode ser concebido como um sistema totalmente fechado como queriam os adeptos do positivismo jurídico⁵²⁵. Tampouco pode ser considerado um sistema totalmente aberto⁵²⁶ em razão da necessidade de manter-se certa segurança jurídica⁵²⁷. Um dos principais desafios

⁵²² Ibid., p. 296-311.

⁵²³ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 4. ed., rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 75.

⁵²⁴ Consoante Paolo Grossi, o direito é “ordenamento observado pelo social, o seu ponto de referência é a sociedade na sua historicidade”. GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 18. Ainda, Niklas Luhmann adverte sobre a intrínseca relação entre direito e sociedade. Para o autor “Toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Como no caso do saber, o direito é um fato social que em tudo se insinua, e do qual é impossível se abstrair. Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro”. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 7.

⁵²⁵ Neste sentido, Marco Aurélio Marraffon ao analisar sistema o kelseniano conclui que “estruturalmente, ele é fechado, abstrato, conceitual, dinâmico, composto por regras positivadas e não admite lacunas”. MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 68.

⁵²⁶ Preceitua Claus-Wilhelm Canaris que “este sistema não é fechado, mas antes aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou ‘sistema científico’, como para o próprio sistema de ordem jurídica, o ‘sistema objetivo’. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. 281. Neste sentido, importante as reflexões de SCHIER, Paulo R. *Direito constitucional: anotações nucleares*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 104.

⁵²⁷ Refere Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao tratar da Constituição, que “uma formulação demasiado elástica possa prejudicar a segurança jurídica”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 21.

contemporâneos, portanto, diz respeito à possibilidade de equacionar um sistema jurídico simultaneamente fechado e aberto. Em outras palavras, diz respeito às condições de manutenção da integridade jurídico-sistêmica (estabilidade) e de sua atualização com a realidade social (variação)⁵²⁸.

Tem-se que a Constituição, enquanto ápice do sistema jurídico, também enfrenta tal problemática, precisando lidar com a hipótese de flexibilização, devendo permitir que seu texto se modifique, se atualize conforme os anseios sociais, sem se perpetuar infinitamente no tempo⁵²⁹.

A mutabilidade do texto constitucional é defendida por Uadi Lammêgo Bulos para quem a Constituição:

(...) como *organismo vivo* que é, configura uma estrutura dinâmica, prospectiva, em permanente progresso; seria irrisória a tentativa de pretender-se escravizá-la ou cristalizá-la nesta ou naquela fórmula, em instituições ou normas graníticas (imodificáveis), sem levar em conta a interação de causas e efeitos próprios da vida em sociedade. Uma Constituição encontra-se numa relação condicionadora e condicionante com as demais estruturas do Estado e, se estas estruturas sociais, econômicas, políticas, éticas e jurídicas mudam, ela também deverá alterar-se, com reformas ou sem reformas, para não promover o divórcio entre o texto judicioso e o fato social cambiante⁵³⁰ (grifo no original).

Nesta perspectiva, reconhece Silva que “as Constituições são mutáveis por natureza, pois já está banida da doutrina constitucional a tese da imutabilidade absoluta”⁵³¹. No mesmo sentido, Barroso nota que “todas as Cartas Políticas

⁵²⁸ Nestes termos, aduz Susana Sbrogio’Galia que “tomando-se os elementos formadores do conceito de sistema jurídico, alicerçados na idéia de adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica, identificaremos os elementos formadores do conceito de sistema jurídico, alicerçados na idéia da adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica, identificaremos fatores de equilíbrio entre a estabilidade (função de retenção/manutenção sistêmica) e de evolução (variação).

⁵²⁹ Aponta Silva que “essa modificabilidade será maior ou menor conforme se trate de Constituição flexível ou Constituição rígida. O primeiro tipo é maleável por natureza. Pode-se dizer que está em constante processo de mudança, uma vez que pode ser alterada pelo processo de formação das leis ordinárias, não havendo distinção formal entre normas constitucionais e normas de legislação ordinárias, nem, portanto, relação de superioridade entre umas e outras. Por serem de igual hierarquia, vigora entre elas o princípio *lex posterior derogat legi priori*; ao contrário, num regime de Constituição rígida, a maior dificuldade para sua alteração a transforma em *lex superior*, com a nítida separação entre normas ordinárias e normas constitucionais, do que decorre o princípio da compatibilidade vertical entre elas, fundamentado no aforismo *lex superior derogat legi inferiori*”. SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 280.

⁵³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, prefácio, p. XVIII.

⁵³¹ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular...*, p. 279.

prevêem mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades”⁵³².

Normalmente, a própria Constituição do país prevê um procedimento formal por meio do qual ocorrerão as reformas do texto constitucional⁵³³. No Brasil, por exemplo, existem as emendas constitucionais previstas no artigo 60 da Constituição da República de 1988 e a revisão constitucional, disciplinada no art. 3º do ADCT⁵³⁴.

Contudo, como é sabido, o procedimento formal não é o único modo pelo qual se promove a alteração constitucional, havendo ainda a denominada *mutação constitucional*⁵³⁵. Fruto da resignificação que se dá aos textos normativos, sua existência permite que ocorra uma modificação sem que haja alteração na literalidade do texto, conforme esclarece Adriana Zandonade:

(...) na mutação constitucional não são alterados o texto ou a letra da norma constitucional, mas é-lhe atribuído um significado, um sentido ou um alcance diferente do conhecido até então. Na mutação constitucional a alteração é produzida independentemente da preservação do texto da norma. É tal característica uma consequência da própria informalidade do processo, ou seja, primeiro, porque não se pode alterar o texto senão do modo expressamente previsto na Constituição – caso em que se cuida de processo formal de modificação -, e segundo, porque a alteração aqui produzida não é determinada senão pelas modificações que a vida impõe, o que não se dá em obediência a qualquer regramento, acontecendo, em vez disso, espontaneamente⁵³⁶.

Tem-se que as mutações constitucionais “são mudanças não-formais que se operam no correr da história de uma Constituição, sem alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto”⁵³⁷. Correspondem, portanto, a *modificações informais no significado dos preceitos constitucionais*⁵³⁸.

⁵³² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

⁵³³ Na linha de Ferraz, a modificação constitucional tradicionalmente é denominada de reforma constitucional, a qual “trata-se de processo formal de mudança constitucional pois que revestido de forma, requisitos e limites próprios, expressos, previstos no texto da Lei Fundamental”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 6.

⁵³⁴ Conforme verifica Kubliscas “a Carta Magna atualmente vigente prevê como instrumentos de reforma constitucional: (i) a *revisão constitucional*, prevista no art. 3º do ADCT; e, (ii) as *emendas constitucionais*, disciplinadas no art. 60 da CF/88”. KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 274.

⁵³⁵ Explica Sbroglío’Galia que a mutação constitucional compreende “a modificação do conteúdo das normas constitucionais, de forma que, conservando o mesmo texto, receberiam significações diversas”. SBROGLIO’GALIA, Susana. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*..., p. 90.

⁵³⁶ ZANDONADE, Adriana. *Mutação constitucional*..., p. 195.

⁵³⁷ SILVA, José Afonso da. *Mutações constitucionais*..., p. 283. Contudo, pondera Anna Cândida da Cunha Ferraz que “uma Constituição existe, realmente, quando é aplicada e cumprida e, para tanto,

Ao tratar do tema, Ferraz estabelece as diferenciações entre reforma constitucional e mutação constitucional:

(...) a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, oras das leis, alterações estas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas⁵³⁹.

Dos termos acima, extrai-se que poderá ocorrer mutação constitucional decorrente da atividade judicial interpretativa⁵⁴⁰. De fato, ressalta Bonavides que por intermédio da hermenêutica jurídica tradicional ocorre “uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais de emenda constitucional”⁵⁴¹.

Prima facie, pela via interpretativa não poderia ocorrer mutação do texto constitucional, já que a interpretação deveria buscar revelar, conhecer o objeto

não pode se afastar da realidade. O meio mais seguro, sem dúvida, para manter a Constituição como permanente reflexo da realidade é a emenda formal; o texto formal da Constituição capta o momento, as circunstâncias presentes à época da elaboração; se estas mudam, se os tempos mudam, as Constituições também devem mudar. Porém, nem sempre as reformas constitucionais podem ocorrer com a frequência desejável ou necessária. Por outro lado, nem sempre as mudanças são substanciais, a ponto de exigirem novo texto constitucional”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição...*, p. 59.

⁵³⁸ Sem descuidar da função limitadora da Constituição, Hesse trata de forma restritiva as hipóteses de mutação constitucional, advertindo que “si las modificaciones de la realidad social solo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma en cuanto forman parte del ámbito normativo, si el ‘programa normativo’ resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucional solo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto”. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 101.

⁵³⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição...*, p. 09.

