Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

ano II | número 2 | outubro 2016

EJE

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

TRANSFUGUISMO POLÍTICO E INFIDELIDADE PARTIDÁRIA: ANÁLISE DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E DA JURISPRUDÊNCIA CORRELATA NO DIREITO BRASILEIRO

Adriano Bernardo de França*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo trabalhar os conceitos de transfuguismo político e infidelidade partidária buscando compreender suas particularidades e realizar uma análise da previsão constitucional e da jurisprudência sobre o tema no Brasil, bem como fazer uma abordagem crítica quanto à constitucionalidade da Resolução n. 22.610 do TSE e a ocorrência ou não de ativismo judicial na criação de regras de perda de mandato por desfiliação partidária.

Palavras-chave: Constitucional. Eleitoral. Infidelidade Partidária. Transfuguismo político. Constitucionalidade. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This article aims to work with the concepts of political turncoat and party loyalty trying to understand its features and perform an analysis of the constitutional provision and the jurisprudence on the subject in Brazil, as well as a critical approach constitutionality of the TSE Resolution number 22.610 and occurrence or not of judicial activism in creating rules of loss of mandate by party disaffiliation.

Keywords: Constitutional. Electoral. Party loyalty. Political turncoat. Constitutionality. Judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

O bom funcionamento do Poder Legislativo e da política de um modo geral é de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito. As atividades política e parlamentar suscitam interessantes discussões, pois, no seu exercício, como se sabe, estão em jogo muitos interesses: os do povo em geral, dos eleitores, dos partidos políticos, dos próprios parlamentares, interesses econômicos, políticos, sociais, dentre outros não tão éticos. Assim, o estudo dos direitos e da temática constitucional relacionada aos direitos políticos, ao Poder Legislativo e aos seus membros se mostra de grande importância.

* Advogado. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande. Mestre em Ciências Jurídico -Políticas, com menção em Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal.

Livro 1.indb 199 13/12/2016 14:12:11

Sob essa perspectiva, o presente trabalho propõe-se a analisar a relação dos parlamentares com os partidos políticos, no que diz respeito à infidelidade partidária e ao transfuguismo político, no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em conta o direito constitucional posto e os entendimentos jurisprudenciais, nomeadamente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, que terminaram por ocasionar a elaboração e a publicação da Resolução n. 22.610 do TSE.[1]

De modo mais específico, a escolha do tema motiva-se por alguns tópicos – ou subtemas – que causam certa inquietação, por exemplo: o troca-troca de partido por parte dos parlamentares mesmo depois da edição da supracitada Resolução (que, em termos de sistematização, estabeleceu com certo pioneirismo regras de perda de mandato por desfiliação partidária); a relação entre tais fatos e a difundida existência de uma crise de representatividade dos políticos e do próprio Legislativo brasileiro.[2]

Insta referir que, além disso, outras indagações surgiram de leituras preliminares que foram realizadas sobre o tema que se procura desenvolver ao longo do trabalho, das quais citam-se: Existe diferença entre transfuguismo político e infidelidade partidária? Qual o tratamento dado pela Constituição Brasileira à infidelidade partidária e ao transfuguismo político? Existe espaço no texto constitucional para criação de regras de perda de mandato por infidelidade ou por transfuguismo? As decisões do STF e as decisões e a Resolução do TSE sobre o tema estão de acordo com a Constituição Brasileira de 1988?

De modo que, para tentar responder essas perguntas estruturalmente, de início, são trabalhados de forma sintética os conceitos de infidelidade partidária e transfuguismo político. Depois, aborda-se o quadro dogmático-normativo relacionado com o tema, com ênfase no que estabelece o texto da Constituição Brasileira de 1988. Na sequência, é feita uma apreciação dos pontos principais das decisões que concorreram para criação das regras de perda de mandato por desfiliação partidária, quando também são tecidos alguns comentários a respeito da Resolução n. 22.610 do TSE. Por fim, analisa-se a (in)constitucionalidade das regras de perda de mandato por infidelidade partidária (assim chamadas pelo STF e TSE) e busca-se verificar se houve "ativismo judicial" (no sentido que será apresentado) por parte dos dois tribunais na criação dessas regras.

Desde já, registra-se que, devido à amplitude e complexidade do tema, não se pretende – nem seria possível frente à natureza do presente trabalho – exaurir todos os seus aspectos, sendo aqui a intenção lançar um olhar reflexivo e provocativo que estimule a continuidade dos debates e diálogos sobre a problemática proposta, partindo do pensamento de que ela é um dos pontos-chave para o fortalecimento da nossa democracia e qualificação do nosso sistema político.

---

[1] Ao mencionar a referida Resolução no presente trabalho, já se tem em consideração a alteração imposta pela Resolução n. 22.733/08 que alterou o art. 11 da Resolução n. 22.610, tornando "irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º, da Constituição da República".

[2] De modo mais específico, o despertar pelo tema deu-se precipuamente pela observação e apreciação do momento da criação do Partido Social Democrático (PSD) no Brasil, ato construído por um grupo de políticos, em sua maioria, à época, de partidos de "oposição", como forma de se aproximar do governo naquele instante vigente sem "cair" nas regras de perda de mandato criadas pelo TSE, não deixando de levar em consideração também o modo como surgiram e os desdobramentos decorrentes da criação de vários outros partidos nos últimos anos e desde a vigência da Resolução n. 22.610 do TSE.
Apenas a título de esclarecimento que entendemos necessário, não se lança aqui oposição ao Partido PSD e ao seu surgimento e a qualquer outro partido político do país. Quando se fala do partido e do momento do seu surgimento, traz-se tal fato apenas como laboratório e como ato que despertou o interesse pelo tema que, pelas suas particularidades, chamou atenção para toda sua importância, complexidade e implicações, assim como de outros que surgiram posteriormente e dos que, ainda podem surgir.

Livro 1.indb 200 13/12/2016 14:12:11

2 TRANSFUGUISMO POLÍTICO E INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

2.1 CONCEITOS

Os termos infidelidade partidária e transfuguismo político geralmente são utilizados, no Brasil, como sinônimos: ou como sendo a infidelidade partidária gênero e o transfuguismo político uma das suas espécies ou ainda se utilizando o termo infidelidade partidária para tudo. Por esse motivo, mostra-se necessário, antes de qualquer coisa, tentar estabelecer conceitos para o que efetivamente vem a ser infidelidade partidária e transfuguismo político, procurando entender, a partir daí, algumas de suas diferenças.

2.1.1 Conceito de Infidelidade Partidária

Quanto à fidelidade partidária, Augusto Aras diz que corresponde ao dever que possuem os que exercem mandato de atuar de modo "condizente com as normas estatutárias, as diretrizes e o ideário programático do partido, fortalecendo a ideia de democracia representativa e, em *ultima ratio*, de alinhamento dos eleitos à vontade popular manifestada através do sufrágio".[3] Já para Dias, a infidelidade partidária teria um sentido bem menos amplo que a infração ao estatuto do partido, referindo-se, segundo ele, ao caso específico de "[...] um político, necessariamente integrante de algum dos parlamentos do País, que, no momento do voto, em todas as hipóteses de voto não secreto, posiciona-se de modo contrário à posição estabelecida no estatuto do partido".[4]

Preferimos concordar com Aras, pois o posicionamento deste autor parece ser mais coerente com a previsão e o tratamento dado à infidelidade partidária na Constituição Brasileira de 1988 e em constituições anteriores (o que será abordado mais à frente), tendo em vista que o alcance da infidelidade partidária, na nossa compreensão, é mais amplo do que propõe Dias, não se resumindo apenas ao momento do voto do parlamentar.

Dessa forma, em termos gerais, pode-se dizer que a fidelidade partidária consiste em um conjunto de regras e/ou deveres que se impõe aos parlamentares, para que obedeçam ao estatuto e ao ideário programático do partido, com vistas a preservar e a valorizar a atividade dos partidos políticos, considerando que, em países que adotam constitucionalmente o princípio democrático, o pluralismo partidário e a forma representativa de democracia, a atividade dos partidos políticos se consubstancia importante instrumento para o bom desenvolvimento da democracia.

2.1.2 Conceito de Transfuguismo Político

No que diz respeito ao transfuguismo, este recebe especial atenção da doutrina espanhola. É importante dizer que vários são os aspectos que são discutidos em relação ao transfuguismo, o que não se pretende fazer no presente trabalho. Insta

[3] ARAS, Augusto. Considerações gerais das ações de fidelidade partidária. *Revista Populus*, Salvador: Tribunal Regional Eleitoral, n. 1, p. 25-46, set. 2015. p. 26. Cf. DIAS, Bruno Palloni Costa. *Representantes* versus p*artidos*: o fenômeno do transfuguismo político no Brasil. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009. p. 91.

[4] *Ibidem*, p. 92.

Livro 1.indb 201 13/12/2016 14:12:11

clarear que o objetivo aqui é apresentar um conceito que ofereça base para analisar a possibilidade de criação de regra por perda de mandato no contexto e de acordo com o texto atual da Constituição de 1988.

