

Ativismo judicial no Brasil

O caso da fidelidade partidária

AMANDINO TEIXEIRA NUNES JUNIOR

Sumário

Introdução. 1. Premissas. 2. Ativismo judicial. 2.1. Conceitos e caracterização. 2.2. Distinção entre ativismo judicial e judicialização da política. 3. Fidelidade partidária. 3.1. Conceitos e caracterização. 3.2. Resgate histórico. 3.3. Fidelidade partidária na Constituição de 1988. 3.4. Fidelidade partidária na legislação ordinária. 4. Fidelidade partidária em decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal. 4.1. Consultas nºs 1.398 e 1.407 – TSE e Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604 – STF. 4.2. Bases constitucionais da perda do mandato em face da infidelidade partidária: um ativismo indevido? 4.3. Consequências da perda do mandato em face da infidelidade partidária. 5. O caso da fidelidade partidária como manifestação do ativismo judicial no Brasil. Conclusão.

Introdução

O impacto da expansão da atividade do Judiciário apresenta grande potencial de análise e, por isso, tem sido alvo de reflexão e de pesquisa por parte dos estudiosos tanto nacionais quanto estrangeiros.

Com efeito, o ativismo é fenômeno ocorrente não só entre os órgãos do Judiciário, como também entre os Tribunais Constitucionais. Nesse sentido, são inúmeros os exemplos de ativismo na América Latina, nos Estados Unidos e na Europa.

Em relação à América Latina, Ansolabehere (2007, p. 39, tradução nossa) assinala que,

“[...] nos países da América Latina e em muitas novas democracias, a reflexão acerca da relação entre política e direito tomou um novo rumo.

Amandino Teixeira Nunes Junior é mestre em Direito pela UFMG, doutor em Direito pela UFPE, doutorando em Ciência Política pela UnB, professor universitário e consultor legislativo da Câmara dos Deputados.

Depois de centrar-se na dependência do poder judiciário com respeito ao poder político, ante a crescente importância que adquire a atividade judicial, inicia uma virada em direção à forma em que o poder judiciário intervém e processa conflitos políticos. Em outros termos, a balança começou a inclinar-se desde a preocupação pela dependência do poder judiciário à preocupação pela dependência do poder político das decisões judiciais. A tematização das citadas judicialização da política e politização da justiça toma parte deste novo impulso.”

Ansolabehere (2007) examina as relações entre o Judiciário e o poder político na Argentina e no México, com base na jurisprudência das Cortes Supremas desses países, entre 1983 e 2001, na Argentina, e entre 1988 e 2001, no México, concluindo que existem dois modelos diferentes, no que concerne ao posicionamento diante da judicialização da política.

Assim, para Ansolabehere (2007, p. 45, tradução nossa), há

“[...] um modelo em que se encaixa a Suprema Corte da Argentina, a que denominaremos “árbitro prudente”, porque tende a problematizar e a definir os limites de suas funções, e outro que denominaremos “árbitro assumido”, em que não se observa expressa preocupação para definir os limites de sua função, e que corresponde à Suprema Corte de Justiça mexicana.”

Observa Ansolabehere (2007, p. 50, tradução nossa) que a posição de árbitro prudente, atribuída à Corte Suprema de Justiça argentina, significa que “a Corte não deve envolver-se nos conflitos entre poderes políticos quando ainda não se tenham esgotado os procedimentos prévios”.

Em contraposição à congênere argentina, a Suprema Corte de Justiça mexicana atua como árbitro assumido, segundo Ansolabehere (2007, p. 51, tradução nossa), “na resolução do con-

flito político e no estabelecimento de limites à política. É uma Corte não preocupada com os limites de sua função. Ante o conflito decide, ainda que nem sempre em forma garantista, com respeito aos direitos”.

Ao analisar a ocorrência do fenômeno da judicialização na Colômbia, Yepes (2007, p. 54) assinala que esse país,

“nas últimas duas décadas, conheceu formas importantes de judicialização da política em numerosos campos, mas talvez os mais significativos tenham sido os seguintes: (a) a luta contra a corrupção política e pela transformação das práticas políticas; (b) o controle dos excessos governamentais, em especial nos estados de exceção; (c) a proteção de grupos minoritários e da autonomia individual; (d) a proteção de populações estigmatizadas ou em situações de debilidade manifesta e, por último, mas nem por isso menos importante; (e) a gestão da política econômica, devido à proteção judicial dos direitos sociais.”

Nos Estados Unidos, o ativismo é fenômeno verificado desde o paradigmático caso *Marbury v. Madison*, de 1803, quando a atuação do Judiciário no controle da constitucionalidade das leis passou a exercer um papel de destaque na vida política e social daquele país. Transpareceram do voto do juiz John Marshall, *Chief Justice* da Suprema Corte, as conexões entre a questão política, de um lado, e a discricionariedade administrativa e a lesividade do direito individual, de outro, conexões que viriam a repercutir sobre toda a doutrina mundial acerca do tema.

No entanto, foi a partir do século XX que a Suprema Corte norte-americana passou a acolher entendimentos em favor da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, notadamente em sede de revisão judicial (*judicial review*).

Hodiernamente, os autores exaltam o papel das Cortes dos Estados Unidos como o ramo

mais importante do denominado *Government*, em que se incluem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Segundo Dworkin (1999, p. 15), “nenhum ministério é mais importante do que nossos tribunais”.