⁵⁴⁰ Neste sentido, dispõe Barroso que a mutação constitucional por via de interpretação “consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente data. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo...*, p. 130. Quanto aos tipos de mutações constitucionais, não há pacificidade na doutrina, conforme bem demonstra Silva (SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição...*, p. 287/288).

⁵⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional...*, p. 293. O papel da via interpretativa é reconhecido por Susana Sbrogio’Galia, para quem “a interpretação opera a alteração do significado, do sentido e do alcance do texto constitucional, sem que a letra da Constituição seja modificada”. SBROGLIO’GALIA, Susana. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais...*, p. 103.

criado, sem modificá-lo⁵⁴². No entanto, pode ocorrer uma transformação no objeto que exija acomodação de sentido explicitado pela interpretação⁵⁴³. Neste escopo, assevera Silva que “a interpretação, especialmente a judicial, exerce um papel fundamental de adaptação das normas constitucionais às exigências de novos conceitos da realidade por elas pensadas”⁵⁴⁴.

Há, contudo, que se ter em vista que a mutação constitucional, ao instituir uma espécie de poder constituinte difuso⁵⁴⁵, só pode ser aceita como legítima enquanto não contrariar a Constituição, sob pena de ser absolutamente inconstitucional⁵⁴⁶ e como tal, juridicamente inaceitável. É o que preceitua Barroso:

As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário⁵⁴⁷.

⁵⁴² Nesta linha, salienta Ferraz que o “caminho inevitável para a compreensão da norma jurídica é a interpretação, vale dizer, a compreensão do seu sentido”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais...*, p. 23.

⁵⁴³ FERRAZ elenca situações típicas de mutação constitucional por via interpretativa, quais sejam “a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b)

⁵⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Mutações constitucionais ...*, p. 291. Neste sentido, salienta Zandonade que “as decisões judiciais são apenas uma das vias concretas cuja existência como meio de realização, como todas as outras, somente se torna possível em virtude da interpretação”. ZANDONADE, Adriana. *Mutação constitucional...*, p. 216.

⁵⁴⁵ Leciona Barroso que no poder constituinte difuso, expressão cunhada por Georges Burdeau a titularidade remanesce no povo, mas acaba sendo exercida representativamente pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais. BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 127. Nessa linha senda, adverte Bulos que “quanto mais difíceis se apresentem as técnicas de reforma, mais fortemente aparecerão os meios difusos de modificação constitucional, para a adaptação do Texto Maior às exigências prementes da sociedade”. *Op. Cit.*, p. XVIII. Ainda, salutar o esclarecimento de Ferraz, para quem “destina-se a função difusa a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra do constituinte. Decorre diretamente da Constituição, isto é, o seu fundamento flui da Lei Fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais...*, p. 10.

⁵⁴⁶ Neste sentido, posiciona-se Ferraz. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais...* No mesmo caminho, Bulos refere que “se o expediente interpretativo desvirtuar a letra das normas que embasam a Constituição, quebrando a juridicidade dos princípios informadores da ordem constituída, estaremos diante das mutações inconstitucionais, as quais destroem a vida dos preceptivos constitucionais, idealizados por obra de um poder incondicionado, cujo reflexo incide sobre todo o ordenamento jurídico”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional...*, p. 198.

⁵⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo...*, p. 128. Em sentido idêntico, pontua Ferraz que “a experiência constitucional demonstra que a expressão *mutação constitucional*, ou seja, os processos

Silva é categórico ao pontuar que “se uma conduta ou uma prática política não coincide com a Constituição, não se trata de forma de mutação constitucional, mas de uma forma de desrespeito ou de fraude à Constituição”⁵⁴⁸. Crucial, neste ponto, a consideração de Jorge Miranda, para quem na fraude à Constituição, a modificação empresta credibilidade a uma operação política proveniente dos reais detentores do poder⁵⁴⁹.

Com efeito, assiste razão a Ferraz quando adverte que “quanto mais elástico for o processo interpretativo, tanto maiores, porém, os perigos de frustração ou desvirtuamento do texto constitucional e de distorções dos princípios fundamentais que embasam o documento constitucional”⁵⁵⁰. Pontua a autora que o esvaziamento e quebra da juricidade da Constituição além de denotar uma legitimidade fácil e arbitrária do poder – que por vezes destrói a própria lei –, leva a perda da principal função constitucional que é a de estabilização. Sinaliza, assim, os riscos que derivam da interpretação constitucional “quando, acima de qualquer outra função ou finalidade, se volta, unicamente, para a adequação da Lei Fundamental à realidade social, cambiante e mutável”⁵⁵¹.

Apresenta-se, dessa forma, uma problemática nodal à denominada mutação constitucional que diz respeito à ausência de limites claros à sua ocorrência. De fato, enquanto os processos de reforma constitucional (formal) apresentam uma delimitação objetiva, o mesmo não ocorre com a mutação constitucional

não formais de mudança constitucional, não é empregada uniformemente pela doutrina, abrigando, a um só tempo, dois tipos ou espécies diferentes de mutações: as que não violem a Constituição, isto é, aquelas que, se confrontadas por qualquer meio de controle, particularmente pelo jurisdicional, não sofrerão a pecha da inconstitucionalidade, e as mutações constitucionais que contrariam a Constituição e que, num confronto com a Lei Fundamental, não devem subsistir”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais...*, p. 9.

⁵⁴⁸ Ibid., p. 285. Conforme entendimento de Anna Cândida da Cunha Ferraz “a mutação constitucional, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa mutação não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, constitucional. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 11.

⁵⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. Introdução à teoria da constituição. Portugal: Coimbra Editora, 1988, p. 188.

⁵⁵⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais...*, p. 62.

⁵⁵¹ Ibid., p. 63.

(informal)⁵⁵². Todavia, este é um problema grave na medida em que as conseqüências de um ou de outro procedimento são semelhantes, o que de outro lado demonstra o quão necessários são os limites à mutação constitucional a fim de se evitar uma deformação constitucional⁵⁵³.

No que tange aos limites da mutação constitucional, Zandonade assevera que “em decorrência da própria natureza da mutação, como processo informal de alteração da Constituição, põe-se como seu mais característico limite o texto constitucional”⁵⁵⁴. Nesta senda, preceitua HESSE⁵⁵⁵ que o conteúdo da norma constitucional apenas poderá ser alterado dentro, no interior, da própria norma. Nestes termos, refere Sbrogio’Galia que:

(...) os limites das mutações constitucionais interpretativas restariam restritos aos limites das possibilidades de compreensão lógica do texto da norma constitucional, em uma unidade que mescla processo (procedimento democrático institucionalizado) e substância (aspecto material da Constituição em meio à realidade constitucional)⁵⁵⁶.

Bulos, por sua vez, entende, na mesma linha de Laband e Jellinek, ser impossível estipular limites (critérios) exatos para o delineamento da mutação constitucional. Deste modo, preceitua que “a única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo, psicológica – seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras”⁵⁵⁷.

Kubliskas, também admite que o viés ético do aplicador da norma constitucional constitui-se em limite à mutação constitucional, e vai além, dispondo que a consciência geral jurídica integra o aspecto subjetivo da limitação. Já no

⁵⁵² Conforme aponta Hesse com relação à mutação constitucional “no se han emprendido, que sepamos, otros intentos de fijación de limites, en característico contraste con el problema de los limites de la reforma constitucional, que ha gozado de amplio tratamiento”. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional...*, p. 82.

⁵⁵³ De fato, conforme leciona Hesse “estamos únicamente ante dos caras de una misma tarea: la garantía de la Constitución exige el control y, en su caso, el bloqueo de diversas vías de irrupción, quedando incompleta cuando alguna de ellas quedan desatendida. Id., p. 83.

⁵⁵⁴ ZANDONADE, Adriana. *Mutação constitucional...*, p. 205.

⁵⁵⁵ Consoante Hesse: “la mutación constitucional y sus limites sólo se alcanza a entender con claridad cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio ‘en el interior’ de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución, y cuya ‘mutación’ en normatividad estatal tampoco se puede explicar satisfactoriamente cuando se parte de una relación de coordinación correlativa entre normalidad y normatividad”. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional...*, p. 99.

⁵⁵⁶ SBROGLIO’GALIA, Susana. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais...*, p. 103.

⁵⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional...*, p. 91.

aspecto objetivo entende o autor que atuam como limites à mutação constitucional o programa normativo e a necessidade de que as mudanças se operem de forma fundamentada e razoável⁵⁵⁸. Em síntese, refere Kubliskas que:

(...) uma mutação constitucional apenas é aceitável quando o ato que a origina (i) não contraria de modo evidente a letra ou o espírito da Constituição; (ii) está devidamente fundamentado nos preceitos constitucionais interpretados; (iii) é racional; e (iv) é legitimamente aceito pela comunidade (jurídica e não-jurídica)⁵⁵⁹.