Feitas essas considerações, importa referir que o termo "transfuguismo" tem origem no latim e era empregado, segundo Javier García Roca, para "el militar que cambia de bando em tiempo de conflicto"[5] e começou a ser usado na política e na atividade parlamentar "[...] de forma figurada que la lucha partidaria tenga a menudo algo de conflicto bélico no declarado e incruento".[6]

Ainda sobre a sua origem e significado, Mallén escreve que são duas as perspectivas em que o termo pode ser encarado: "a) em sentido comum, com origem no latim, seria a pessoa que passa de um lado para outro oposto; b) em sentido figurado, seria a pessoa que muda de um partido para outro".[7] E, numa perspectiva jurídico-política, a autora aduz que existe uma condição *sine qua non* para que alguém seja considerado trânsfuga, qual seja, "desempeñar un cargo público representativo, entendiendo por tal el ejercido en entes públicos con base territorial en virtud de una relación democrática de representación política originada por uma elección de los ciudadanos".[8]

Em linha próxima, Dias assevera que:

> No universo da política contemporânea, embora em locais como México ou República Dominicana o termo seja utilizado, de forma mais ampla, para qualquer caso de mudança de corrente ideológica, coletividade ou partido, em geral seu emprego é restrito ao proceder consistente no abandono de um partido (ou, em alguns locais, também de um grupo parlamentar) e ingresso em outro, especificamente por um cidadão no exercício de um cargo público eletivo.[9]

Dessa forma, compreende-se que, sem grandes discussões ou objeções, o fenômeno do transfuguismo pode ser conceituado como a mudança de um partido para outro, realizada por parte de um cidadão parlamentar, no exercício de um cargo público eletivo, para o qual foi eleito democraticamente.

Assim sendo, é possível se estabelecer como diferença, entre os dois fenômenos em análise, o fato de que a (in)fidelidade partidária diz respeito a obediência ou não do parlamentar ao estatuto e ao ideário programático do partido, já o transfuguismo se liga mais especificamente aos casos em que um parlamentar abandona um partido e ingressa em outro.

Por último, vale ressaltar que nem todos os casos de transfuguismo, no sentido de mudança de um partido para outro, merecem ser tratados de forma pejorativa ou juridicamente reprovável, sendo necessário verificar, em cada caso, os motivos que levaram o parlamentar realizar tal migração.

---

5 ROCA, Javier García. Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato**.** *Cuardernos de Derecho Publico*, Madrid: Instituto Nacional de Administracion Pública, n. 32, p. 25-68, set./dez. 2007. p. 27.

6 ROCA, *loc. cit.*

7 Como afirma Mallén: "El dicionário de la Real Academia Española que recoge dos acepciones del término trânsfuga - del latín "transfuga" - uma común, referida a la "persona que pasa de uma parte a outra", y uma figurada, de aplicación a la persona que passa de um partido a outro. MALLÉN, Beatriz Tomás. *Transfuguismo parlamentário y democracia de partidos*. Prólogo de Luís Lopes Guerra. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 33.

8 *Ibidem*, p. 34.

9 DIAS, 2009, p. 92.

Livro 1.indb 202 13/12/2016 14:12:11

2.2 QUADRO DOGMÁTICO-NORMATIVO DA INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E TRANSFUGUISMO POLÍTICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

2.2.1 Antes da Constituição de 1988

Para que se possa perceber melhor o entendimento do legislador constituinte quanto à infidelidade partidária e o transfuguismo no Brasil, faz-se necessário tecer algumas considerações das suas previsões em constituições brasileiras anteriores.

Começa-se por dizer que a infidelidade partidária e o transfuguismo político têm registro remoto no Brasil, tendo sido previstos no art. 152 da Emenda Constitucional n. 1/69.[10] Este dispositivo que, na sua redação original, tratava da organização, funcionamento e extinção dos partidos políticos, já naquele tempo estabelecia regra e sanção de perda do mandato para o parlamentar que se opusesse às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou que deixasse o partido sob cuja legenda fosse eleito. Já no ano de 1978, com a Emenda Constitucional n. 11, o texto do referido artigo sofreu alteração, sendo acrescentada exceção à regra de perda de mandato ao parlamentar que migrasse do partido pelo qual se elegeu para participar, como fundador, de um novo partido, nos termos do § 5º do art. 152.[11]

Posteriormente, todavia, essas inovações introduzidas pelas duas citadas Emendas Constitucionais foram retiradas do texto constitucional em decorrência da aprovação da Emenda n. 25/85.[12] Esta Emenda, já motivada por um sentimento de redemocratização de fim da ditadura militar, alterou praticamente todo o teor do art. 152, deixando de prever causas de perda de mandato por infidelidade partidária ou transfuguismo político, por desobediência às diretrizes do partido, por mudança de parlamentar para outros partidos ou qualquer outra forma.

[10] Estabelecia o art. 152 da Emenda n. 1/69 à Constituição de 1967: A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: [...] V - disciplina partidária; [...]. 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. (BRASIL. *Emenda Constitucional n. 1, de 17, outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

[11] Art 152, § 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 EC11/78). (BRASIL. *Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

[12] Art. 1º Os dispositivos da Constituição Federal abaixo enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações: [...].
"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;
Il - 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 financeira dos Partidos Políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento.» (BRASIL. *Emenda Constitucional n. 25, de 15 de maio de 1985*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

Livro 1.indb 203 13/12/2016 14:12:11

Ao que parece, as disposições da Emenda Constitucional n. 25/85, em parte, foram levadas em consideração pelo legislador constituinte originário de 1988, sendo previsto o termo "fidelidade partidária" na Constituição, não integrando, todavia, a infidelidade partidária, o rol de causas de perda de mandato. Para averiguar tal fato, passa-se agora a analisar o tratamento da infidelidade partidária e do transfuguismo político na Constituição de 1988.

2.2.2 O Termo "Fidelidade Partidária" na Constituição Brasileira de 1988

O termo "fidelidade partidária" aparece no Capítulo V (Dos Partidos Políticos), art. 17, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Este dispositivo garante aos partidos políticos "autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento [...], devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária". Importa salientar que o termo não é utilizado no texto constitucional em outro dispositivo.

Fazendo uma relação com a previsão da infidelidade partidária e o transfuguismo político nas constituições anteriores, verifica-se que, apesar de ter retomado e previsto a fidelidade partidária, o legislador constituinte preferiu não descrever e adotar regras de perda do mandato por oposição às diretrizes estabelecidas pelos partidos ou mudança para outro partido, como fizeram as Emendas Constitucionais n. 1/69 e n. 11/78. Assim, entre a não previsão da EC n. 25/85 (de três anos antes) e a adoção de regras e sanções previstas nas Emendas n. 1/69 e n. 11/78, ficou em um meio termo.

Pelo que parece – e é o que se entende no presente trabalho – o legislador constituinte conscientemente não fez a previsão de perda de mandato por infidelidade partidária ou transfuguismo político, optando por deixar a cargo dos partidos a elaboração das normas de fidelidade que entendam oportunas e necessárias ao desenvolver da atividade partidária e a manutenção da sua força política. De modo que, escolheu e terminou por privilegiar a autonomia e a liberdade de organização interna dos partidos.

Apesar disso, é importante ressaltar que na Constituição existe previsão expressa de outros casos em que o parlamentar poderá perder o mandato, os quais a seguir serão objeto de análise.

2.2.3 Casos de Perda de Mandato por Deputado ou Senador, previstos no Art. 55 da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 55,[13] os casos de perda de mandato de Deputado ou Senador. No referido dispositivo, estão previstas como

[13] 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 maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 76, de 2013). § 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. (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão n. 6, de 1994). (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiçao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

Livro 1.indb 204 13/12/2016 14:12:11

causas de perda do mandato de um parlamentar: o exercício de alguma das atividades incompatíveis previstas no artigo 54; o proceder de forma incompatível com o decoro parlamentar; a ausência a 1/3 das sessões ordinárias da Casa, salvo justificação das faltas por licença ou missão por ela autorizada; a condenação criminal por sentença transitada em julgado; a perda ou a suspensão dos direitos políticos; e a perda do mandato decretada pela Justiça Eleitoral, em casos que estejam previstos na Constituição.

Sobre a referida norma constitucional, Uadi Lammêgo Bulos afirma que "A Constituição de 1988 previu as hipóteses em que os parlamentares ficam sujeitos à perda do mandato, as quais não podem ser diminuídas nem ampliadas por ato legislativo".[14]

Analisando o que preleciona Bulos, o texto do referido dispositivo e o contexto em que foi criado, entende-se que o *rol* apresentado tem caráter taxativo e essa teria sido conscientemente uma preocupação do legislador, pois, inclusive no que diz respeito à perda de mandato decretada pela Justiça Eleitoral, o legislador constituinte originário teve o cuidado de limitar essas decisões a casos previstos na Constituição.