Para se ter uma ideia do prestígio do Judiciário norte-americano, em especial da Suprema Corte, Vile (1995) pontua que, durante toda a história da instituição, somente quatro de suas decisões foram contestadas e revogadas pelo Legislativo, resultando nas emendas 11, 14, 16 e 26. Na verdade, a capacidade do Judiciário norte-americano de influir no modo como funcionam as instituições daquele país é enorme e parece aumentar com o passar do tempo.

Com efeito, o último capítulo da eleição presidencial norte-americana de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento do caso *Bush versus Gore*. Observa Tavares (2012) que esse caso foi judicializado quando os juízes determinaram a conclusão da contagem dos votos no Estado da Flórida, onde se constatou uma diferença inferior a 0,05% do total de votos entre os candidatos. Essa pequena diferença exibida no resultado final implicava, necessariamente, em face da legislação eleitoral norte-americana, a recontagem automática dos votos, razão pela qual os candidatos vieram a pleiteá-la em alguns locais desse Estado.

A pequena margem na vitória de Bush tornara o resultado da Flórida crucial para definir as eleições no colégio eleitoral. Aduz Tavares (2012) que a questão acabou sendo decidida pela Suprema Corte, que declarou a inconstitucionalidade do processo de recontagem dos votos, dando a vitória a Bush.

Em janeiro de 2010, decisão da mesma Suprema Corte reverteu disposições da legislação norte-americana que vigoraram nas últimas duas décadas sobre financiamento de campanhas e que tinham como objetivo limitar os gastos de campanha e aumentar a transparência das fontes de financiamento político. Assim, ficou eliminado qualquer limite às doações que as empresas e corporações podiam fazer aos candidatos a cargos eletivos em campanha eleitoral. Essa decisão da Suprema Corte abriu novos caminhos para os gastos políticos das pessoas jurídicas nos Estados Unidos e influenciou o cenário da disputa eleitoral de 2010.

Na Europa, são também inúmeros os casos ocorrentes do fenômeno do ativismo. Aos Tribunais Constitucionais europeus cabe não apenas solucionar os conflitos suscitados entre jurisdições e atividades administrativas ou julgar a constitucionalidade das leis e tratados internacionais, como também decidir sobre as violações dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Assim, na França, os efeitos da intervenção do Conselho Constitucional sobre a ordem política têm sido relevantes. Nesse sentido, Castro (1997, p. 149) assinala que o papel desse órgão “foi decisivo para a sorte

de diversas iniciativas de reforma, tais como o programa de nacionalização patrocinado pelo governo de François Mitterrand, a política universitária e a política de competitividade incluída na Lei de Imprensa de 1984”.

Na Alemanha, de modo idêntico, a atuação do Tribunal Constitucional tem orientado definitivamente a vida e os debates políticos. Todos os movimentos político-constitucionais alemães trouxeram consigo processos de conscientização política da magistratura. O legislador alemão está submetido ao direito e sabe que suas ações poderão ser controladas judicialmente.

Para Favoreu (2004, p. 76),

“a possibilidade de o Tribunal Constitucional solucionar todo conflito de atribuições entre os órgãos constitucionais ou entre a Federação e Lânder confere ao juiz constitucional um poder de arbitragem enorme. Finalmente, a Corte Constitucional exerceu uma função indispensável no estabelecimento e no fortalecimento da coesão da sociedade política, sendo ao mesmo tempo um elemento estabilizador e uma força de integração.”

Lembra Castro (1997, p. 149) que, na Alemanha,

“a atuação do Poder Judiciário revelou-se de extrema importância para a determinação da dinâmica do processo político e de seus resultados em diversas áreas substantivas, que vão desde a política externa (*Ostpolitik*) até a política universitária e a política de relações industriais.”

Na Espanha, a jurisprudência do Tribunal Constitucional é considerável, notadamente em decorrência do *recurso de amparo*, mas tende a desenvolver-se também sobre as relações entre o Estado e as Comunidades Autônomas.

Dessa forma, a atuação política do Tribunal Constitucional espanhol torna-se cada vez mais importante, à medida que contribui para reduzir

e pacificar os conflitos entre o Estado e as Comunidades Autônomas, principalmente as mais poderosas, que são a Catalunha e o País Basco.

Na Itália, assinala Castro (1997, p. 149) que

“a politização da magistratura judicial através de reformas na estrutura da carreira e dos órgãos de representação profissional desde o final da década de 1960, determinou um aumento de intervenções judiciais em setores como as relações industriais, a defesa de interesses difusos e a repressão ao terrorismo (e mais recentemente à corrupção).”

Daí por que a atuação da Corte Constitucional italiana tem sido decisiva para o exercício do direito de greve, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e o combate ao crime organizado e à corrupção na política.

Como se observa, o ativismo é fenômeno ocorrente em escala global. Em diferentes partes do mundo e em épocas diversas, os tribunais vêm se destacando como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político ou implementação de políticas públicas.

No Brasil, o que se observa hoje é uma situação que transcende a mera interpretação da Constituição e das leis e o controle dos atos legislativos pelo Judiciário. Não raro, encontramos juízes tomando decisões sobre questões eleitorais e partidárias que antes eram decididas nas casas legislativas ou nos partidos políticos, sem a interferência do Judiciário.