Assinala Zandonade que, efetivamente, o controle sobre as mutações constitucionais é realizado pelo Poder Judiciário, que examina a matéria nas instâncias judiciais superiores, contudo pontua que:

(...) a decisão proferida em única ou em última instância torna-se definitiva e vinculante nos limites dos processos em que proferida, *inexistente poder jurídico que possa sobre ela exercer qualquer controle*. Ante o risco, oferecido por semelhante situação, que se pode radicalizar no que Lambert denominou 'Governo de Juízes', onde os membros do Poder Judiciário decidem segundo sua própria conveniência, ultrapassando os limites constitucionais⁵⁶⁰ (Grifo no original).

Por tal razão a autora defende que a mutação constitucional apresenta limites ainda mais amplos do que aqueles consignados ao poder reformador, uma vez que “cuida-se, aqui, de uma expressão da função constituinte, sim, mas, além disso, implícita e, portanto, essencialmente limitada. Tais limites são bem mais definidos do que os que atinem ao poder reformador, expressos no texto constitucional, porque lhe é vedado alterar próprio o texto ou a letra da norma constitucional”⁵⁶¹.

Importa lembrar das palavras de Silva de que “a rigidez constitucional produz a supremacia das normas constitucionais, que constitui garantia de permanência dos direitos fundamentais que precisamente protegem as massas populares do arbítrio do poder”⁵⁶². Nesta perspectiva, rememora o nobre jurista que “a função limitadora da Constituição tem precisamente o escopo de impedir o

⁵⁵⁸ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*, p. 153-155.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 153

⁵⁶⁰ ZANDONADE, Adriana. *Mutação constitucional...*, p. 217.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 205. A autora vai além e dispõe que “os desvios do processo informal de alteração constitucional somente podem ser coibidos mediante um eficaz e abrangente sistema de controle de constitucionalidade. Não são inofensivos e nem devem ser tolerados, mas a sua correção deve ser feita com os instrumentos e nos limites do sistema previsto na Constituição, alcançando especial importância nesse mister o controle constitucional não organizado, como lembra Ferraz, acionado, por exemplo, por grupos de pressão, pela opinião pública e pelos Partidos políticos”. *Idem*, p. 210.

⁵⁶² SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição...*, p. 284.

surgimento de realidades políticas contrapostas aos direitos do povo. Os limites constitucionais ao poder têm por fundamento não a limitação pela limitação, mas a limitação para que vigorem os direitos fundamentais”⁵⁶³.

Diante desse cenário, tem-se que uma mutação constitucional sem limites poderá gerar uma alteração violadora da Constituição⁵⁶⁴ ou, porventura, a ilegítima criação de nova Constituição, implicando um perigoso e indesejado risco democrático.

No que tange a questão da fidelidade partidária, consoante se verificou nos itens pretéritos, seu sentido não foi alterado pelo procedimento formal (emenda ou revisão constitucional), mas sim, pelo procedimento denominado de mutação constitucional. Há que se avaliar, contudo, se tal modificação foi produzida em conformidade (ou não) à Constituição.

Como se viu, a literalidade dos textos que tratam da fidelidade e da autonomia partidária não sofreu nenhuma alteração e permaneceu exatamente igual. No entanto, houve alteração no entendimento dos Tribunais pátrios sobre a possibilidade de perda de mandato em razão da denominada infidelidade partidária.

Dessa forma, a possibilidade de perda do mandato por infidelidade partidária, prevista pela ordem jurídica imediatamente anterior, foi suprimida e assim mantida pela atual.

Ora, é indubitável que o TSE ao responder afirmativamente à consulta, por maioria de votos, declarando a vinculação do candidato eleito ao partido, criou nova hipótese, não prevista constitucionalmente, de perda de mandato por infidelidade partidária. Dessa forma, tem-se que ocorreu mutação no texto constitucional, já que foi alterado o sentido da letra da norma constitucional, sem a produção de modificação textual. Tratou-se, sem qualquer sombra de dúvidas, de mutação constitucional realizada pela via interpretativa.

⁵⁶³ Id.

⁵⁶⁴ Neste escopo salutar a indagação de Zandonade, para quem “a inquietação que se põe em face do tema pertine ao problema de saber como é possível admitir que por mutação sejam obtidos resultados ‘inconstitucionais’, em face de apresentar-se a Constituição como um sistema. Por outras palavras, não se deveria repelir o fenômeno, visto que, podendo conduzir a resultados que ferem a Constituição, expõe a riscos a integridade do sistema normativo?”. ZANDONADE, Adriana. *Mutação constitucional...*, p. 208.

Disso, resta ainda perquirir se tal mutação é de fato constitucional ou se houve uma mutação inconstitucional, nos moldes do preceituado por Ferraz⁵⁶⁵. Para tanto, há que se verificar o único voto divergente na Consulta, prolatado pelo Min. Marcelo Ribeiro.

Conforme seu voto: “não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato”⁵⁶⁶. Dessa forma, entendeu que “não me parece haver espaços para invocar princípios implícitos quando a matéria foi tratada expressamente na Constituição anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, foi retirada da atual Constituição”⁵⁶⁷. Nestes termos, concluiu o Ministro, afirmando que:

(...) concordo inteiramente com o já citado voto do Ministro Pertence, que ao mesmo tempo realça o caráter exaustivo do artigo 55 da Constituição e demonstra que, quanto ao tema, a Constituição de 1988 não se deteve sequer em face da redundância, explicitando até mesmo a hipótese de perda do mandato quando o parlamentar perde seus direitos políticos. O silêncio, no que diz respeito a mudança de partido, me parece, *data venia*, eloqüente.

De fato, conforme acima explanado, o texto da Constituição vigente não prevê, dentre as hipóteses a perda de mandato por infidelidade partidária. Nesse sentido, ao preferir voto no Mandado de Segurança nº 23405-9 - ulterior à Consulta ao TSE analisada – em que se questionava a possibilidade de perda de mandato por infidelidade partidária, o Min. Gilmar Mendes destacou que:

(...) embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente.

Ainda, ao julgar o Mandado de Segurança 20927-5, anterior à Consulta ao TSE, o Min. Moreira Alves defendeu que “a inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição Federal e da lei, aos respectivos suplentes”.

⁵⁶⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais...*, p. 219.

⁵⁶⁶ Consulta/TSE nº 1.398/2007, p. 55.

⁵⁶⁷ Consulta/TSE nº 1.398/2007, p. 60.

Pelo exposto, tem-se que a resposta fornecida pelo Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398/2007, que deu fundamento à Resolução 22.610/2007, confirmada posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, não encontra fundamento legal no texto constitucional, razão porque se explicita, como uma das conseqüências da alteração jurisprudencial realizada pelo Poder Judiciário Brasileiro, a operação de uma mutação inconstitucional, da nova interpretação advinda desse contexto, que acabou por inserir nova hipótese de perda de mandato eletivo daquelas enumeradas expressamente pela Constituição, por infidelidade partidária.

4.3 ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

No atual estágio de fixação da doutrina constitucional brasileira, já há muito se superou a noção do Poder Judiciário enquanto um poder nulo, de onde o dogma da tripartição dos poderes resguardava aos juízes a mera tarefa de “boca da lei”, adjetivando, assim, o Estado de Direito como um Estado Liberal⁵⁶⁸.

Por isso, reconhece-se que a noção de Estado Democrático e Constitucional de Direito está indissociavelmente ligada ao redimensionamento do papel desse Poder à justiça constitucional.

Conforme afirma Lênio Streck, essa nova perspectiva estatal surge impulsionada pela necessidade do resgate das promessas não cumpridas da modernidade, dentre elas a igualdade, a justiça social, a democracia material e a garantia dos direitos humanos fundamentais, na qual “a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico”⁵⁶⁹.

Dessa forma, o movimento de constitucionalização do direito brasileiro que se consolidou nos últimos anos⁵⁷⁰, marcou o desenho dogmático-institucional da

⁵⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 87.

⁵⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.40.

⁵⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel

jurisdição constitucional realizável de maneira ampla pelas vias do controle concreto e abstrato. Desse modo, a firme noção de que a Constituição é compromissória⁵⁷¹, aliada a certa redescoberta da cidadania introduzida pela Constituição de 1988 promoveu segundo Barroso, o reconhecimento do papel simbólico de juízes e tribunais no imaginário coletivo, como detentores de um importante papel político, ocasionando, outrossim, uma valorosa ascensão do Judiciário⁵⁷².

Ainda, tem-se que o crescente descrédito das instituições parlamentares, o predomínio dos interesses econômicos na própria definição das políticas públicas e a mercantilização da democracia tem levado o Judiciário a lidar com “caminhos sem chegada” que o colocam em verdadeiros dilemas éticos, pois de um lado é necessário dar uma resposta à demanda apresentada e, de outro, sabe-se, de antemão, que algumas dessas respostas se transformam em verdadeiros atentados à autonomia, independência e separação dos poderes⁵⁷³.