Assim, o que se percebe é que a falta de menção expressa de perda de mandato por infidelidade partidária ou transfuguismo político foi uma opção legislativa. Ao excluir essa hipótese de cassação do mandato, talvez tenha sido influenciado na época pelas alterações trazidas pela EC 25/85.

2.2.4 Casos de Perda ou Suspensão dos Direitos Políticos no Art. 15 da Constituição Federal de 1988

Outro importante dispositivo da Constituição Federal de 1988 a se analisar e que tem relação com os dois institutos tratados no presente trabalho, é o artigo 15,[15] que prevê casos de perda ou suspensão de direitos políticos no Brasil.

Sobre a perda ou a suspensão dos direitos políticos, José Afonso da Silva afirma que, na Constituição de 1988, "O princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos",[16] porém, em casos excepcionalíssimos, o cidadão pode ter seus direitos políticos privados, de modo temporário ou definitivo, fato que, por decorrência, importa na perda da sua cidadania política. Isso significa que, se o cidadão já era eleitor, deixa de ser ou então torna-se inalistável, consequentemente tem sua elegibilidade e seus direitos intrínsecos à qualidade de eleitor relativizados e retirados em certo grau.[17]

Nessa linha, Silva ensina que "A privação definitiva se denomina perda dos direitos políticos; a temporária é suspensão. A Constituição veda a cassação de direitos políticos, e só admite a perda e a suspensão nos casos indicados no art. 15".[18] O referido autor aponta como causas de perda dos direitos políticos o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado e a recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa. Já os casos de suspensão seriam a incapaci-

[14] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.088.

[15] Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília,DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiçao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

[16] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 382.

[17] SILVA, *loc. cit.*

[18] SILVA, *loc. cit.*

Livro 1.indb 205 13/12/2016 14:12:11

dade civil absoluta, a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, e a improbidade administrativa.[19]

Cumpre ressaltar que não consta, no dispositivo em análise, qualquer referência ou menção, direta ou indireta, a perda ou suspensão de direitos políticos por infidelidade partidária ou transfuguismo. A adoção de regra de perda do mandato por esses motivos e fora do que prevê o artigo causaria efeito análogo ao resultante da suspensão dos direitos políticos, pois, de uma forma ou de outra, o parlamentar deixa de exercer o mandato recebido do povo democraticamente.

Diante disso, da análise do art. 15 da Constituição e levando em consideração que prevalece o princípio da plenitude do gozo dos direitos políticos, acredita-se que não existe espaço, no texto constitucional posto, para que se estabeleça caso de perda de mandato por infidelidade partidária ou mudança para outro partido; estar-se-ia, nesta perspectiva, alargando o rol de casos de perda ou suspensão dos direitos políticos. Teria então a perda do mandato por infidelidade partidária e transfuguismo os mesmos efeitos emanados da perda ou suspensão dos direitos políticos, o que não condiz, a nosso ver, com o espírito do texto constitucional de uma forma geral e, nesse caso mais específico, com o que está previsto no art. 15 da Constituição.

2.2.5 Filiação Partidária como Condição de Elegibilidade

Mais um dispositivo da Constituição Brasileira de 1988 que merece atenção e se relaciona com a infidelidade partidária e com o transfuguismo é o artigo 14, § 3º. Este dispositivo trata das condições de elegibilidade.[20]

Ao procurar um conceito de filiação partidária na doutrina brasileira mais reconhecida não se encontra uma definição bem elaborada ou formal, muito talvez porque o próprio termo seja um tanto autoexplicativo. Todavia, apenas para fins didáticos, analisando o que traz a Constituição Brasileira de 1988, pode-se dizer que a filiação partidária é a declaração pública, por parte de um cidadão que esteja em pleno gozo dos seus direitos políticos, de que concorda com o ideário programático, ideologia, estatuto e regras de um determinado partido político.

As condições de elegibilidade estão relacionadas com a capacidade eleitoral passiva do cidadão. Nesse sentido, Walber Agra ensina que "Assim como capacidade ativa começa com o alistamento eleitoral, e se concretiza com o voto, a capacidade passiva acontece com a elegibilidade, com a possibilidade de o cidadão ser eleito para um cargo público".[21]

Quanto ao que vem a ser elegibilidade, José Afonso da Silva afirma que consiste no "direito de postular a designação pelos eleitores a um mandato político no Legislativo ou no Executivo",[22] aduzindo que "numa democracia a elegibilidade deve tender a *universalidade*".[23] Infere ainda o autor que não devem ser impostas limitações que prejudiquem a livre escolha do eleitor, ditadas apenas por considerações práticas e isentas de qualquer condicionamento político, econômico, social ou cultural.[24]

No já mencionado art. 14, § 3º, da Constituição, consta como condição de elegibilidade a filiação partidária. Em decorrência desse dispositivo, não se admite

[19] SILVA, 2005, p. 383-384.

[20] 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; [...].

[21] AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional.* 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 329.

[22] SILVA, *op. cit.*, p. 366.

[23] SILVA, *loc. cit.*

[24] SILVA, *loc. cit.*

Livro 1.indb 206 13/12/2016 14:12:11

no Brasil candidaturas e postulações políticas “avulsas” ou “independentes”, ou seja, não pode o parlamentar ser eleito sem estar filiado a um partido.

E é frente ao que estabelece o dispositivo em comento que alguns autores usam-no como um dos argumentos que justificariam a necessidade de permanência do parlamentar no partido pelo qual se elegeu. Disso se utilizam para defender que a Constituição possibilitaria e permitiria a criação de regras de perda de mandato por transfuguismo político e infidelidade partidária.

Nessa linha, Gilmar Mendes, por exemplo, defende que “No sistema eleitoral adotado no Brasil, os partidos políticos detêm um monopólio absoluto sobre as candidaturas”[25] e afirma:

> Se considerarmos a exigência de 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, parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para manutenção do próprio mandato.[26]

Em relação a essa condição de elegibilidade, vale ressaltar que o art. 9º da Lei n. 9.504/97[27] prevê que a filiação partidária tem que ocorrer no prazo de, pelo menos, seis meses antes da data prevista para as eleições majoritárias ou proporcionais.

Como dito, esse é um dos argumentos, dentre outros, que, articulados, dão a impressão de que o atual texto constitucional, apesar de não prever, permite a criação de regras de perda de mandato por infidelidade partidária e transfuguismo. Tanto que, o que estabelece o art. 14 da Constituição, junto com outros argumentos, serviu como fundamentação para o Supremo Tribunal Federal e para o Tribunal Superior Eleitoral estabelecerem que o mandato parlamentar pertence aos partidos e criar regras de perda de mandato por infidelidade partidária e transfuguismo político, através de decisões judiciais e resoluções. Destarte, o processo de criação dessas regras e a jurisprudência correlata tornam-se importantes para o objetivo do presente trabalho, pelo que isso será abordado em seguida.

3 PRINCIPAIS DECISÕES DO STF E DO TSE SOBRE INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E TRANSFUGUISMO POLÍTICO

A existência de regras sistematizadas sobre perda de mandato por infidelidade partidária e transfuguismo político no Brasil são fruto de interpretações e decisões da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral.

A primeira vez que o STF se pronunciou de modo mais direto e incisivo sobre o tema foi em 1989, logo após a entrada em vigor da Constituição Brasileira de 1988, no julgamento do Mandado de Segurança n. 20.927,[28] posicionando-se contra a perda de mandato por parte de parlamentar em caso de troca de partido.

---

[25] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional.* 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 900.

[26] *Ibidem*, p. 100.

[27] BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.927-5-DF, de 11.10.89*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>. Acesso em: 24 ago. 2016.

Livro 1.indb 207 13/12/2016 14:12:11

O marco inicial para a criação das regras de perda de mandato por infidelidade partidária e transfuguismo foi a Consulta n. 1.398, realizada pelo Partido da Frente Liberal (atual Democratas) ao Tribunal Superior Eleitoral,[29] na qual o referido partido pretendia saber se os partidos políticos teriam o direito de preservar as vagas obtidas pelo sistema eleitoral proporcional nos casos de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda. Essa consulta fez com que o TSE, em resposta, elaborasse a Resolução n. 22.526,[30] estabelecendo que os partidos políticos teriam o direito de preservar as vagas dos candidatos eleitos.

Posteriormente a essa Resolução, também foi realizada a Consulta n. 1.407, indagando se o direito de preservar as vagas, nesses mesmos casos, também se estenderia aos cargos eleitos pelo sistema majoritário, à época sinalizando o TSE de forma positiva através da Resolução n. 22.600.[31] Todavia, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.081,[32] decidiu pela inaplicabilidade da regra de perda do mandato por infidelidade partidária ao sistema eleitoral majoritário.

Com base na Resolução n. 22.526 do TSE, os partidos solicitaram ao Presidente da Câmara dos Deputados que os cargos dos deputados que mudaram de partido fossem declarados vagos, tendo sido tal pedido indeferido pelo Presidente, Deputado Arlindo Chinaglia.