Assim, na expansão da sua atividade, o Judiciário – principalmente o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal –, após a promulgação da Carta de 1988, tem adotado um papel mais ativo na interpretação da Constituição e das leis, potencializando o sentido e o alcance de suas normas e sobrepondo-se ao Legislativo na tomada de decisões. Dessa forma, exhibe uma postura proativa própria do ativis-

mo judicial, inclusive com o estabelecimento de novas condutas não previstas na legislação em vigor.

Essa nova feição da atividade do Judiciário tem trazido perplexidades sobre as competências constitucionais do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, as quais, a cada dia, prolatam novas decisões sobre questões políticas.

Caso emblemático que se tem observado é o da fidelidade partidária, cujo sentido, no direito eleitoral e partidário, está ligado aos deveres impostos pelo estatuto do partido político ao seu filiado, eleito ou não eleito, no sentido da observância do programa partidário e das decisões tomadas nas instâncias superiores (convenções, executivas, diretórios, etc.). Nesse diapasão, a infidelidade partidária seria caracterizada como ato de rebeldia e de indisciplina relacionado a compromissos assumidos por um partido político. Os ordenamentos jurídicos, em geral, estabelecem sanções para atos de infidelidade partidária, assim definidos pela respectiva legislação eleitoral e partidária, especialmente para aqueles que hajam sido eleitos para o desempenho de mandatos eletivos.

Entre nós, a Constituição, no § 1º do art. 17, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 2006, assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, bem como para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais sem obrigatoriedade de vinculação entre candidatos em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas sobre fidelidade e disciplina partidárias.

Por sua vez, a Lei nº 9.096, de 1995, que trata dos partidos políticos, prevê, nos arts. 23 a 26, normas sobre a matéria, com destaque para o art. 25, que autoriza o estatuto do partido a estabelecer, além das medidas disciplinares

básicas de caráter partidário, as normas sobre penalidades aplicáveis ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelo partido, inclusive com o 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.

Como se observa, a legislação eleitoral e partidária brasileira não prevê a perda do mandato em razão da infidelidade partidária. Com efeito, segundo Silva (2011, p. 407), “a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária; ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo.”

Segundo a doutrina sustentada por eméritos juristas, a Carta Magna não admite, expressamente, a perda do mandato em função da infidelidade partidária. Nem por isso o posicionamento dos tribunais trilhou esse entendimento.

Assim é que o Tribunal Superior Eleitoral, nas respostas à Consulta nº 1.398, do antigo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), e à Consulta nº 1.407/2007, do deputado federal Nilson Mourão (PT/AC); bem como o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 22.604, firmaram o entendimento de que, se o candidato, após o pleito, nas eleições proporcionais e majoritárias, mudasse, sem justa causa, de partido ou de coligação partidária pelos quais fora eleito, perderia o mandato, uma vez que este pertenceria ao partido ou à coligação, e não ao candidato.

Após as decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, que seguiram a premissa de que o mandato é do

partido ou da coligação e, por isso, a troca de legenda sujeita o infrator à perda do mandato, restou assentado, na jurisprudência brasileira, que a infidelidade partidária, mais do que um desvio ético-político do parlamentar, representa, quando não baseada em justa razão, uma inadmissível ofensa ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, além de constituir verdadeira fraude à vontade do eleitor.

Pretende-se, assim, examinar aqui o ativismo judicial no Brasil com base nas decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária.

Para tanto, o presente artigo se estrutura em cinco capítulos. No primeiro capítulo, abordam-se algumas premissas abrangendo a soberania popular, a democracia, o mandato político representativo, o partido político e a fidelidade como princípio da organização partidária.

No segundo capítulo, aborda-se o ativismo judicial, com enfoque no seu conceito e caracterização e na distinção entre ativismo judicial e judicialização da política.

No terceiro capítulo, discorre-se sobre a fidelidade partidária, abordando seu conceito e caracterização, seu resgate histórico nas Constituições brasileiras e sua disciplina na Constituição e na legislação ordinária vigentes.

No quarto capítulo, aborda-se a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, examinando a constitucionalidade, os fundamentos e as consequências da perda do mandato em face da infidelidade partidária.

No quinto (e último) capítulo, discute-se o caso da fidelidade partidária como manifestação do ativismo judicial.

Ao final do artigo, serão expostos alguns pontos sobre os quais vale refletir à guisa de conclusão.

1. Premissas

O caminho que leva à realização do estudo proposto passa por uma análise preambular de algumas premissas que vão nortear o desenvolvimento do artigo. Tais premissas dizem respeito à soberania popular, à democracia representativa, ao mandato político representativo, ao partido político e à fidelidade como princípio da organização partidária.

A soberania popular é considerada, na doutrina do direito constitucional, como um dos princípios basilares da democracia. Segundo Silva (2011), significa dizer que o povo é a única fonte do poder, o que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo.

Para Canotilho (2003), a soberania popular transporta várias dimensões historicamente sedimentadas, tais como:

“(1) o domínio político – o domínio de homens sobre homens – não é um domínio pressuposto e aceite: carece de uma justificação quanto à sua origem, isto é, de legitimação: (2) a legitimação do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância fora do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática); (3) o povo é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder.”