Nessa linha, o ativismo judicial é algo a ser evitado, pois além dos excessos que podem violar a democracia, bem lembra Álvaro Ricardo de Souza Cruz que:

O ativismo judicial se insere no Brasil dentro de um mundo da vida em que os juízes, de uma forma geral, não se sentem servidores públicos, e sim, entes transcendentalmente superiores. Acostumados à cortesia e às posturas formalistas, não é incomum a figura do magistrado distante das pessoas e do ‘mundo’ que espera apenas a bajulação e desconsidera as necessidades das partes. Dizer a eles que podem tudo, ou melhor, que devem fazer tudo, tal como fazem os teóricos do constitucionalismo da efetividade, é música para seus ouvidos! Não desconhecemos que as intenções dessa corrente teórica são boas e favoráveis à inclusão social. Mas é preciso lembrar o ditado: o inferno está cheio de boas intenções. O ativismo judicial desmedido por razões vazias como ‘razoabilidade’ e ‘proporcionalidade’ podem ser um bálsamo, como pretendem seus adeptos, mas também ser um veneno para nossa democracia⁵⁷⁴.

Ocorre, porém, que das decisões analisadas se evidencia que o STF e o TSE, ao regularem o instituto da fidelidade partidária, atuaram como verdadeiros

(Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2007.

⁵⁷¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson (org.) *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁵⁷² BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 383.

⁵⁷³ Sobre a mercantilização da política, denominado “horror político” e as encruzilhadas que tais situações levam ao Judiciário, conferir: MARRAFON, Marco Aurélio. *Jurisdição constitucional em tempos de horror político*. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MORAES, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (orgs.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁵⁷⁴ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro...*, p. 240-241.

legisladores positivos, extrapolando sua competência constitucional e missão institucional.

Isso porque, dadas as perspectivas processuais e materiais constitucionalmente existentes, e ainda, da tripartição dos poderes enquanto corolário do constitucionalismo acabou por redefinir a engenharia desse tema, inovando de modo radical a ordem jurídica, ao ponto de o **Min. Sepúlveda Pertence** enxergar a introdução de “uma ortodoxia no sistema”, não reconhecida pela nossa Constituição, conforme se vê:

(...) Continuo a pensar, Senhor Presidente, cada vez que vejo a dedução das razões da posição oposta, mais me convenço de que se funda na idealização e no transplante, para o nosso regime positivo de representação proporcional, de uma ortodoxia do sistema, pensada em termos abstratos, que a nossa Constituição não conhece. Ortodoxia que se manifesta nesta Casa, que se manifestou no desenvolvimento das discussões do caso precedente, através do eminente Ministro Paulo Brossard, quando S. Exa. Acabou por declinar que, para ele, o sistema iria ao ponto de sancionar com a perda do mandato também o titular que se desvinculasse da legenda pela qual se elegeu.

No entanto, na minha convicção restou inabalada, com todas as vênias, a premissa de que parti: a falta, em nosso direito constitucional vigente, de base para decretar a perda de mandato de titular, convicção que agora acaba de receber valiosos subsídios do eminente Ministro Moreira Alves.

A partir do sistema, inferir-se essa perda não me apreço definitivamente autorizado pelo texto constitucional, que é – e nem poderia ser de modo diverso, tal gravidade de sanção – exaustivo, no art. 55, a ponto de tornar explícito, por exemplo, o que seria muito mais fácil extrair por inferências lógicas: que o Deputado que perde os direitos políticos perderá o seu mandato eletivo⁵⁷⁵.

Esse entendimento não foi acolhido pelo **Min. Marcelo Ribeiro** na Consulta nº 1.398/DF:

Nesse diapasão, concordo inteiramente com o já citado voto do Ministro Pertence, que ao mesmo tempo realça o caráter exaustivo do artigo 55 da Constituição e demonstra que, quanto ao tema, a Constituição de 1988 não se deteve sequer em face da redundância, explicitando até mesmo a hipótese de perda de mandato quando o parlamentar perde seus direitos políticos. O silêncio, no que diz respeito a mudança de partido, me parece, data vênias, eloqüente.

Assim, embora louve toda argumentação no sentido de se prestigiar a fidelidade partidária, não encontro razões no direito posto que autorizem a conclusão a que chegaram os doutos votos vencedores.

Somente essas considerações seriam suficientes para demonstrar o ativismo judicial operado pelos julgamentos citados, porém, o que se configura mais

⁵⁷⁵ Mandado de Segurança nº 20916-0/DF, acima citado.

grave é a própria violação da Constituição histórica, bem visualizada pelo **Min. Marcelo Ribeiro** no mesmo voto:

O eminente Ministro Aldir Passarinho, ao se manifestar naquele precedente [Mandado de Segurança nº 20916-0/DF], traçou, de início, considerações de caráter histórico, para mostrar que a Constituição já previu a perda do mandato em caso de infidelidade partidária. Em seguida averbou:

(...) Quer dizer que não houve, a meu ver, omissão na Constituição em não estabelecer o princípio da perda do mandato por infidelidade partidária, pois o tema sempre esteve presente. E tanto é certo que na Constituição anterior, que não podia se naturalmente esquecida dos novos constituintes, havia regra expressa nesse sentido, a qual foi, como disse, amenizada pela Emenda Constitucional nº 11.

Nesse ponto, Sua Excelência adota raciocínio também desenvolvido pelo Ministro Moreira Alves, ao qual adiro integralmente. Não me parece haver espaço para invocar princípios implícitos quando a matéria foi tratada expressamente na Constituição anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, foi retirada da atual Constituição

Resta claro, que em razão de argumentos morais, de alguns princípios implícitos inerentes à autonomia dos partidos e à fidelidade partidária e, com o objetivo de fortalecimento de preservação, os partidos políticos o TSE e depois o STF, promoveram interferências na vida política do país, legislando acerca de temas que não se encontram positivados tratados na ordem jurídicoconstitucional vigente. Incorrem, dessa maneira, em ativismo judicial, já que regularam matérias próprias, essenciais à preservação dos procedimentos democráticos.

Para impor limites à atuação arbitrária, ao reconhecer que processo de constitucionalização do Direito é um avanço, mas que não se pode deixar de visualizar o seu fim, qual seja o alcance dos objetivos estatais, que se funda na legitimidade decorrente do regime, leciona Jorge Reis Novais que:

Se o desenvolvimento da função estruturante da Constituição (com o progressivo estabelecimento da justiça constitucional) compensa, de algum modo, a desvalorização do papel da lei ordinária e os limites da justiça administrativa, é, sobretudo na revitalização, aprofundamento e generalização das regras da democracia política que o Estado de Direito encontra as contrapartidas que lhe permitem assumir novo princípio social sem perda de legitimidade⁵⁷⁶.

Contudo, para que essa legitimidade seja efetivada é preciso manter as conexões entre o constitucionalismo, enquanto teoria/ideologia fundante do processo de constitucionalização e da atividade judicial e o tipo de democracia que se espera, pois somente assim será possível se detectar os excessos ativistas e,

⁵⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, p. 207.

especialmente, fazer com que ambos (constitucionalismo e democracia) não apenas convivam, mas antes sejam reforçados nessa relação.

Para tanto, crucial a obra de Carlos Santiago Nino⁵⁷⁷ que enfrenta essas questões complexas com profundidade e fidelidade à teoria dos direitos fundamentais, evidenciando os abusos cometidos pelo Poder Judiciário brasileiro no caso da fidelidade partidária.

Nesta senda, Nino entende que a idéia de Constituição se situa na união entre democracia e constitucionalismo o que pode gerar algumas tensões, especialmente quando a “expansão da democracia debilita o constitucionalismo ou quando o fortalecimento do ideal constitucional se converte em um freio para o processo democrático”⁵⁷⁸.

Contudo, para que essas tensões não ocorram e nem se potencializem, o autor propõe que o constitucionalismo deva reconhecer suas dimensões democráticas e liberais (afinal, deliberação majoritária não é necessariamente incompatível com governo limitado)⁵⁷⁹. Esse reconhecimento realizar-se-ia a partir de três elementos que mais fortemente devem estar associados à própria noção de constitucionalismo, quais sejam: i) a constituição histórica, ii) processos democráticos e participativos e iii) a proteção dos direitos individuais⁵⁸⁰.

Acerca do primeiro elemento, Nino afirma que o constitucionalismo reclama a obediência à constituição histórica, entendida como “o documento criado na fundação constitucional e interpretado através da história do país”⁵⁸¹, ainda quando esta pareça impedir o desenvolvimento democrático do país⁵⁸².