Do indeferimento, três partidos impetraram mandados de segurança com o objetivo de reaver os mandatos dos parlamentares "trânsfugas": Partido Popular Socialista (PPS) – MS n. 26.602-3;[33] Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) – MS n. 26.603-1;[34] Democratas (DEM) – MS n. 26.604-0.[35]

No julgamento desses Mandados de Segurança, o STF decidiu que a desfiliação partidária ou a mudança de partido teria como efeito a perda por parte do parlamentar do direito de continuar a exercer o mandato eletivo. Como consequência, foi editada pelo TSE a famigerada Resolução n. 22.610,[36] disciplinando o processo de perda de cargo eletivo em caso de desfiliação partidária sem justa causa e o processo de justificação de desfiliação partidária.

Tecidas essas considerações, passa-se agora a analisar algumas dessas decisões. Registre-se que, devido a sua quantidade e densidade, serão apresentados apenas seus aspectos e os argumentos que, com maior ênfase, relacionam-se e interessam mais ao trabalho.

---

[29] Essa competência é prevista no art. 23, XII, da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral Brasileiro): "Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, [...] XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político [...]".

[30] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398, Resolução n. 22.526, de 27.3.07.* Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[31] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.407, Resolução n. 22.600, de 16.10.07.* Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em: 22 ago. 2016.

[32] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.081- DF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.602-3-DF, de 4.10.07.* Relator Min. Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602CB.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[34] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603-1-DF.* Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms26603liminar.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604-0-DF, de 4.10.2007.* Relatora Cármen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 22 ago. 2016.

[36] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.610, de 25.10.07.* Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>. Acesso em: 24 ago. 2016.

Livro 1.indb 208 13/12/2016 14:12:11

3.1 O MANDADO DE SEGURANÇA N. 20.927-5 E O PRIMEIRO POSICIONAMENTO DO STF

Como já introduzido, um dos primeiros e mais diretos posicionamentos do STF a respeito da infidelidade partidária e do transfuguismo político foi proferido no julgamento do MS n. 20.927-5 do ano de 1989. Este foi impetrado por Fabrício Alves de Oliveira contra o Presidente da Câmara dos Deputados, pretendendo o impetrante que o STF se pronunciasse no sentido de que o suplente que se desliga de partido coligado perderia a condição de suplente da coligação.

O Ministro Relator Moreira Alves votou no sentido da inaplicabilidade da perda de mandato por infidelidade partidária, justificando da seguinte forma:

> 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 porque se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor a representação partidária (arts. 5º, LXXX, "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 art. 55.[37]

A maioria dos Ministros acompanhou o voto do Relator e o STF decidiu que, muito embora se leve em conta a existência do princípio da representação proporcional e que a representação parlamentar federal ocorra por intercessão dos partidos políticos, "não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu",[38] isso porque, devido ao silêncio da Constituição, seria inaplicável a perda de mandato por infidelidade partidária, tanto aos parlamentares empossados quanto aos suplentes.

Ficou estabelecido, dessa forma, que não existia espaço no texto constitucional para aplicação da sanção de perda de mandato por "infidelidade partidária", valendo ressaltar que, nesse caso, de acordo com os conceitos utilizados já apresentados, não se tratava exatamente de caso de "infidelidade" e sim de transfuguismo político, mas, como é de costume entre boa parte dos juristas no Brasil, o STF utilizou o termo "infidelidade partidária".

3.2 CONSULTAS N. 1.398 E N. 1.407 NO TSE

Em 2007, as Consultas n. 1.398 e n. 1.407, formuladas ao TSE, geraram, em resposta, respectivamente, as Resoluções n. 22.526 e n. 22.600, retomando-se as discussões sobre a perda de mandato por infidelidade partidária e transfuguismo. Na primeira Consulta, feita pelo Partido da Frente Liberal, o TSE respondeu, na Resolução n. 22.526,[39] que os partidos políticos têm o direito de preservar as vagas dos parlamentares obtidas pelo sistema proporcional (deputados federais, deputados estaduais e

[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.927-5-DF, de 11.10.89*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[38] *Ibidem*.

[39] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398, Resolução n. 22.526, de 27.03.07*. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em: 24 ago. 2016.

Livro 1.indb 209 13/12/2016 14:12:12

vereadores), quando haja pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outro. Na segunda Consulta, apresentada pelo Deputado Federal Nilson Mourão, o TSE, na Resolução n. 22.600, estabeleceu que o mesmo entendimento se estenderia também para os cargos obtidos pelo sistema majoritário (Presidente da República, governadores, senadores e prefeitos), indo ainda mais além ao afirmar que o mandato parlamentar pertence aos partidos e não ao eleito.

O argumento utilizado pelo TSE, nas respostas às referidas Consultas, é que se deve levar em conta o conjunto de princípios constitucionais e a sistemática da Carta Magna e, segundo os Ministros, fazendo isso, percebe-se que a Constituição dá "exponencial qualificação constitucional aos partidos",[40] colocando-os na centralidade da democracia brasileira, pois os candidatos se elegem com o voto das legendas. Defendeu também o TSE que, em decorrência do art. 14, § 3º, V, da Constituição, que prevê a filiação partidária como condição de elegibilidade, "o vínculo existente entre o candidato e o partido é o mais forte, senão o único [...], podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do partido político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária".[41]

Com base nas respostas às duas Consultas, os partidos políticos mais prejudicados com a mudança de parlamentares pediram ao Presidente da Câmara dos Deputados que fossem declarados vagos os cargos ocupados pelos parlamentares trânsfugas e fosse dada posse aos suplentes para ocupar as vagas. O pedido foi indeferido sob a alegação de que, além de não constar no art. 55 da Constituição Brasileira causa de perda de mandato desse tipo, não competiria ao Presidente da Câmara ou do Senado decretar a perda de mandato e sim à Mesa da respectiva Casa, caso em que caberia à Mesa da Câmara dos Deputados em conjunto decidir.

3.3 JULGAMENTO DOS MANDADOS DE SEGURANÇA N. 26.602-3, N. 26.603-1 E N. 26.604-0 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ADI N. 5.081/DF

Impetrados os Mandados de Segurança n. 26.602-3, 26.603-1 e 26.604-0, respectivamente, pelo Partido Popular Socialista, Partido da Social Democracia Brasileira e pelos Democratas, o STF mudou o posicionamento adotado em 1989, no MS n. 20.927, confirmando o que o TSE havia pronunciado na resposta das duas Consultas analisadas no tópico anterior, ou seja, o STF confirmou a perda, pelo parlamentar eleito, do direito de continuar a exercer o mandato eletivo quando ocorresse desfiliação partidária.

Para adotar essa posição, o STF utilizou como argumentos, por exemplo, o fato de que, no Brasil, a eleição dos deputados se faz pelo sistema proporcional, por lista aberta e nominal. Desse sistema, colhe-se, segundo o STF, que o eleitor exerce a sua liberdade de escolha entre os candidatos registrados pelos partidos políticos. O destinatário do voto seria então o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida. Assim, o parlamentar eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem, no ideário e no programa do partido, o norte de sua atuação.[42] Diz então que é "injurídico o descompromisso do eleito com o partido – o que se estende ao eleitor – pela ruptura da equação político-jurídica estabelecida".[43]

[40] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398, Resolução n. 22.526, de 27.03.07*. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiroteor>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[41] *Ibidem*.

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.602-3-DF, de 4.10.07*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602CB.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[43] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604-0-DF, de 4.10.07*. Relatora Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 24 ago. 2016.

Livro 1.indb 210 13/12/2016 14:12:12

O STF afirmou também que a fidelidade partidária é "corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal",[44] pronunciando-se no sentido de que, sem ela, não seria possível atender aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento jurídico constitucional.[45] Argumentou o Supremo que, além do sistema eleitoral adotado, a regra de fidelidade partidária decorre da lógica e da sistemática estabelecida pelo art. 14, § 3º, V, da Constituição, que, ao estabelecer expressamente a filiação partidária como condição de elegibilidade, destacou a importância dada aos partidos para a democracia do País.

Quanto ao fato de a perda de mandato por mudança de partido não estar prevista no rol de casos do art. 55 da Constituição, o STF preleciona que aquele artigo trata de casos de perda de mandato por ato ilícito e que a infidelidade partidária (transfuguismo político) não seria um ato ilícito, e sim lícito, e não precisaria, portanto, estar prevista no rol daquele artigo. Todavia, o STF afirma que "a licitude da desfiliação não é juridicamente inconsequente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie".[46]

Os Ministros que votaram a favor da aplicação de perda do mandato para os casos de migração de partido argumentaram que, no sistema eleitoral brasileiro, muitos dos candidatos não conseguiriam se eleger se não fossem os partidos, pois não conseguiriam atingir o quociente eleitoral para ocupação das vagas.