A Constituição estabelece, no seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, esclarecendo, ainda, no parágrafo único, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos por ela estabelecidos. Assim, se o povo é soberano, e pode exercer por si mesmo essa faculdade, poderá também delegá-la a seus representantes.

Em síntese, pode-se afirmar que a soberania popular é a verdadeira consagração da democracia. Aliás, desde Abraham Lincoln a democracia, como regime político, é governo do povo, pelo povo e para o povo. Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar do regime democrático.

Pode-se admitir, então, segundo Silva (2011, p. 126), que democracia é

“um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.”

A democracia, como regime fundado na soberania popular, se apresenta de três formas: a *democracia* direta, a *democracia* indireta ou *representativa* e a *democracia* semidireta.

A democracia direta é aquela em que o povo, por si só, exerce os poderes estatais, administrando, legislando e julgando. Essa forma de democracia constitui, nos dias atuais, reminiscência histórica.

Por sua vez, a democracia indireta ou representativa é aquela em que o povo, em face da extensão territorial, da densidade populacional e da diversidade social, outorga os poderes estatais a seus representantes, que são eleitos periodicamente.

Finalmente, a democracia semidireta é a democracia representativa com alguns instrumentos de participação direta do povo no processo decisório, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, que integram o que se conhece modernamente como *democracia participativa*.¹

O que interessa a este trabalho, no entanto, é o estudo da democracia representativa, porquanto nela é que se desenvolvem a cidadania e a representação política, o que tende a se fortalecer na democracia participativa.

A Constituição, afirma Silva (2011, p. 137),

“combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia representativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando, aí, se diz que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa), ou diretamente (democracia participativa).”

A democracia representativa implica, assim, um conjunto de instituições, previstas constitucionalmente, que propiciam a participação do povo no processo político, constituindo os chamados direitos que formam a cidadania, tais

¹ Esses mecanismos da democracia semidireta estão hoje presentes nas Constituições de Estados como Dinamarca, Irlanda, França, Áustria, Alemanha, Itália, Suécia e Portugal.

como o sufrágio, as eleições, o sistema eleitoral e o sistema partidário.

Na verdade, os direitos políticos, previstos nos arts. 14 a 17 da Constituição, nada mais são do que um desdobramento do princípio democrático insculpido no citado art. 1º, parágrafo único, quando reza que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

É importante frisar que, considerando que o exercício do poder diretamente pelo povo ocorre apenas nas hipóteses do art. 14 do texto constitucional – plebiscito, referendo e iniciativa popular –, tem-se que a regra geral é a da representação, que se dá por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo.

O nosso sistema eleitoral, embasado na democracia representativa e semidireta, é eminentemente partidário. Nos países democráticos, as instituições políticas moldam e são moldadas pelo sistema eleitoral, com a firme e direta atuação conforme o sistema de partidos, que os considera como parte da estrutura constitucional, pouco importando a forma de Estado e o regime de governo.

Daí a importância do mandato político que o povo outorga aos seus representantes por meio dos partidos políticos, entidades cuja existência e fortalecimento tornam-se imprescindíveis para a preservação do regime democrático.

Aludiu-se, nas linhas precedentes, à estreita relação existente entre a soberania popular e a representação política. Na verdade, pode-se dizer que a representação política tem como ponto de partida a soberania popular, e a soberania popular conduz à democracia representativa, que tem como elemento básico o mandato político outorgado pelo povo aos seus representantes.

Portanto, a eleição gera, para o eleito, o mandato político representativo, que constitui um dos pilares do regime democrático. Nele se

materializam os princípios da *representação* e da *autoridade*. O primeiro significa que o poder, que emana do povo, é exercido em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos. O segundo significa que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que não tem vontade real e própria, adquire condições de manifestar-se e decidir.

Sobre o mandato político representativo, Silva (2011, p. 139) lembra que o instituto

“é criação do Estado liberal burguês, ainda como um dos meios de manter distintos Estado e sociedade, e mais uma forma de tornar abstrata a relação povo-governo. Segundo a teoria da representação política, que se concretiza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual; é *geral, livre, irrevogável* em princípio, e não comporta ratificação dos atos dos mandatários.”

Assim, três são as características básicas do mandato político representativo: a) é *geral*, o que foi eleito por uma parcela da sociedade exercerá o mandato por todas as pessoas que habitam o território nacional; b) é *livre*, pois não deve satisfações jurídicas ao eleitor, isto é, os eleitos não estão vinculados aos seus eleitores; b) é *irrevogável*, pois a regra é que o eleito cumpra o mandato no tempo previsto para sua duração, exceto nas hipóteses dos arts. 55 e 56 da Constituição de 1988.

No entanto, a evolução do processo político tem incorporado novos elementos de coordenação e expressão da vontade popular, como os sindicatos, as associações civis e a mídia, que propiciam uma relação mais próxima entre os mandatários e o povo, de modo que os eleitos acabam por prestar mais atenção às reivindicações populares, principalmente às de suas bases eleitorais. Os partidos, em particular, tendem a dar feição imperativa ao mandato político

representativo, a fim de que os eleitos estejam comprometidos com o programa e as diretrizes partidárias.