Apesar de reconhecer a radical indeterminação da Constituição histórica e sua superfluidade, Nino fixa que em seu trato deva ser retomada a razão prática, não para justificar ações individuais, mas sim, para justificar ações coletivas que se estendam ao longo do tempo⁵⁸³ de tal modo que os trabalhos desenvolvidos pelos

⁵⁷⁷ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 20-21.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁸² *Id.*

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 55.

legisladores e juízes estejam fora de seu controle subjetivo, pois não é lícito que eles possam escolher o sistema jurídico prevalente.

Desse modo, há que se preservar a Constituição original enquanto prática social e como um feito histórico, através do qual se identifique toda a ordem jurídica de uma sociedade. Afinal, ela está repleta de condutas, atitudes e expectativas de sucessivas legislaturas, funcionários públicos e gerações de cidadãos⁵⁸⁴.

Nesse sentido Nino, afirma que:

Seria irracional para um juiz resolver um caso como se estivesse criando toda uma ordem jurídica com sua decisão (...) o juiz deve considerar as expectativas criadas pelas decisões de legisladores e juízes no passado para que suas conclusões se harmonizem com as decisões simultâneas de seus colegas⁵⁸⁵.

Ora, como já evidenciado, esse primado não foi sido seguida pelo Judiciário brasileiro.

Nino resgata, ainda, três princípios de direitos liberais como base ideal e substantiva para a formação de uma Constituição complexa⁵⁸⁶. São eles: o princípio da autonomia⁵⁸⁷, o princípio da inviolabilidade⁵⁸⁸ e o princípio da dignidade da pessoa⁵⁸⁹.

Sobre esse fundamento, o autor busca reconstruir uma relação dialética entre as diferentes dimensões dessa Constituição, as quais consistem nos processos democráticos participativos, sua justificação, a proteção aos direitos individuais e a fundamentação do controle de constitucionalidade.

Nessa arquitetura, a Constituição histórica, os direitos individuais e o controle de constitucionalidade são entendidos como “contrapesos” ao processo

⁵⁸⁴ Ibid., p. 54.

⁵⁸⁵ Ibid., p. 54-55.

⁵⁸⁶ Ibid., p. 83.

⁵⁸⁷ Cujas pressuposição geral se refere, segundo Nino, “à livre aceitação dos princípios morais intersubjetivos e de ideais auto-referentes de excelência pessoal”. (Ibid., p. 75). Implica também na idéia de separabilidade e independência das pessoas no discurso moral (id., p. 75-78).

⁵⁸⁸ Para Nino, este princípio se baseia na proibição da “diminuição da autonomia de uma pessoa para alcançar como único propósito o incremento da autonomia de que gozam outros indivíduos”. (Ibid., p. 79).

⁵⁸⁹ Para impor limites e restrições aos outros dois, Nino propõe que a dignidade da pessoa deve ser vista como o princípio que “permite à pessoa ter em conta decisões ou atos deliberados dos indivíduos como uma base suficientemente válida para contrair obrigações, assumir responsabilidades e perder direitos” (Ibid., p. 80). Desse modo: “é possível imaginar um processo dinâmico no qual os direitos podem ser transferidos e perdidos de modo que alguns indivíduos possam diminuir sua autonomia em favor das ações dos outros” (Id.).

democrático majoritário⁵⁹⁰. Este, por sua vez, é pensado desde uma perspectiva dialógica⁵⁹¹, intersubjetiva, em que se realça o valor epistêmico da deliberação normativa⁵⁹² que, assim pensada, refunda e permite maior êxito para lograr real vigência aos direitos individuais⁵⁹³.

A ênfase no modelo epistêmico da democracia deliberativa, leva Nino a colocar em dúvida a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, na medida em que surgem dúvidas acerca dos motivos pelos quais o poder judicial, enquanto órgão aristocrático e não democrático, detém a última palavra na determinação do alcance dos direitos individuais⁵⁹⁴. De fato, tem-se que as suas decisões não gozam do valor epistêmico presente no processo democrático⁵⁹⁵.

Contudo, em alinhamento com a estrutura delineada, Nino fixa que existem três exceções em que subsiste o papel da justiça constitucional: i) no controle de procedimento democrático; ii) na tutela da autonomia pessoal e iii) na defesa da constituição como uma prática social⁵⁹⁶.

Em relação ao controle do procedimento democrático, Nino percebe que seria complicado que ele próprio regulasse suas regras. Para solucionar esse problema, o Judiciário surgiria como um árbitro para tutelar a efetividade das regras que garantem o valor epistêmico da democracia deliberativa⁵⁹⁷.

⁵⁹⁰ Ibid., p. 71.

⁵⁹¹ Em sua concepção as esferas da política e da moral estão interconectadas, ligando o valor à democracia na moralização das preferências das pessoas. Aí que, segundo Nino, o valor da democracia reside na sua natureza epistêmica com respeito à moralidade social, o que significa dizer que ela é o procedimento mais apropriado para ter acesso ao conhecimento dos princípios morais. (Ibid., p. 154).

⁵⁹² Esse modelo epistêmico de democracia, de certo viés procedimental e assentado numa concepção liberal dos direitos individuais, não é pensado como um modelo perfeito, mas antes o que melhor se adequa aos limites e possibilidades das democracias contemporâneas e a complexidade do contexto histórico atual. Não cabe neste trabalho explicar os pormenores de tal proposta, no entanto, por ora é importante dizer que, segundo Nino, o “valor epistêmico” da democracia surge a partir de um conjunto de procedimentos para a tomada de decisão coletiva e sua capacidade para detectar soluções moralmente corretas, que variam de acordo com o grau de satisfação das condições subjacentes ao processo, quais sejam: “*que todas as partes interessadas participem na discussão e na decisão; que participem de uma base razoável de igualdade de igualdade e sem nenhuma coerção; que possam expressar seus interesses e justificar-los com argumentos genuínos; que o grupo tenha uma dimensão apropriada que maximize a probabilidade de um resultado correto; que não haja nenhuma minoria isolada, mas que a composição das maiorias e minorias mude com as diferentes matérias; que os indivíduos não se encontrem sujeitos a emoções extraordinárias*” (Ibid., p. 180).

⁵⁹³ Ibid., p. 259.

⁵⁹⁴ Id.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 260.

⁵⁹⁶ Ibid., p. 273.

⁵⁹⁷ Ibid., p. 276-277.

Entretanto, dada a importância dos direitos que regula (amplitude da participação, garantia de igualdade e justificação, entre outros), aponta Nino que a tomada de decisão acerca dos vícios do sistema democrático deve observar que o grau de confiabilidade epistêmica geral seja menor do que o relativo a uma decisão individual, para que o órgão decisório possa atuar sobre a base de um juízo moral⁵⁹⁸.

A segunda exceção, relativa à tutela da autonomia pessoal, diz respeito à possibilidade de o Poder Judiciário invalidar uma lei ou ato normativo que imponha um ideal de excelência pessoal ou de perfeccionismo moral, uma vez que é direito individual e condição para o processo democrático que ninguém sofra coerção para seguir padrões ideais de excelência humana⁵⁹⁹.

Ao tratar da terceira exceção, Nino explica que o propósito do controle judicial de constitucionalidade é o de preservar a prática social ou convenção dentro da qual a decisão democrática opera, quer dizer, dentro da constituição histórica⁶⁰⁰. Por isso, esse controle se fundamenta também no fato de poder lograr que as decisões democráticas que tem valor epistêmico sejam mais eficazes⁶⁰¹.

Nessa linha, a prática coletiva, entendida como Constituição histórica que se justifica à luz das constituições ideais dos direitos e do poder e serve como base para justificar ações e decisões individuais, pode gerar uma tensão quando uma decisão democrática afeta negativamente e de modo sério a convenção que surge da própria constituição histórica, inclusive quando satisfaça ao ideal constitucional respectivo do poder e dos direitos⁶⁰².

Nino dá o exemplo de hipótese em que a decisão democrática infringe de forma clara o texto⁶⁰³.

Nessa conjuntura, mesmo que a decisão democrática seja impecável do ponto de vista dos elementos do constitucionalismo liberal e participativo, esta poderia entrar em contradição com os elementos que preservam o *Estado de Direito*, pois, caso fosse mantida a prática social formada desde a constituição histórica,

⁵⁹⁸ Ibid., p. 277.

⁵⁹⁹ Ibid., p. 279-280.

⁶⁰⁰ Ibid., p. 280.

⁶⁰¹ Id.

⁶⁰² Ibid., p. 281.

⁶⁰³ Id.

poderia se debilitar e, como resultado, a eficácia das decisões democráticas em geral poderia resultar fortemente afetada⁶⁰⁴.

Em tal situação, “o juiz pode intervir de forma justificada para invalidar a lei democrática a fim de proteger a convenção constitucional que garante a eficácia das decisões democráticas mesmas”⁶⁰⁵.