Com esses argumentos, o STF, baseado em uma interpretação lógico-sistemática e em princípios supostamente implícitos da Constituição, decidiu então que o mandato pertence ao partido e é direito do partido manter o número de cadeiras obtidas, reconhecendo, porém, o direito à ampla defesa ao parlamentar que se desfilie de partido político mediante a apresentação de justa causa da desfiliação.[47]

Dos que foram contrários a esses argumentos, destaca-se o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa.[48] Começa por dizer que o argumento utilizado pelo TSE, colocando os partidos políticos como centro de toda organização política no Brasil, apresenta problemas, por fazer "dos partidos políticos a fonte derradeira de toda legitimidade democrática no país",[49] argumento que, segundo o Ministro, faz "a mais absoluta abstração daquele que, em realidade, encarna a própria soberania – o povo".[50] Acrescenta ainda que, ao fazer isso, o TSE deixou de lado o fato de que a organização político-constitucional é informada por um princípio capital, que consta no rt. 1º da Constituição, de que todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Defende assim que, na organização político-constitucional brasileira, o povo é a fonte primordial e o titular

[44] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Mandado de Segurança n. 26.602-3-DF, de 4.10.07*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[45] *Ibidem*.

[46] *Ibidem*.

[47] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603-1-DF, de 9.8.07*. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms26603liminar.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[48] Não apenas o Ministro Joaquim Barbosa se posicionou contra, também o Ministro Eros Grau teve o seu voto vencido. Cumpre aqui registrar um breve trecho em que Eros Grau, discutindo com o Ministro Cesar Peluso, foi irônico e se posicionou contra a inovação praticada pelo STF. Disse Eros Grau quanto à inovação: "Peço vênia para negar, ser coerente e manter o meu critério ortodoxo e conservador de interpretação da Constituição". Em seguida, o Ministro Peluso provocou com ironia: "Quem sabe o seu seja o mais avançado, Ministro. Por que essa falta de otimismo? Eros Grau respondeu: "Temo muito pelos direitos e garantias individuais. Temo que, amanhã ou depois, recomecemos a interpretar a Constituição no sentido de que o *habeas corpus* só seja dado em determinadas condições [...]". Fica a indagação: estaria Eros Grau reconhecendo e preocupado com o "ativismo judicial" no STF? (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604-0*. Relatora Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

[49] *Ibidem*.

[50] *Ibidem*.

Livro 1.indb 211 13/12/2016 14:12:12

absoluto do poder. Prosseguindo, Joaquim Barbosa suscitou a indagação "se essa apregoada preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular encontra eco na realidade da sociedade moderna que vivemos, sociedade de massas, conectada [...]".[51] Concluindo, afirma: "Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária."[52]

Filiando-se ao posicionamento do referido Ministro, é possível dizer que, na prática, o que se percebe no Brasil é que a atuação dos partidos políticos, em linhas gerais e em muitos casos, não é pautada em razões de natureza "ideológica" ou na defesa dos interesses dos eleitores ou das plataformas apresentadas no período eleitoral, na vontade popular, mas, sim, muitas vezes, na defesa de interesses políticos e econômicos dos próprios partidos, quando não por interesses escusos e antiéticos.

Ademais, como aduz Jorge Miranda:

> A representação política hoje não pode deixar de estar ligada aos partidos, mas não converte os parlamentares em meros porta-vozes dos seus aparelhos. Pode-se dizer que o mandato parlamentar é (salvo em situações marginais) conferido tanto a eles quanto aos partidos; não é aceitável substituir a representação dos eleitores através dos eleitos pela representação através dos dirigentes partidários, seja qual for o modo que estes são escolhidos.[53]

Nessa linha, na nossa percepção, o STF poderia ter evitado alinhar-se a uma posição que dá uma grande centralidade aos partidos políticos e entender que o mandato pertence aos partidos. Pois, se é verdade que "Uma democracia representativa autêntica exclui tanto a circulação livre de Representantes deste para aquele partido como uma *fidelidade partidária cega*, contrária à liberdade e à responsabilidade dos eleitos pelo povo",[54] por outro lado, não se pode ignorar o fato de que "os Deputados e Senadores são eleitos por todos os cidadãos e não apenas pelos militantes ou pelas bases activistas dos partidos e que juridicamente representam todo o povo".[55]

Vale destacar que, no seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa ainda diz que, da análise do direito positivo, entende que o legislador constituinte de 1988, "fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior", pois optou, de forma exaustiva, por descrever nos arts. 55 e 56, da Constituição Federal, quais seriam as causas de perda de mandato pelo parlamentar eleito com o voto popular e, dentre essas hipóteses, não consta a infidelidade partidária.

Diz também que somente aos partidos e a mais ninguém compete aplicar a sanção por quebra de fidelidade partidária, fazendo referência ainda ao art. 15 da Constituição, afirmando que tal dispositivo não dá espaço para cassação dos direitos políticos dos parlamentares eleitos por infidelidade partidária.[56]

---

[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604-0.* Relatora Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[52] *Ibidem*.

[53] MIRANDA, Jorge. Divisão do poder e partidos políticos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 51, n. 1/2, 2010. p. 30.

[54] *Ibidem*, p. 31.

[55] *Ibidem*, p. 30.

[56] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604-0-DF, de 4.10.07*. Relatora Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 24 ago. 2016.

Livro 1.indb 212 13/12/2016 14:12:12

Joaquim Barbosa encerra seu voto dizendo que seu posicionamento é o mesmo que o STF tomou no julgamento do MS n. 20.927, proferindo ainda as seguintes palavras:

> [...] não me parece adequado resolver questão à luz de princípios supostamente implícitos na nossa Constituição.
> [...]
> Assim, Senhora Presidente, por mais que eu comungue dos anseios generalizados em prol de uma moralização da vida político-partidária do nosso país, não vejo como fazê-lo nos termos propostos na impetração [...].[57]

Em suma, foram esses os principais argumentos utilizados na decisão dos Mandados de Segurança, o que chancelou a edição da Resolução n. 22.610 pelo TSE. Restou sinalizado pela Corte Superior Eleitoral e pelo STF que as regras de perda de mandato em virtude de desfiliação partidária seriam aplicáveis tanto para os cargos nos quais se adota o sistema proporcional quanto para os que se adota o sistema majoritário.

Todavia, é imperioso destacar que, em maio de 2015, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.081/DF, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, firmou entendimento no sentido de que é inconstitucional a aplicação das regras de perda de mandato por infidelidade partidária da Resolução n. 22.610 do TSE quanto aos eleitos pelo sistema majoritário, distanciando-se assim, tal Tribunal, do entendimento ensaiado anteriormente.[58]

3.4 RESOLUÇÃO N. 22.610 DO TSE. AS REGRAS DE PERDA DE MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E TRANSFUGUISMO POLÍTICO NO BRASIL

Como dito, até em consonância com o que o STF decidiu nos Mandados de Segurança analisados no tópico anterior, a regulamentação do processo de perda de cargo eletivo e o processo de justificação de desfiliação partidária se deu por meio da Resolução n. 22.610, invocando que esta atividade seria uma atribuição conferida ao TSE pelo que prevê o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral Brasileiro (Lei n. 4.737/65).[59]

Sobre essa atribuição prevista no Código Eleitoral, cumpre destacar que a Constituição de 1988, em seu art. 121,[60] estabelece que cabe à lei complementar dispor sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes e das juntas eleitorais. E, como se sabe, o Código Eleitoral, que é anterior à Constituição e foi recepcionado como lei complementar, é o texto normativo onde estão definidas as competências do Tribunal Superior Eleitoral.

---

[57] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603-1-DF, de 4.10.07*. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms26603liminar.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[58] Convém registrar que partilhamos do posicionamento adotado pelo STF na ADI n. 5.081, tendo em vista que, no Brasil, apesar de ser obrigatória a filiação partidária e vedado candidaturas "avulsas" ou "independentes", principalmente no que diz respeito aos cargos sujeitos à eleição pelo sistema majoritário, o sufrágio é, na prática, realizado levando em larga medida a figura individual e pessoal do candidato. E, assim sendo, impor a perda do mandato ao representante democraticamente eleito consistiria numa grave violação à soberania popular ou numa punição incabível que distorceria a vontade expressa nas urnas.

[59] Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, [...] XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral. [...].

[60] Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Livro 1.indb 213 13/12/2016 14:12:12

O art. 23, XVIII, desse Código estabelece que o TSE é competente "para tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral". Diante desse dispositivo, também tendo em conta o entendimento do STF quanto à infidelidade partidária, compreendeu-se que o TSE estaria autorizado a estabelecer regras para esse processo de perda de mandato e assim foi feito.

Na Resolução n. 22.610, o TSE estabelece que compete à Justiça Eleitoral apreciar os pedidos de decretação de perda de mandato quando ocorrer desfiliação partidária "sem justa causa", tendo o partido político interessado legitimidade ordinária para pedir a perda de mandato e, caso não o faça, o Ministério Público ou quem tenha interesse jurídico em fazê-lo.[61]

Assim não é qualquer desfiliação que ocasiona a perda de mandato do parlamentar, a desfiliação tem que ser sem justa causa. Por outro lado, pelo que se extrai da regra, não precisa necessariamente que o parlamentar se filie a outro partido, a desfiliação sem justa causa já pode ocasionar a perda de mandato. Afere-se também que a justa causa se apresenta como uma justificação para a desfiliação, até pelo fato de que esta não poderia ser totalmente proibida, tendo em vista o princípio da liberdade de associação previsto no art. 5º, XX, da Constituição de 1988,[62] que estabelece que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado.