O partido político é instância associativa permanente e estável, dotada de ideologia e programa próprios, destinados à arregimentação coletiva, tendo em vista a conquista do poder, seja pela ocupação de cargos, seja pela capacidade de influenciar nas decisões políticas.

Dessa maneira, o partido político tem como função fundamental organizar a vontade popular e exprimi-la na busca do poder, com vistas à aplicação de seu programa de ação.

Observa Aras (2006, p. 243) que

“os partidos políticos, ao aglutinarem pessoas e grupos de diferentes matizes sociais, tornam-se depositários da confiança de seus filiados e adeptos na solução dos problemas pessoais (emprego, educação, lazer), da comunidade (saneamento básico, saúde e segurança públicas) e de realização de suas expectativas (justiça, paz, bem comum).”

A Constituição, no seu art. 17, dispõe sobre os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para a preservação do Estado Democrático de Direito, afirmando a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos e conferindo-lhes a função de assegurar, resguardados a soberania nacional, o regime democrático e o pluripartidarismo, a autenticidade do sistema representativo e de defender os direitos fundamentais da pessoa humana.

O art. 17, § 1º, assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.²

Observe-se que a autonomia partidária, deferida constitucionalmente, imuniza o partido político da interferência do legislador ordinário, mas não o imuniza totalmente contra a atuação normativa do legislador, desde que compatível com os parâmetros estabelecidos pela Constituição.

Portanto, o partido político, na tipificação das condutas consideradas atos de infidelidade partidária, deve respeitar os preceitos constitucionais (especialmente os direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e de consciência) e legais (particularmente a Lei nº 9.096, de 1995) para a imposição de sanções.

Com efeito, como o mandato, no Brasil, é representativo, não imperativo, o instituto deve ser aplicado com parcimônia, de modo a impedir a formação de uma ditadura partidária, com o domínio de monopólios ou oligopólios políticos.

Nesse sentido, aduz Clève (1998, p. 31) que

“mesmo que necessário o instituto para manutenção da coesão partidária, ele não pode ser utilizado ao ponto de: (i) ofender a natureza da representação; (ii) substanciar mecanismo de violação aos direitos fundamentais dos mandatários; (iii) implicar desvio de finalidade (a pretexto de manter a coesão partidária faculta-se o controle das minorias oligárquicas sobre os mandatários); (iv) permitir a cassação dos direitos políticos dos filiados eventualmente expulsos. Ou seja, o território da fidelidade partidária não é ilimitado, sendo certo que suas fronteiras derivam também da incidência da Constituição Federal. Apenas uma interpretação sistemática da Constituição é capaz de ilustrar os verdadeiros contornos do instituto. Qualquer interpretação isolada do texto do art. 17, § 1º, da Constituição, portanto, ensejará a emergência de um sentido falseado do texto constitucional e, nomeadamente, do regime de fidelidade no âmbito partidário.”

² Saliente-se que, em face da autonomia partidária, torna-se incompetente a Justiça Eleitoral para julgar matéria

interna corporis dos partidos políticos (TSE-Pleno-Consulta nº 1251/DF-Rel. Min. Carlos Ayres Britto).

Relativamente à natureza jurídica dos partidos políticos, a Constituição os definiu como pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 17, § 2º, segundo o qual os partidos políticos, depois de adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, após o que, lembra Moraes (2009, p. 266), “terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”.

Portanto, o registro dos estatutos partidários no Tribunal Superior Eleitoral confere aos partidos políticos a *capacidade eleitoral* necessária para participar das eleições e da propaganda eleitoral gratuitas no rádio e na televisão, receber cotas do fundo partidário e defender seus símbolos.

Os partidos políticos constituem, pois, um dos pilares do regime democrático e funcionam como instrumentos por meio dos quais se realiza a representação política. Em relação a esta, mencione-se o fato de que o sistema eleitoral brasileiro não admite candidaturas avulsas, tendo em vista que o art. 14, § 3º, V, da Constituição exige a filiação partidária como uma das condições de elegibilidade.

Como exemplo da importância atribuída pela Constituição aos partidos políticos, mencione-se o comando do referido § 1º do art. 17, que confere aos respectivos estatutos a atribuição de estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias – atribuição que não se traduz em mera faculdade, mas em efetivo dever. É dizer, os estatutos partidários terão que conter tais normas, prevendo consequências no caso de seu descumprimento.

Como observa Silva (2011, p. 408),

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

Adiante, aduz Silva (2011, p. 408) que

“o ato indisciplinar mais sério é o da infidelidade partidária, que se manifesta de dois modos: (a) oposição, por atitude ou pelo voto, a diretrizes legitimamente estabelecidas pelo partido; (b) apoio ostensivo ou disfarçado a candidatos de outra agremiação.”

Nesse diapasão, observa Aras (2006, p. 244-245) que

“a fidelidade e a disciplina partidárias são figuras que integram o elenco de direitos e garantias fundamentais, de aplicação imediata, cabendo aos partidos políticos estabelecer, nos seus estatutos, as regras descritivas das infrações e respectivas penalidades, dentre as quais, se pode incluir a perda do mandato, sem confrontar nenhuma outra norma da mesma índole constitucional.”