Nessa linha, é possível inferir que os tribunais não podem tomar decisões ou legislar positivamente em desfavor da constituição histórica, pois, por melhores que fossem as intenções e as finalidades, estar-se-ia, na realidade, afrontando o próprio processo democrático.

A partir desses argumentos, conclui-se que o STF e o TSE não possuíam legitimidade para adotarem os referidos entendimentos, notadamente porque: i) se basearam em juízos morais sem que o vício procedimental fosse de tamanho grau de impacto, que prejudicasse a formação da vontade majoritária; ii) não devem ser impostos ideais perfeccionistas na ação democrática, principalmente quando se viola a autonomia pessoal e iii) violaram a constituição histórica.

Por fim, poder-se-ia cogitar sobre uma eventual supremacia do Poder Judiciário, pelo que não haveria a cessação do desrespeito ao princípio da divisão de poderes. Isso porque a prática governamental, hoje marcada pela atividade tendente aos abusos das medidas provisórias, seria substituída pela “prática judicial”, consubstanciada em ativismo tendente a afrontar o princípio da constitucionalidade, tal qual aquele “que exprime em primeiro lugar e que funda a legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincula todos os poderes e os atos dele provenientes”⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ Id.

⁶⁰⁵ Id.

⁶⁰⁶ SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. In, QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2006, p. 19-23.

CONCLUSÃO

No Brasil, o processo histórico de regulamentação constitucional dos partidos políticos culminou, em 1988, por lhes conferir autonomia para se estruturarem, organizarem, gerirem sua atuação e estabelecerem, por conseguinte, regras a respeito da disciplina e da fidelidade de seus filiados (que detenham mandato ou não).

A questão da fidelidade partidária, como se viu, foi apenas um ponto de partida, para o que Gilmar Ferreira Mendes⁶⁰⁷ denominou de o início de uma “provável efetivação da mudança constitucional”, no sentido, pelo que se nota, da promoção da proclamada reforma política⁶⁰⁸.

De fato, diversos setores da sociedade brasileira aclamaram o advento da denominada reforma política, a fim de tornar “nossas instituições políticas mais

⁶⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 829.

⁶⁰⁸ Id.

legítimas, mais sérias e mais acreditadas”⁶⁰⁹. Contudo, não restam dúvidas de que, ao passo que nosso país “está separado da democracia por uma distância abissal”⁶¹⁰, a ilegitimidade de que falecem as instituições é permanente, em decorrência, principalmente, do “personalismo da representação política e do conseqüente enfraquecimento dos partidos”⁶¹¹.

Nesse contexto, apontando o voto de protesto da população acerca da falta de apoio a quaisquer das correntes partidárias registradas perante o TSE, já no ano de 1994, Michel Temer afirmava que “uma organização partidária sólida é fator de fortalecimento das instituições nacionais”⁶¹².

Dessa feita, haja vista à inoperância dos agentes capazes e legitimados a operarem uma possível implementação da referida reforma nas instituições políticas brasileiras⁶¹³, o Poder Judiciário se avocou do encargo de fazê-lo.

⁶⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. *A decadência dos partidos políticos e o caminho para a democracia direta...*, p. 30.

⁶¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Representatividade e democracia. In. VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 46.

⁶¹¹ COMPARATTO, Fábio Konder. A necessária reformulação do sistema eleitoral brasileiro. In. VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 65.

⁶¹² TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 24. No mesmo sentido Marco de Oliveira Maciel: “Os sistemas eleitorais são os que viabilizam os sistemas representativos em todo o mundo. São os sistemas eleitorais que, por sua vez, viabilizam e dão consistência ao sistema partidário. Em outras palavras: o sistema partidário é uma variável dependente do sistema eleitoral, vale dizer, do sistema representativo. Se quisermos exprimir de outra forma, podemos afirmar que o sistema eleitoral condiciona, caracteriza, delimita e conforma o sistema partidário. Logo, o que temos que examinar não é simplesmente um modelo eleitoral majoritário ou método proporcional. Nem é essa a questão. O que temos que discutir é que sistema partidário queremos para que possamos definir a variável dependente que o condiciona. Daí por que não se pode dissociar a discussão do sistema eleitoral do debate sobre o sistema partidário. Mais do isso, temos que discutir que papel queremos atribuir aos partidos na luta política do País. Esta é a questão central na discussão contemporânea sobre os sistemas representativos. E aí residem os focos da crise dos sistemas representativos. A propósito, em entrevista ao *Jornal do Brasil*, em 1983, o Prof. *Maurice Duverger* chamou a atenção para o problema, ao dizer: ‘O Brasil só será uma grande potência no dia em que for uma grande democracia. E só será uma grande democracia no dia em que tiver partidos e um sistema partidário forte e estruturado’” (Grifo no original). (Marco de Oliveira MACIEL. Reforma político partidária: o essencial e o acessório. In. VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral - a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil...*, p. 88).

⁶¹³ No âmbito das propostas legislativas tendentes a realização da denominada *reforma política*, tramita no Congresso Nacional gama de projetos de leis ordinárias e de emendas à Constituição voltadas à alteração, a partir do voto, do sistema eleitoral e de normas estruturais do sistema partidário brasileiro. Em estudo publicado, Sérgio BRAGA relata as matérias apresentadas durante a 51ª Legislatura da Câmara dos Deputados, conforme abaixo se verifica.

No que se refere ao voto no Brasil, que ora é obrigatório a todos os cidadãos alfabetizados com idade entre 18 e 70 anos e facultativo para analfabetos, eleitores com idade entre 16 e 18 anos e maiores de 70 anos, as propostas versam sobre a: a) realização de plebiscito para a extinção do voto

obrigatório (PEC 025/96, Sen. Sebastião Rocha); e a b) instituição de voto facultativo para eleitores entre 18 e 70 anos – art. 14 CF (PEC 040/96, Sen. José Serra; PEC 006/96, Carlos Patrocínio).

Sobre a opção pelo modelo sistema Eleitoral, se majoritário, proporcional ou misto, discute-se a possibilidade de 'combinação dos pontos positivos de cada qual, com o objetivo de se evitarem os pontos negativos'. Como visto, ora no Brasil vigora o sistema proporcional para as eleições parlamentares, em que as circunscrições eleitorais equivalem às unidades administrativas. Dessa forma, os parlamentares são eleitos em proporção aos votos recebidos, respeitados os quocientes partidário e eleitoral. Para as eleições para Presidente da República, Governadores e Prefeitos Municipais, assim como ao Senado Federal o critério é majoritário, em que os candidatos são eleitos pela contagem direta dos votos recebidos. A proposta tende a instituir o sistema eleitoral misto 'ajustado', com mecanismos de ajuste que assegurem a proporcionalidade (PL 004/95, Dep. Adylson Motta; PL 1306/95, Dep. Franco Montoro).

Quanto à possibilidade da adoção de listas abertas, o que ora é realizado no sistema proporcional, a lista de candidatos que as agremiações apresentam à Justiça Eleitoral não dispõe de pré-ordenação a ser obedecida para a atribuição de vagas, cuja ordem é definida pelo eleitor, que confere voto diretamente ao candidato ou ao partido/coligação. Propõe-se: a) a instituição concomitante de listas fechadas com o preenchimento de vagas sendo realizado em metade por lista aberta e metade por lista fechada (PL 3428/00, Senado Federal); b) opção pela agremiação de listas fechadas ou abertas (PL 3949/00, Dep. Virgílio Guimarães); c) estabelecimento de listas pré-ordenadas (PL 2887/00, Dep., João Paulo). O canal de discussão se abre, na eventualidade de mudança da regra, pelos reflexos consistentes na maior ou menor possibilidade de controle sobre a ação comumente impressa pelos dirigentes partidários, de forma a limitar gradativamente a liberdade de opção, de escolha, pelo eleitor.

Acerca do critério para a distribuição das sobras, o Código Eleitoral (Lei Federal nº 4.747/65, art. 109), o define para a composição dos parlamentos, excepcionado o Senado Federal (princípio majoritário), com base no princípio proporcional de representação popular. São considerados eleitos tantos candidatos registrados por partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem de votação nominal individual. Pela aplicação da fórmula definida a partir do artigo 106 do mesmo diploma, se chega à equação indicada, seja: aplicação do *quociente eleitoral* – divisão do número dos votos válidos apurados, excluídos brancos e nulos, pelo de lugares a preencher em cada circunscrição, desprezada a fração se igual ou inferior a meio e equivalência a 1, se superior. Também do *quociente partidário*, que determina a cada partido ou coligação o tamanho de sua bancada – dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos, obtidos por uma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração. As vagas remanescentes, eventualmente não preenchidas, devem ser a partir da aplicação da fórmula conhecida por maior média, definida pelo artigo 109 do Código Eleitoral. Ocorre, porém, que o seu parágrafo segundo institui a 'cláusula de barreira', pois somente podem concorrer a vagas remanescentes os partidos ou coligações que obtiverem quociente eleitoral. As propostas que vigoram sugerem a revogação do mesmo parágrafo (PL 4292, Dep. João Paulo), por considerá-lo discriminatório para agremiações que por vezes alcançaram margem de votos superiores a de alguns concorrentes.