O TSE traz, no art. 1º, § 1º, da Resolução n. 22.610, hipóteses que considera justa causa para a desfiliação. São elas: 1) incorporação ou fusão do partido; 2) criação de novo partido; 3) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; e 4) grave discriminação pessoal. Como se pode perceber, as duas primeiras são de natureza objetiva e as duas últimas de natureza subjetiva.[63] Na Resolução, encontra-se a previsão de que o parlamentar que se desfiliou ou pretenda desfiliar-se pode pedir à Justiça Eleitoral a declaração da existência de justa causa, devendo para tanto ser citado o partido político (art. 1º, § 3º).[64]

Interessante registrar que a Resolução prevê ainda uma série de regras de cunho processual para os processos de perda de mandato ou de justificação de desfiliação, por exemplo, prazos processuais (art. 1º, § 2º, arts. 4º, 6º, 7º, 9º etc.), requisitos da petição inicial e da contestação (arts. 3º e 5º), número de testemunhas (art. 3º e 5º), distribuição do ônus da prova (art. 8º), regra de revelia (art. 4º, parágrafo único), hipótese de julgamento antecipado da lide (art. 9º), irrecorribilidade das decisões interlocutórias (art. 11), dentre outras.[65]

Com tantas "regras" previstas, uma Resolução deste tipo não é algo tão comum. Diante disso, naturalmente, alguns questionamentos terminam surgindo: O que fez o TSE, por meio dessa Resolução, encontra espaço no texto constitucional ou no Código Eleitoral? Pode-se dizer que o TSE institui apenas "providências para execução da legislação eleitoral" (competência atribuída pelo art. 23, XIII, do Código Eleitoral)? Essa é a forma mais adequada para se regular a infidelidade partidária e o transfuguismo político?

Enfim, são alguns questionamentos que surgem e serão abordados mais à frente.

---

[61] Art. 1º, *caput* e § 2º da Resolução n. 22.610, do TSE. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.610, de 25.10.07*. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>. Acesso em: 24 ago. 2016.).

[62] Art. 5º, XX [...] ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

[63] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.610, de 25.10.07*. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[64] *Ibidem*.

[65] *Ibidem*.

Livro 1.indb 214 13/12/2016 14:12:12

3.5 FIDELIDADE PARTIDÁRIA E TRANSFUGUISMO POLÍTICO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

É de se destacar que o legislador constituinte originário de vários países optou por prever expressamente na Constituição regras sobre o tema. E, como paralelo ao caso que se traz a ser comparado, insta referir que, diferente da Constituição Brasileira, a Constituição Portuguesa de 1976 prevê expressamente no art. 160, n. 1, alínea *c*, a perda de mandato para os deputados que se inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foi apresentado a sufrágio.

Sobre esta norma constitucional, os constitucionalistas portugueses Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam ser ela uma "salvaguarda da vontade popular e um imperativo ético cuja consagração se mostra necessária olhando para a experiência de muitos países, incluindo Portugal do tempo do liberalismo".[66]

Explicando a regra que se extrai do dispositivo referido, Canotilho e Vital Moreira prelecionam existir uma simples lógica constitucional que é: "o deputado pode desligar-se do partido por que foi eleito (ou manter-se independente, no caso de não estar inscrito nele), mas não pode transferir-se para outro, ou seja, não pode inscrever-se em partido diverso daquele pelo qual forem apresentados a sufrágio".[67]

Os autores afirmam ainda que a Constituição não exige fidelidade partidária, mas não permite que um deputado que entre em conflito ou em ruptura com o partido pelo qual foi eleito passe a fazer parte de outro partido, reforçando outra formação partidária.[68] Pelo mesmo raciocínio e razão, o deputado que abandonar o grupo parlamentar do partido pelo qual foi eleito não poderá integrar-se em nenhum outro grupo parlamentar, sem que deixe o seu partido.[69]

O que se percebe então é que, ao contrário do que ocorreu no Brasil, o legislador constituinte em Portugal optou por estabelecer a perda de mandato no caso de transfuguismo político e de uma forma que não só privilegia os partidos políticos, mas também a vontade popular, além de estimular uma coerência ética e política do deputado no exercício do seu mandato eletivo, dificultando as mudanças de partido motivadas por fisiologismo e benesses circunstanciais.

4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N. 22.610 DO TSE E DO ATIVISMO JUDICIAL NA CRIAÇÃO DAS REGRAS DE PERDA DE MANDATO POR DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA(?)

Depois de trabalhados os conceitos de transfuguismo político e de infidelidade partidária e de se realizar uma análise da previsão constitucional e da jurisprudência sobre o tema no Brasil, cumpre fazer uma abordagem crítica quanto à constitucionalidade da Resolução n. 22.610 do TSE e a ocorrência ou não de ativismo judicial na criação de regras de perda de mandato por desfiliação partidária.

---

[66] MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada.* Coimbra: Coimbra, 2006. tomo 2, Artigos 80º a 201º, p. 489.

[67] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2010. v. 2, p. 283-284.

[68] CANOTILHO; MOREIRA, *loc. cit.*

[69] *Ibidem*, p. 284.

Livro 1.indb 215 13/12/2016 14:12:12

4.1 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DE PERDA DE MANDATO POR DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA

O primeiro ponto a tratar é a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das regras criadas pelo TSE. Como ensina Gilmar Mendes, "constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação"[70] e, nas palavras de Jorge Miranda, isso significa "a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido".[71]

Nessa linha, Canotilho ensina que "a desconformidade dos atos normativos com o parâmetro constitucional dá origem ao vício de inconstitucionalidade",[72] sendo os vícios divididos em formais, materiais e procedimentais ou orgânicos.

Quanto aos vícios formais, Gilmar Mendes explica que eles "traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental".[73] Nesse caso, são vícios do ato e incidem sobre o ato normativo como tal, sem dependência com o conteúdo, levando-se em conta apenas a forma de sua exteriorização;[74] referem-se, do ponto de vista subjetivo, ao órgão de onde emana a lei.[75] E, na inconstitucionalidade formal, o ato é viciado nos seus pressupostos.[76]

Já os vícios procedimentais – de acordo com a doutrina mais recente são autônomos e, de acordo com a doutrina clássica, são uma espécie de vícios formais – são vícios relativos ao conjunto ou complexo de atos necessários para produção final do ato normativo. Geralmente são apontados como vícios de inconstitucionalidade orgânicos, por dizerem respeito ao fato de que a inconstitucionalidade consiste em uma violação ou em um desvio das regras de competência estabelecidas pela Constituição para produção ou realização do ato, sendo este tipo de vício considerado, inclusive, preexistente ao vício de forma.[77]

Os vícios materiais, por sua vez, nas palavras de Canotilho, dizem respeito ao conteúdo do ato, derivando de um contraste entre os princípios incorporados no ato e nas normas ou princípios constitucionais; são vícios constantes das disposições ou normas do ato, singularmente consideradas.[78] Tais vícios estão relacionados com o teor e a matéria da regra jurídica e se verificam quando a regra viola os cânones da Constituição, seu espírito, sua filosofia e os direitos políticos fundamentais.[79]

Feitas essas considerações, no nosso entender, a Resolução n. 22.610 do TSE apresenta vícios de inconstitucionalidade formais, procedimentais (orgânicos) e materiais.

O vício procedimental ou orgânico decorre do fato de a Constituição prever expressamente, em seu art. 22, I,[80] que compete privativamente à União legislar sobre direito eleitoral e processual. Ao analisar o texto da Resolução n. 22.610, o que se

---

[70] MENDES; BRANCO; COELHO, 2010, p. 1.155.
[71] MIRANDA *apud* MENDES; BRANCO; COELHO, *loc. cit.*
[72] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 959.
[73] MENDES; BRANCO; COELHO, *op. cit.*, p. 1.770.
[74] CANOTILHO, *op. cit.*, p. 959-960.
[75] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 298.
[76] CANOTILHO, *op. cit.*, p. 959-960.
[77] *Ibidem*.
[78] *Ibidem*.
[79] BONAVIDES, *op. cit.*, p. 299.
[80] Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...].

Livro 1.indb 216 13/12/2016 14:12:12

percebe é que o TSE criou regras não só de direito material eleitoral, como também de direito processual, o que claramente invade competência que não é sua. Já o vício formal é verificado diante do "modo" e dos "procedimentos" adotados para criação das referidas regras, diferente do que prevê a Constituição.

Ademais, no nosso entender, a invocação do TSE de que a elaboração da referida Resolução encontraria espaço no que estabelece o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral (competência para tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral) é um argumento incoerente e em alto grau controverso.