Acresça-se que, na esteira da Constituição, a Lei nº 9.096, de 1995, que trata dos partidos políticos, estabelece, no seu art. 15, V, que o estatuto do partido deve conter, entre outras, regras sobre disciplina e infidelidade partidárias.

A fidelidade partidária é erigida pela Constituição à condição de princípio da organização e funcionamento dos partidos políticos, devendo constar dos estatutos partidários. Não é mera faculdade estatutária. Na verdade, como salientado, os estatutos terão que prevê-la, bem como estabelecer sanções para os atos de infidelidade partidária, que poderão ir da simples advertência até a exclusão do filiado.

2. Ativismo judicial

2.1. Conceitos e caracterização

São inúmeros os conceitos oferecidos pelos autores, tanto brasileiros quanto estrangeiros, sobre ativismo judicial. Senão, vejamos.

Kmiec (2004) relata que a expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez, em janeiro de 1947, por Arthur Schlesinger Junior, em artigo publicado na revista *Fortune*, no qual ele traçava o perfil dos nove juízes integrantes da Corte Suprema dos Estados Unidos. Nesse artigo, os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge foram considerados por Schlesinger como “ativistas judiciais”, porque desempenhavam um papel ativo na promoção do bem-estar social e acreditavam que a lei e a política eram elementos inseparáveis.

Cappelletti (1993) aborda o controle exercido pelo juiz sobre as atividades dos demais poderes, focando a análise da construção jurisprudencial e da possibilidade da criação do direito a partir da atividade interpretativa do magistrado. Para o autor, o fenômeno é de excepcional importância, não restrito ao campo do direito judiciário, mas, sim, refletindo amplamente o crescimento da atividade estatal. Assim, a expansão do Judiciário “representa o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances* à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno” (CAPPELETTI, 1993, p. 19).

O argumento de Cappelletti (1993) contempla um aspecto importante do ativismo judicial, que é a demanda por pronunciamento judicial, considerando o aumento da atividade do Estado, o que leva o cidadão a buscar a Justiça para fazer valer seus direitos. Ou seja, quanto mais atividade estatal, mais insatisfação por parte dos cidadãos e, em consequência, mais processos judiciais.

Ao abordar o sistema francês, Garapon (1999) destaca a influência crescente do Judiciário sobre a sociedade e a crise de legitimidade que assola as democracias ocidentais, como parte de um processo de mudança social.

Em sua abordagem, Garapon (1999) considera que a expansão do Judiciário decorre do enfraquecimento do Estado pelo mercado e pelo desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democrática. A expansão do Judiciário resulta de uma transferência do simbolismo da democracia da política para a Justiça, como produto de uma profunda mudança social. A transformação da Justiça em símbolo da moralidade pública e da dignidade democrática é positiva, embora não admita o autor a substituição do político pelo jurídico.

Ferejohn (2002) aborda o ativismo judicial a partir do deslocamento das competências do

Legislativo para os tribunais e outras instituições jurídicas. São exemplos citados pelo autor a atuação dos juízes interferindo no sistema de troca de gabinetes, a cassação de primeiros-ministros e presidentes e a intervenção do Judiciário em disputas eleitorais, como foi o caso de George Bush nos Estados Unidos.

Para Ferejohn (2002), há dois argumentos para a expansão da atividade do Judiciário. O primeiro é o que ele denomina “hipótese de fragmentação”. Isso significa que a fragmentação que ocorre entre os ramos políticos diminui a capacidade de legislar das casas legislativas ou de estas se tornarem os centros das decisões políticas. O segundo é o que chama de “hipótese de direitos”. Isso quer dizer que os tribunais são vistos com maior confiabilidade na proteção de um amplo e importante rol de direitos contra abusos políticos.

Ibañez (2003) alerta para uma mudança do comportamento jurisprudencial dos tribunais, que passaram a atuar nos vazios institucionais decorrentes da inércia do Executivo e do Legislativo. Essa alteração foi impulsionada pelas mudanças dos paradigmas das escolas jurídicas em face da crise do positivismo, pela delegação ou pela omissão do Executivo, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciais, pelo aumento da demanda da sociedade civil por mais justiça e pela constitucionalização dos direitos fundamentais.

Para Sunstein (2005, p. 43), o ativismo judicial pode ser mensurado pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida os atos de outros poderes de Estado, especialmente do Legislativo. Ou seja, a frequência com a qual os tribunais retiram a decisão das mãos dos eleitores.

Dworkin (2006, p. 135), ao examinar o fenômeno do ativismo judicial na sociedade norte-americana, destaca que, “em décadas recentes, as principais batalhas sobre a natureza

da democracia têm sido travadas em torno da autoridade dos juízes e da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade dos atos de outros órgãos do governo”.

Grimm (2006) aborda a questão do ativismo judicial como o avanço do Judiciário na arena política. O autor analisa o processo geral de regulação e a expansão da produção legislativa. O aumento do processo de regulação leva a uma expansão do controle por parte do juiz. Assim, para o autor, “a crescente importância dos tribunais no último século tem sua principal razão no ativismo judicial. Os juízes conquistam cada vez mais terreno que era formalmente reservado à decisão política ou à auto-regulação social” (GRIMM, 2006, p. 17).