No que se refere aos financiamentos de campanhas políticas, propõe-se o financiamento público, cuja questão é altamente controversa. O sistema brasileiro já prevê o financiamento público, a partir da garantia, aos partidos, da divisão de recursos do Fundo Partidário – art. 38 da Lei dos Partidos Políticos – porém, considerando-se o valor de R\$ 0,38 por eleitor. Propõe-se o financiamento público, privado ou misto de campanhas políticas, inclusive propondo-se percentual de R\$ 7,00, por eleitor, para a constituição do fundo (PL 830/99, Dep. Rita Camata).

Quanto ao instituto da fidelidade partidária, que já foi objeto de várias proposições legislativas, a proposta incide sobre dois aspectos: a) a restrição às mudanças de partidos pelos quais os parlamentares foram eleitos – fidelidade partidária “propriamente dita”; e b) a fidelidade programática, acerca da disciplina partidária ou a obediência às deliberações aprovadas pelas instâncias de deliberação coletiva (convenções, conselhos ou direções executivas), ou regras estatutárias. Na atualidade - conforme o estudo aponta, as disposições contidas no artigo 17 da Constituição Federal conferem aos partidos políticos autonomia para a regulação, *interna corporis*, da fidelidade partidária de seus filiados. As propostas conferem crítica ao artigo 55 da Constituição que estabelece hipóteses estritas de perda de mandato. As proposições seguem no seguinte sentido: a) da alteração do artigo 9º da Lei das Eleições (Lei Federal n 9.504/1997) para a ampliação do prazo de anterioridade de 2 anos para a filiação de

Ocorre que, admitir-se que a atuação jurisdicional esteja voltada a criar, no sistema jurídico, instituições artificiais, ainda que tais mudanças tenham caráter precário, pois diante de situações excepcionais ou de questões urgentes, equivaleria aceitar-se o rompimento do pacto republicano⁶¹⁴.

Desse mecanismo poderia decorrer conseqüência bastante grave, pois a reiterada superposição dos momentos normativo e judicial, voltada à solução de demandas *in concreto*, faria com que imperasse um constante *Estado de Exceção* e

eleitor a partido político como pré-requisito para a elegibilidade (PL 1.974/99, Dep. João Paulo Cunha); b) da perda de mandato para parlamentar que se desfiliou, no curso do mandato, da legenda pela qual foi eleito (PEC 42/95, Dep. Rita Camata); e ; da c) perda de mandato para parlamentar que descumprir decisão de convenção partidária tomada por 2/3 de votos (PEC 24/99, Dep. Eunício Oliveira); e perda de mandato para o parlamentar que, por atitude ou voto, opuser-se aos princípios fundamentais do Estatuto Partidário (PEC 137/95, Dep. Hélio Rosa) (Grifo nosso).

Sobre as coligações partidárias, que ora são reguladas pelo Código Eleitoral (Lei Federal nº 4.747/65, art. 105), e pela Lei das Eleições (Lei Federal nº 9.504/97, art. 6º), são definidas pela 'união entre partidos, com denominação própria (que pode ser a junção de todas as siglas que integram os partidos que a compõe), a quem são atribuídas prerrogativas e obrigações de partido político, concernentes ao relacionamento com ao processo eleitoral. Funciona como um único partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato interpartidário' - Lei Federal nº 9.504/97, art. 6º, §1º. Ainda, podem ser formadas, em uma mesma circunscrição, para as eleições majoritárias, proporcional ou para ambas. Atualmente, por decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2626/DF e 2628/DF, ambas de 18/04/2004, está mantida a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 20.993/2002, que institui efeito vinculante para as coligações partidárias formadas em âmbito nacional em relação àquelas formadas em âmbito estadual, ou seja, somente pode diretório regional de partido político, nos estados, coligarem-se com partidos que, nacionalmente tenham firmado aliança entre si ou com aqueles que não tenham realizado coligação em âmbito nacional. As propostas versam sobre: a) a agregação de parágrafos ao artigo 13 da Lei dos Partidos Políticos para permitir-se a criação da federação de partidos (PLS 180/99); b) o condicionamento da repetição das coligações em todos os níveis da federação (PL 3953/00, Dep. Virgílio Guimarães); e c) a proibição das coligações em eleições proporcionais, permitindo-as somente para eleições majoritárias (PL 1562/99, Senado Federal; PL 669/99, Dep. Aloysio Nunes Ferreira; PL 7048, Dep. Coroiolano Sales).

No que se refere à Cláusula de Barreira, a Lei dos Partidos Políticos já a instituiu, e cuja garantia incide sobre o funcionamento parlamentar (constituição de bancadas e participação de indicados pelos partidos em comissões), para partidos que alcancem 5% dos votos válidos para a Câmara dos Deputados, com o mínimo de 2% dos votos válidos em pelo menos 9 estados. Registre-se que desde a publicação da decisão do STF na ADIN nº 1.351-3, o contido nos artigos 56 e 57 da lei continuam em vigor. Ocorre, porém, que deteve a sua eficácia As propostas versam sobre: a) a diminuição de 5% para 2% dos votos válidos e de 2% para 1% para a sua distribuição em pelo menos um terço dos estados (PL 2944/00, Dep. Haroldo Lima); e b) a permissão do funcionamento parlamentar em todas as casas legislativas, nas quais tenha representante, ao partido que tiver, no mínimo, 1% do total de deputados federais (PL 1581/99, Dep. Clementino Coelho).

Por fim, quanto a distribuição do horário eleitoral gratuito por tele e rádio difusão, a matéria já está disciplinada pelo artigo 47 da Lei das Eleições, que determina que o acesso dê-se aos partidos políticos, na medida da proporção estabelecida pelo número de representantes na Câmara de Deputados, a ser apurado do início da legislatura. Propõe-se a distribuição do horário eleitoral gratuito, considerado o resultado do último pleito para a Câmara dos Deputados, no momento da proclamação dos eleitos (PL 1582/99, Dep. Clementino Coelho). (BRAGA, Sérgio; BELACHE, Priscila. *O estudante de pós-graduação em sociologia política da UFPR e a questão da reforma política*. Curitiba. Paraná Eleitoral 53/54: Tribunal Regional Eleitoral, p. 13-37).

⁶¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Representatividade e democracia...*, p. 46.

o que de feição excepcional, poderia se tornar estado permanente; dissolvendo dessa forma a democracia brasileira⁶¹⁵.

Como fixadas, as decisões judiciais analisadas são inválidas, seja no que diz respeito a sua natureza material, que identifica a ausência de base constitucional apta a amparar a medida; seja no âmbito formal metodológico, visto que a prerrogativa constitucional correta para operacionalizar uma reforma política deveria perpassar os caminhos do Congresso Nacional; pelo que resta incompetente o Poder Judiciário⁶¹⁶.

Por conseqüência, tal situação dá azo à desobediência civil, pois diante do Estado de Exceção instalado, qualquer cidadão está legitimado ao exercício do direito subjetivo à oposição política, em caráter de direito fundamental, em face do governo⁶¹⁷.

De outro vértice, não há dúvidas sobre a importância do papel exercido pela jurisdição constitucional, que pode servir a concluir paulatinamente a inacabada obra que é a Constituição. Mas, ocorre, porém, que esta não pode vir a se debelar contra seus criadores, o que certamente ocorrerá enquanto estes permitam “que se esvaia o sentido de norma, ou que se destrua a engenharia original dos fundadores⁶¹⁸”. Ao chegar a esse ponto, certamente constatar-se-á que os protagonistas esquecerão os motivos pelos quais estão em seus devidos lugares.

⁶¹⁵ TINGSTEN Herbert. *Lês Pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, apud GAMBEN, Giorgio; trad. Iraci D. Poleti. *O Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p.18.

⁶¹⁶ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua e CERQUEIRA, PÁDUA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de. *Tratado de Direito Eleitoral...*, p. 198.

⁶¹⁷ No sentido que imprime Canotilho, “(...) A desobediência civil distinguir-se-ia do direito de resistência porque ela não visa combater globalmente um sistema político corrupto ou injusto. Trata-se apenas, na conhecida denificação de John Rawls, de um ‘acto público’, não violento, consciente e político, contrário à lei, praticado com o propósito de provocar uma alteração da lei ou dos programas de governo. Sob o ponto de vista jurídico-constitucional, a **desobediência civil** poder-se-ia caracterizar como individual ou colectivamente, de forma pública e não violenta, com fundamentos em imperativos ético-políticos, poder realizar os pressupostos de uma norma de proibição, com a finalidade de protestar, de forma adequada e proporcional, contra uma grave injustiça (Dreier). Trata-se assim, de dar guarida constitucional ao “direito de indignação”, procurando-se convencer a opinião pública de que *uma lei, uma política, ou medidas de uma política* são ilegítimas tornando-se a contestação pública destas plenamente justificadas” (Grifo no original). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 328).