Ora, se não existe norma na Constituição que preveja a perda de mandato por mudança de partido e qualquer "legislação" eleitoral nesse sentido, sem sombra de dúvidas, a Resolução não trata de "providência para execução da legislação eleitoral". Não há como se tomar providência para executar algo que não existe.

Além dos vícios de inconstitucionalidade formal e procedimental ou orgânico – derivados da falta de competência do TSE para criar regras desse tipo e ao modo como foram criadas – a Resolução n. 22.610 apresenta também vício de inconstitucionalidade material, decorrente do fato de que o seu conteúdo revela claro contraste com o texto atual, normas e princípios da Constituição.

Como já tratado, inexiste dispositivo na Constituição que preveja a perda de mandato por mudança de parlamentar para outro partido ou por infidelidade partidária. Ao contrário, ela estabelece regra de que a criação de normas de fidelidade partidária é dever dos partidos políticos, a constar nos seus estatutos, sendo decorrência da liberdade de organização interna e da autonomia que têm os partidos. Como já foi demonstrado, esse é o texto do art. 17, § 1º, da Constituição, de modo que a Resolução do TSE não está em conformidade com o conteúdo da Constituição.

A perda de mandato do parlamentar que muda de partido é incompatível com o que o legislador constituinte "optou" por consagrar na Constituição. Vale ressaltar que, em nossa opinião, essa foi mesmo uma "opção consciente", uma "escolha proposital", pois o instituto já havia existido antes da Constituição de 1988 e, se fosse vontade do legislador que o parlamentar que mudasse de partido ou incorresse em infidelidade partidária perdesse o seu mandato eletivo, tal previsão teria sido feita.

Por último, cabe mencionar que o STF, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.999-7[81] e n. 4.086,[82] posicionou-se pela constitucionalidade da Resolução n. 22.610 do TSE. Na ocasião, entendeu o STF que não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever instrumento para assegurá-lo, afirmando que a Resolução n. 22.610 do TSE surge em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismo para salvaguardar a observância da fidelidade partidária, enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciasse. Cabe aqui a ressalva de que, em virtude do que foi decidido na ADI n. 5.081/DF, tal entendimento não se aplica aos cargos eleitos pelo sistema majoritário, como já referido anteriormente.

[81] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.999-7*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=364514>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[82] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.086-3*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=364652>. Acesso em: 24 ago. 2016.

Livro 1.indb 217 13/12/2016 14:12:12

4.2 CRIAÇÃO DE REGRAS MATERIAIS E PROCESSUAIS SOBRE PERDA DE MANDATO PELO STF E TSE: ATIVISMO JUDICIAL?

Entendendo pela inconstitucionalidade da Resolução n. 22.610 do TSE, tanto por vício formal, quanto procedimental ou orgânico e ainda por vício material, impende analisar, mesmo que de modo incipiente, se a edição da Resolução pelo TSE poderia ser considerada caso de ocorrência ou não de "ativismo judicial".

Sabendo das dificuldades de caracterização do que é "ativismo judicial", cumpre dizer que o termo é aqui empregado utilizando-se das contribuições de Maria Benedita Urbano. Considera-se então ativismo judicial os casos de "criativismo patológico, heterodoxo ou *hard*",[83] que ocorrem, segundo a autora, em duas situações:

> 1) Situações em que os juízes adaptam ou emendam normas existentes ao invés de as declarar inconstitucionais [...] 2) Situações em que os juízes criam normas gerais, ocupando por vezes espaços vazios deixados pelo legislador, habitualmente invocando que apenas estão a desenvolver o tecido constitucional, em particular através da concretização de princípios gerais aí incrustados. Neste último caso, a criação de direito assume a feição de legislação judicial, configurando-se então as decisões judiciais fontes primárias de direito.[84]

Levando em conta tais ensinamentos, consideramos que as decisões do STF e do TSE, em especial a Resolução n. 22.610, são casos visíveis de "ativismo judicial".

Precipuamente por dois motivos é que se tem a compreensão de ser possível tal afirmação.

Primeiro, entende-se que não poderia ter o STF e o TSE criado regras de perda de mandato por desfiliação partidária, utilizando-se de princípios supostamente implícitos da Constituição e usando o argumento de que o princípio da fidelidade partidária é decorrência lógica do sistema eleitoral e constitucional, pois, com a devida vênia, não é isso que o texto constitucional prevê expressamente ou permite em uma análise histórica e sistemática.

Ao fazer uso desses argumentos e de princípios supostamente implícitos, o STF e o TSE se apresentaram como verdadeiros "coconstituintes", pois estabeleceram a existência de um novo princípio e se utilizaram dele para justificar a criação de regras de perda de mandato, não previstas na Constituição, do modo que preferiram e entenderam ser necessário.[85]

Segundo, porque parece mesmo que o Judiciário – diante do grave problema de transfuguismo político existente no Brasil, bem intencionado, é verdade – fechou os olhos para o texto da Constituição e – tentando impor uma reforma política quanto a esse aspecto ou estimular que o Poder Legislativo a fizesse – criou regras de cunho

---

[83] URBANO, Maria Benedita. "Criação judicial" e "activismo judicial": as duas faces de uma mesma função? In: TRIBUNAL Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976. 1. ed. Lisboa: Coimbra, 2012. v. 2, p. 7-41.

[84] *Ibidem*, p. 10-11.

[85] Nesse sentido, Maria Benedita Urbano, referindo-se ao fenômeno do ativismo judicial, ensina que "O fenómeno será tanto mais visível quanto se verificar o recurso, por parte dos juízes, a princípios constitucionais expressos mas vagos e indeterminados ou a princípios implícitos no texto constitucional. [...] Resta dizer que o uso de tais princípios, na medida em que permite uma concretização e formatação dos mesmos, faz dos juízes constitucionais não apenas colegisladores - porque produzem ou corrigem normas legais-, mas, do mesmo modo, coconstituintes - porque, precisamente, formatam esses princípios constitucionais de acordo com as suas ideias e pré-compreensões." (*Ibidem*, p. 18).

Livro 1.indb 218 13/12/2016 14:12:12

material e processual, para vigorar enquanto o Congresso não legislasse pelos meios previstos constitucionalmente. Tais regras, como referido, não encontram espaço e correspondência expressa e direta no texto constitucional. Criou-se direito "*ex nihilo" e "ex novo"*, caso em que, concordando com Maria Benedita Urbano, ocorre "ativismo judicial".[86]

Mais um argumento que indiretamente nos serve, no sentido de que essa criação de regras pelo TSE não deva necessariamente ser considerada correta, pode ser extraído dos ensinamentos de Castanheira Neves. Mesmo o autor entendendo que o direito se "realiza" jurisprudencialmente, tendo isto grande importância na sua teoria metodológica, ensina que existem alguns pontos fundamentais em que a legislação tem mesmo superioridade perante a jurisprudência, devendo o Judiciário respeitar essa superioridade, como por exemplo, nos casos que digam respeito à legislação em toda atividade técnica e planificadora do Estado, na sua capacidade institucionalizadora e organizativa, nas questões político-jurídicas e nas expressões diretas do poder político.[87]

Assim, diante do que foi exposto, o que percebemos é que, ao decidir valendo-se de supostos "bons motivos", os tribunais terminam muitas vezes não atingindo um objetivo (por exemplo, fazer valer o texto constitucional) ou outro (por exemplo, trazer maior credibilidade e corrigir as falhas do sistema político). Terminam por não resolver os problemas que, em alguns casos, acham-se competentes e capazes de resolver.

Apesar de entender-se extremamente importante o exercício das funções do Judiciário em uma linha que se distancie da denominada "autocontenção judicial", é necessário muita cautela e também equidade para que, mesmo com boa intenção e visando a um fim legítimo, não termine o Judiciário causando maiores prejuízos e, sob o pretexto de corrigir falhas no sistema político e na atuação dos outros poderes, atue de modo ativista, intensificando problemas já existentes que, na verdade, deveriam ser solucionados por via do próprio sistema político.

Destarte, interessa notar que a regulamentação do tema não foi suficiente para pôr fim ao transfuguismo político. Para isso basta dizer que, depois da Resolução, inúmeros parlamentares continuaram migrando para outros partidos e/ou de partido em partido, de acordo com conveniências e interesses outros que não os do povo e dos seus eleitores. É de se destacar, ainda, que a Resolução n. 22.610 do TSE e os entendimentos do STF, em conjunto com outros fatores, na verdade, maximizaram e intensificaram a criação de novos partidos (para que os parlamentares contornassem as regras de perda de mandato por desfiliação), a ponto de atualmente o País ter mais de 35 partidos registrados no TSE e mais alguns outros em processo de registro.

Convém observar que, dos já registrados, 08 (oito) surgiram de 2007 para cá, o que corresponde a quase 1/3 (um terço) do número de partidos existentes antes da Resolução. Isso termina por criar uma enorme quantidade de siglas e, ao invés de clarear os posicionamentos ideológicos e organizar a atuação político-partidária, de modo a fortalecer a democracia, como deveria ser, faz com que os partidos políticos sejam utilizados para fins outros que não estão em consonância com o espírito e os valores que se pode extrair do texto constitucional, por exemplo: criação de partidos

[86] A autora considera que ocorrera ativismo judicial também "Quando os juízes constitucionais criam direito *ex nihilo* e *ex novo*, ainda que façam para combater a inércia do legislador e os espaços vazios ou zonas de silêncio por ele deixados, e ainda que a pretensão seja a de criar direito temporário. (URBANO, 2012, p. 18).