Salienta Grimm (2006) a vontade dos políticos de se submeterem ao escrutínio judicial. Para o autor, os políticos estão preparados para permitir que os juízes revisem os atos políticos. A falta de envolvimento dos políticos em determinadas matérias polêmicas tem levado a sociedade ao Judiciário para que este produza soluções para os casos apresentados.

Canivet (2006), ao tratar do ativismo judicial, destaca o respeito e a confiança que a sociedade deposita nos juízes, que possuem a coragem e a dignidade necessárias para julgar as questões que lhes são confiadas pelos cidadãos, em face da violação de seus direitos. Essa confiança, segundo o autor, é retirada dos homens políticos e depositada nos juízes, independentemente de suas decisões.

Hirschl (2006) alerta para a expansão da atividade de controle da política para além das questões jurídicas, englobando o que identifica como “megapolítica”, isto é, as controvérsias políticas essenciais, que, frequentemente, definem e dividem todas as políticas, como o processo eleitoral, os problemas de justiça restaurativa, as questões de identidade coletiva fundacional e os processos relativos à natureza e à definição

do corpo político. Esse processo de progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para órgãos judiciais é denominado *juristocracia* pelo autor.

Alexy (2007) associa o ativismo judicial a uma jurisdição constitucional fornecedora da última palavra, de forma a proteger os cidadãos de eventuais abusos de seus representantes políticos. Dessa forma, apesar de ser o Legislativo quem elabora as normas, a interpretação final ficará sempre a cargo do Judiciário. Assim, o Tribunal Constitucional consegue transformar a concepção que possui sobre problemas sociais e políticos em componentes da Constituição e, com isso, assume a política, afastando o debate democrático das vias tradicionais e desenhando novos espaços de representação.

Supõe Alexy (2007) a existência não só de uma representação política, mas também de uma representação argumentativa exercida, particularmente, pelo Tribunal Constitucional. Para o autor, o jogo democrático pressupõe uma racionalidade discursiva e o discurso exige a democracia deliberativa. Nela o discurso não é composto apenas por interesses e poder, mas abrange também os argumentos dos participantes que lutam por uma solução política correta. Quando as leis respeitam e promovem os direitos fundamentais, a maioria parlamentar atende às exigências da democracia deliberativa. Do contrário, resta recorrer ao remédio da jurisdição constitucional.

No Brasil, a questão do ativismo judicial tem sido também debatida. Merece referência o estudo realizado por Ferreira Filho (1994), que aponta as mudanças decorrentes da Constituição de 1988 como causadoras da ruptura do modelo tradicional de atuação do Judiciário, transformando-o em um poder político.

Ferreira Filho (1994) aponta, entre as alterações importantes advindas da Carta de 1988, as seguintes: i) instituição da ação de inconstitucionalidade por omissão; (ii) ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade; iii) instituição do mandado de injunção; iv) alargamento do objeto da ação popular; v) ampliação das funções institucionais do Ministério Público; e vi) instituição da ação de impugnação de mandato eletivo.

Tem o mesmo entendimento o estudo de Castro (1997, p. 147), no qual analisa o impacto político do comportamento do Supremo Tribunal Federal. Segundo o autor, trata-se de uma “nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais”.

Para Castro (1997), o ativismo judicial promove uma interação entre os poderes, o que não é, necessariamente, prejudicial à democracia; esta, na verdade, constitui requisito da expansão do Judiciário.

Pogrebinski (2000) considera que o ativismo judicial ocorre quando o juiz: a) usa seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do Estado; b) promove, por meio de suas decisões, políticas públicas; c) não considera os princípios de coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade. Afirmar a autora que “o ativismo judicial implica a tomada de posição política: o juiz ativista define-se como um agente político” (POGREBINSCHI, 2000, p. 122).

Para Teixeira (2001, p. 43), o ativismo judicial tem lugar quando for verificada uma das seguintes hipóteses, ou ambas:

“i) tribunais ou juízes fazem ou ampliam sua participação no processo decisório referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas”; ou ii) “negociações não-judiciais e fóruns de tomada de decisões tipicamente políticos são afetados ou passam a adotar em seu funcionamento e no comportamento dos seus operadores regras e procedimentos judiciais”.

Cittadino (2002) destaca a ampliação do controle normativo do Judiciário no âmbito das democracias representativas como um dos temas centrais das discussões que se fazem no âmbito da ciência política, da sociologia do direito e da filosofia do direito. Segundo a autora,

“o protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos Poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas” (CITTADINO, 2002, p. 17).

Segundo Carvalho (2004, p. 115-120), “essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios”, sendo que “alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político”.

Carvalho (2004) identifica seis *condições* para o surgimento e a consolidação do ativismo judicial: i) um sistema político democrático; ii) o princípio da separação dos Poderes; iii) o exercício de direitos políticos; iv) o uso dos tribunais, em alguma medida, pelos grupos de interesse; v) o uso dos tribunais pela oposição; e vi) a inefetividade das instituições majoritárias.

Observa Arantes (2007, p. 232) que, no Brasil, pela primeira vez, o Judiciário tornou-se uma instituição política importante, graças a um sistema extremamente descentralizado de revisão judicial, amplamente acessível aos indivíduos e aos atores políticos e sociais. O Judiciário, assim, tornou-se um ator importante no processo de decisão política,

acentuando ainda mais o modelo consensual da democracia brasileira.