⁶¹⁸ LEITE SAMPAIO, José Adércio. *A constituição reinventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.19.

A esse ponto, certamente estará um sineiro⁶¹⁹ a dobrar os sinos a finados da Justiça e nós estaremos a perguntar: "quem custodia os custódios⁶²⁰?"

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional*. São Paulo: Del Rey, 2006.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1980.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

_____. *O Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Bomtempo, 2004.

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. *Teoria política da soberania*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad.: Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1997.

⁶¹⁹ O conto que segue é extraído de um artigo⁶¹⁹ de José Saramago, denominado "Da justiça à democracia, passando pelos sinos":

Estamos a falar do século XVI. Naquele tempo, era hábito de uma pessoa, elevada à categoria de sineiro, de se tocar os sinos naquela aldeia, para demonstrar alguma atividade e, em especial, quando ocorria a morte de algum aldeão.

Certo dia, sem que houvesse algum aldeão às portas da morte, tocaram-se os sinos. As pessoas acorreram às ruas e indagavam quem e porque se tocaram os sinos, se o sineiro, a quem cabia a função, não estava presente e nenhum aldeão havia morrido.

Foi quando surgiu um camponês que afirmou: 'o sineiro não está aqui, eu é que toquei o sino', e acrescentara dizendo que não morreria ninguém.

Indagavam todos: o que acontecera tornavam os vizinhos, e o camponês respondeu: "ninguém que tivesse nome e figura de gente morreu. Toquei a finados pela Justiça, porque a Justiça está morta".

Fora a forma que encontrava para lavar o seu protesto contra o senhor do lugar, algum conde ou marquês sem escrúpulo que andava a trocar os marcos das divisas de suas propriedades confinantes, assenhorando-se de suas terras mais e mais reduzida a cada avançada, que levara o camponês a protestar, reclamar, a implorar compaixão, até que socorreu-se à Justiça. Tudo sem resultado. A espoliação continuava. Então, desesperado decidiu anunciar *urbi et orbi*⁶¹⁹ (expressão latina de '**cidade e mundo**'), a morte da Justiça. Talvez pensasse que seu gesto de exaltada indignação lograria comover a todos e *por a tocar todos os sinos do universo, sem diferença de raças, credos e costumes que todos eles, sem exceção, os acompanhariam no dobre a finados pela morte da Justiça, e não se calariam até que ela fosse ressuscitada*". Disponível em: <Brasil: http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticialIntegra.asp?id_artigo=1960>; e Paraná Eleitoral 53/54: TRE/PR, Qual Reforma Política. CASTRO, Honildo Amaral de Mello. *Transparência e Confiabilidade do Processo Eleitoral*, p. 45).

⁶²⁰ Nas palavras de BOBBIO: "A velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político – "Quem custodia os custódios?" – hoje pode ser repetida com esta outra fórmula: "Quem controla os controladores?" e **não conseguir encontrar uma resposta adequada para esta pergunta, a democracia, como advento do governo visível, está perdida**. Mais que uma tendência contrária às premissas: a tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao máximo controle dos súditos por parte do poder" (Grifo nosso).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. *O que é política?* Rio de Janeiro: Bertrand, 2006.

_____. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARRETO, Lauro. *Comentários à lei orgânica dos partidos políticos: lei nº 9.096/95*. Bauru: Edipro, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Representatividade e democracia. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARROSO, Luis Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

_____. *Soberania e constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *O futuro da democracia*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *O tempo da memória*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste dos Santos. Brasília: UNB, 1997.

_____. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. A decadência dos partidos políticos e o caminho para a democracia direta. In VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Os poderes desarmados: à margem da ciência política, do Direito Constitucional e da história, figuras do passado e do presente*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito de luta e de resistência, por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria do Estado*. 6. ed., rev., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Sérgio; BELACHE, Priscila. *O estudante de pós-graduação em sociologia política da UFPR e a questão da reforma política*. Curitiba. Paraná Eleitoral 53/54: Tribunal Regional Eleitoral.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO. Inocência Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva e IDP, 2009.

BUARQUE, Cristovam. O colapso da modernidade brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 19 e 20. In _____. *Hermenêutica e(m)...*, p.28.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. I.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 4. ed. Bauru: Edipro, 1993.

_____. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11. ed. Bauru: Edipro, 2004.

_____. *Inelegibilidades*. Bauru: Edipro, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; direito constitucional positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. *Transparência e confiabilidade do processo eleitoral*. Paraná Eleitoral 53/54: TRE/PR, Qual Reforma Política.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua e CERQUEIRA, PÁDUA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de. *Tratado de Direito Eleitoral*. Tomo IV. São Paulo: Premier, 2008.

CHALITA, Gabriel. *O Poder: reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual., e ampl. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2000.

_____. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev., atual., e ampl. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2000.

_____. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In *Constituição e Democracia*. MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). Programa de Pós Graduação da UFPA. Max Limonad: 2001.

_____. *Fidelidade partidária, impeachment e Justiça Eleitoral, estudo de caso*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. *O Direito e os direitos*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. *Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COELHO, João Gilberto Lucas. Reflexões para o futuro. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

COMPARATTO, Fábio Konder. A necessária reformulação do sistema eleitoral brasileiro. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

COMPARATTO, Fábio Konder *Ética: Direito, Moral e Religião no mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONEGLIAN, Olivar. *Lei das Eleições Comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. *Propaganda eleitoral*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolsan; STRECK, Lenio Luis (Org.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A lei dos partidos políticos. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva e ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidades e Inelegibilidades*. São Paulo: Dialética, 2004.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006.

DUARTE, Écio Ramos e POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

DUVERGER, Maurice. *As Modernas tecnocracias*. Trad. Natanael Caixeiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

_____. *Ciência Política: teoria e método*. Trad. Heloísa de Castro Lima. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

_____. *Os regimes políticos*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Difusora Européia do Livros, 1962.

_____. *Os partidos políticos*. Trad. Cristiano Monteiro Oiticica. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sociologia política*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS, Edílson. Restrições de direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistajf2_cap1.htm>

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no mundo de moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo, *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1980.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4 ed., rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRUET, Gustavo Bonato. "Não" ao vale tudo na política. Paraná Eleitoral, Curitiba, 53/54, p. 47-54, jul/set 2003.

_____. *Reforma e casuísmo*. Paraná Eleitoral, Curitiba, 38, p. 19-38, out/dez 2000.

GRAU, Eros. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 6. ed., rev. e ampliada. São Paulo Malheiros: 2005.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. I e II.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. 2. ed. Campinas: Rusell, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

_____. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992

- HOFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Justiça política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O Estado como integração*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KLEIN, Antonio Carlos. *A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- KNOERR, Fernando Gustavo. *Fidelidade partidária: o controle ético no exercício do mandato*. Tese de Doutorado, 2002, Pós-Graduação em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná.
- KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mudanças constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. *Instituições políticas democráticas: o segredo da legitimidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- _____. *O Balanço do poder: formas de dominação e representação*. Rio de Janeiro, IUPERJ, 1992.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo, Martins Fontes, 2001.
- MARRAFON, Marco Aurélio. *Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica: O caráter complexo do método jurídico na decisão judicial*. Tese de Doutorado, Tese de Doutorado, 2008, Pós-Graduação em Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- _____. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais, Lei 9.096/95, anotações jurisprudenciais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Manual de direito constitucional: Introdução à teoria da constituição*. Portugal: Coimbra Editora, 1988, tomo II.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Temas de filosofia do direito*. Florianópolis: Saraiva, 2004.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PETTIT, Philippe. *Dicionário de ética e filosofia moral*. Trad. Magda Lopes. In CANTO-SPERBER. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ROSA, Alexandre Morais da. (org.). *Para um Direito democrático: diálogos sobre paradoxos*. São José/SC: Conceito, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SBROGLIO'GALIA, Susana. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de Direito. In QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Poder constituinte e poder popular*. estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

SOBREIRO NETO, Armando. *Direito Eleitoral*. Curitiba: Juruá, 2004.

SPINOZA, Baruch. *Ética*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed., ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SOUZA, Maria do Carmo Campello de Souza. *Estados e partidos políticos no Brasil: 1930 a 1964*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1990.

TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994.

TINGSTEN, Herbert. Lês pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre. In, AGAMBEN, Giorgio. Tradução de Iraci D. Poleti. *O Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004 - Estado de Sítio.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Direito Eleitoral: a reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____, AGRA, WALBER de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79..

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição Constitucional Brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 9. n. 35. abril-julho de 2001.