[87] NEVES, Antônio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais.* Coimbra: Coimbra, 1983. p. 206-208.

Livro 1.indb 219 13/12/2016 14:12:12

com o intuito de aproximar-se do governo e então obter benefícios políticos e financeiros, utilização dos partidos apenas para distribuição ou redistribuição de verbas recebidas do fundo partidário, "aluguel" de legendas para candidatos e troca de favores para somar maior tempo de campanha no rádio e na TV, dentre outros.

5 CONCLUSÃO

Pois bem. Terminado o percurso que o presente trabalho se propôs a fazer, cabe trazer algumas conclusões, que não são apresentadas como verdade absoluta e sobre as quais acredita-se que podem e devem existir maiores discussões e aprofundamentos.

Primeiramente, no tocante aos conceitos e à diferença entre transfuguismo político e infidelidade partidária, conclui-se que, apesar de parte da doutrina e a jurisprudência brasileira, algumas vezes, tratarem os dois termos como sinônimos, algumas diferenças foram apontadas. De forma geral e sintética, pode-se afirmar que a (in)fidelidade partidária diz respeito a obediência ou não do parlamentar ao estatuto e ao ideário programático do partido. Já o transfuguismo se liga mais especificamente aos casos em que um parlamentar abandona um partido pelo qual foi eleito e ingressa em um outro, ou seja, refere-se ao troca-troca de partidos que contraria a soberania popular.

Viu-se também que, no Direito Constitucional brasileiro, a perda de mandato por mudança de partido e por infidelidade partidária era prevista em textos de constituições anteriores à de 1988. Todavia, mesmo diante dessa previsão anterior, o legislador constituinte da Carta Magna atual optou por não incluir a mudança de partido por parlamentar como caso de perda de mandato. Em relação à fidelidade partidária, a previsão que existe é a de que cabe aos partidos políticos a criação dessas regras, devendo isso ser feito nos seus estatutos.

Diante da ausência de previsão no texto constitucional, o STF decidiu, no MS n. 20.927/89, que não poderia o parlamentar perder o mandato por infidelidade partidária ou transfuguismo político. Todavia, esse entendimento começou a ser modificado em 2007, tendo como marco o momento em que o TSE, respondendo a duas consultas formuladas, decidiu que o mandato parlamentar pertence ao partido político. O entendimento foi confirmado pelo STF, nos Mandados de Segurança n. 26.602-3, 26.603-1 e 26.604-0, e, em seguida, o TSE elaborou a Resolução n. 22.610, criando regras para a perda de mandato por desfiliação partidária e o processo de justificação de desfiliação, tendo o STF, em 2015, por meio da ADI n. 5081/DF, declarado que tais regras não se aplicariam para os cargos majoritários.

Do estudo que foi feito, entende-se que as decisões do STF e do TSE e a Resolução n. 22.610 apresentam vícios de inconstitucionalidade formal, procedimental ou orgânico e material. O vício procedimental ou orgânico deriva da falta de competência para "legislar" ou criar regras de direito eleitoral e processual, o que claramente foi feito na Resolução n. 22.610. O vício formal verifica-se no "modo" e nos "procedimentos" realizados para criação de tais regras. Já o vício material existe porque o conteúdo da Resolução contraria as normas e princípios da Constituição, pois, a nosso ver, esta não deixa margem para que sejam criadas regras de perda de mandato por desfiliação partidária.

Livro 1.indb 220 13/12/2016 14:12:12

Verificou-se também que é possível afirmar que houve "ativismo judicial" (nos termos do conceito apresentado) nas decisões dos dois tribunais e, principalmente, na Resolução n. 22.610. Os tribunais se utilizaram de princípios supostamente implícitos e de uma interpretação lógica e sistemática para declarar a existência do princípio da fidelidade partidária, criando norma impossível de ser extraída da Constituição, ante o seu silêncio. E nessa linha, com a edição da Resolução n. 22.610, criou-se direito *ex novo* e *ex nihilo*.

O Judiciário, na jurisprudência analisada no presente trabalho, com a devida vênia, afastou-se das suas funções e deixou de lado a Constituição. É bem verdade que o Brasil precisa urgentemente de uma reforma política, mas casos como o que está em tela mostram que não é o Judiciário o mais legítimo e melhor *locus* para discuti-la e realizá-la. As normas criadas pelo TSE não impediram o transfuguismo ou a infidelidade partidária, ao contrário, institucionalizaram e intensificaram a ocorrência desses dois fenômenos.[88]

Por fim, improvisando uma parábola – que talvez nem oportuna seja – o Judiciário, no caso em tela, equiparou-se talvez a um jogador de futebol que, em busca de aplausos "joga para a torcida", esquece-se do seu time e o vê ser vencido. No que foi analisado, a torcida compreende os cidadãos que esperam por uma reforma política e por melhoria na representatividade política dos parlamentares, dos políticos em geral e na política em sentido amplo, e o time "vencido" foi o princípio da separação de poderes ou o próprio texto constitucional.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ARAS, Augusto. Considerações gerais das ações de fidelidade partidária. *Revista Populus*, Salvador: Tribunal Regional Eleitoral, n. 1, p. 25-46, set. 2015.

BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

[88] Prova disso, é o momento e a forma de surgimento do Partido Social Democrático, primeiro partido registrado após a Resolução, quando parlamentares de muitas legendas diferentes, e principalmente de oposição, criaram um novo partido como forma de fugir das regras de "infidelidade partidária" criadas pelo TSE, utilizando-se das exceções previstas para atingir seus interesses. Os parlamentares se utilizaram de uma exceção prevista na Resolução n. 22.610 do TSE e formaram um partido novo, que, com 55 deputados, já nasceu como a terceira maior bancada da Câmara dos Deputados. Muito forte politicamente, mas quanto à "ideologia", pelo menos em linhas gerais, não apresentando nada de tão novo ou original ou diferente dos outros já existentes. É de se referir que o próprio presidente do PSD, Gilberto Kassab, chegou a afirmar, em entrevista coletiva concedida em março de 2011, que o partido não seria "Nem esquerda, nem direita, nem de centro".
Além do exemplo dessa agremiação, a assertiva do parágrafo anterior pode ser confirmada também com o surgimento de mais 07 (sete) partidos, bem como pelo constante movimento de migração de parlamentares de um partido para outro, com a intenção de adequar-se ao que lhes for mais conveniente em termos eleitoreiros, quanto a estrutura pessoal e financeira e possibilidades de formação de conjuntura política favorável à manutenção do mandato e ao sucesso eleitoral, em detrimento muitas vezes dos valores que devem reger o regime democrático, do fortalecimento dos partidos e da própria soberania popular.

Livro 1.indb 221 13/12/2016 14:12:12

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiçao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Emenda Constitucional n. 1, de 17, outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Emenda Constitucional n. 25, de 15 de maio de 1985*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Lei n. 9.096, de 19 de setembro 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.999-7*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=364514>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.086-3*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=364652>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.081*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Mandado de Segurança n. 20.927-5-DF, de 11.10.89*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Mandado de Segurança n. 26.602-3-DF, de 4.10.07*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602CB.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Mandado de Segurança n. 26.603-1-DF, de 9.8.07*. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms26603liminar.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Mandado de Segurança n. 26.604-0-DF, de 4.10.07*. Relatora Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398, Resolução n. 22.526, de 27.3.07*. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em: 24 ago. 2016.

Livro 1.indb 222 13/12/2016 14:12:12

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.600, Consulta 1.407, de 16.10.07*. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. *Resolução n. 22.610, de 25.10.07.* Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2010. v. 2.

DIAS, Bruno Palloni Costa. *Representantes* versus *partidos:* o fenômeno do transfuguismo político no Brasil. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2009.

MALLÉN, Beatriz Tomás. *Transfuguismo parlamentário y democracia de partidos.* Prólogo de Luís Lopes Guerra. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional.* 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. Divisão do poder e partidos políticos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, vol. 51, n. 1/2, 2010.

_____; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada.* Coimbra: Coimbra, 2006. tomo 2, Artigos 80º a 201º.

NEVES, Antônio Castanhera. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais.* Coimbra: Coimbra, 1983.

ROCA, Javier García. Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato. *Cuardernos de Derecho Público*, Madrid: Instituto Nacional de Administracion Pública, n. 32, p. 25-68, set./dez. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

URBANO, Maria Benedita. “Criação judicial” e “activismo judicial”: as duas faces de uma mesma função? In: TRIBUNAL Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976. 1. ed. Lisboa: Coimbra, 2012. v. 2.

Livro 1.indb 223 13/12/2016 14:12:12