Sadek (2007, p. 131-133), ao analisar as modificações ocorridas na esfera judiciária brasileira, salienta que

“a Constituição de 1988 imprimiu atributos de poder de Estado ao Judiciário. A instituição foi configurada com capacidade real de exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, quer provenientes do Executivo quer do Legislativo. Dessa forma, foram criadas as qualidades necessárias para participar ativamente da vida pública [...] O pós-1988 transformou o Poder Judiciário e especialmente o STF em uma arena privilegiada, acentuando a sua face política. Com efeito, a Corte Suprema tem atuado em relação a temas cruciais, quer devido a omissões legislativas, quer recebendo demandas sobre questões controversas, quer se pronunciando sobre impasses políticos, quer proferindo decisões cruciais para a vida pública, com impactos na arena político-partidária, como os serviços públicos e também na configuração dos tribunais superiores e na estrutura do Poder Judiciário em sua totalidade.”

Ferraz Junior (2008), ao abordar o ativismo judicial, analisa várias decisões judiciais, destacando que o modelo de governança eleitoral adotado pelo Brasil fez com que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral avançassem no seu entendimento sobre o sentido e o alcance do texto constitucional, passando a adotar uma postura mais arrojada na sua atuação para identificar e corrigir, por meio de um processo interpretativo inovador, os possíveis defeitos da competição político-partidária.

Leite (2008) considera que o ativismo judicial decorre do crescimento do Judiciário para balanceamento do sistema, da insatisfação do povo em relação à conduta dos outros poderes e da evolução social, política e cultural dos tempos atuais.

Barroso (2011, p. 233) aborda o ativismo judicial destacando que esse fenômeno “está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Tavares (2012, p. 65) afirma que

“a ampliação do espaço ‘tradicional’ do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero *legislador negativo*, na expressão cunhada por Kelsen) foi viabilizada, dentre ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções.”

Como se observa, o conceito de ativismo judicial refere-se ao protagonismo do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais nas democracias modernas, a partir de uma postura proativa de seus membros, que têm interferido nas opções políticas dos demais Poderes, em especial do Legislativo.

2.2. Distinção entre ativismo judicial e judicialização da política

Ao tratar do ativismo judicial, cabe distingui-lo de outro parâmetro ligado ao protagonismo do Judiciário, qual seja, a judicialização da política. Com efeito, tanto a judicialização da política quanto o ativismo judicial têm a ver com a ruptura do sistema tradicional e estanque de separação de Poderes. Tratam-se, assim, da expansão da atividade do Judiciário, dando-lhe maior *status* institucional. As semelhanças, contudo, dão lugar às diferenças, como se verá adiante.

Relativamente ao conceito de judicialização da política, Tate e Vallinder (1995, p. 13) observam que

*“the judicialization of politics should normally mean either: (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.”*³

Por esse conceito, há dois aspectos a considerar em face da judicialização da política. O primeiro refere-se à transferência da tomada de decisão da arena administrativa (Poder Executivo) ou política (Poder Legislativo) para a arena judicial (Poder Judiciário). O segundo diz respeito à propagação do procedimento judicial para outros procedimentos: o procedimento administrativo e o procedimento legislativo.

Judicializar a política, segundo Tate e Vallinder (1995), implica expandir a área de atuação do Poder Judiciário e valer-se dos métodos e procedimentos próprios do processo judicial para a resolução de conflitos nas arenas políticas distintas daquelas típicas dos tribunais em dois contextos.

Nesse sentido, salientam Débora Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 114) que

“o primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder

de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseada na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).”

Os principais componentes que estão presentes no conceito de judicialização da política podem ser assim expostos: (i) a presença de um novo ativismo judicial, com o surgimento de novas questões aptas a serem dirimidas pelos juízes e tribunais; (ii) o interesse dos políticos e administradores em adotar: (a) métodos e procedimentos típicos do processo judicial; (b) parâmetros jurisprudenciais – ditados pelo Judiciário – nas suas deliberações.

Distingue Barroso (2011, p. 234) a judicialização da política do ativismo judicial. Para Barroso (2011), a judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.

Segundo Barroso (2011, p. 234),

“a judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do desenho institucional brasileiro, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. O ativismo judicial normalmente se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

Como se observa, atrelada ao debate sobre ativismo judicial está a questão da judicialização

³“A judicialização da política deve normalmente significar: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial”.

da política. Encontrar definições teóricas que os distingam não é tarefa fácil. Encontra-se, contudo, uma base comum para ambos, que é o abandono de um sistema rígido de separação de Poderes.

3. Fidelidade partidária

3.1. Conceitos e caracterização

A abordagem da fidelidade partidária implica considerar vários de seus significados. Nesse diapasão, são muitos os conceitos formulados pelos doutrinadores sobre esse instituto jurídico. Vejamos alguns.

De Plácido e Silva (1991, p. 291) esclarece que,

“derivado do latim *fidelitas* (fidelidade, lealdade), no conceito jurídico, entende-se a observância exata e leal de todos os deveres ou obrigações impostos pela própria lei. É, assim, o cumprimento ou a execução de todos os deveres atribuídos a pessoa em virtude de encargo, e contrato ou de qualquer outra obrigação [...] Opõe-se à infidelidade, que é a falta de cumprimento da obrigação ou do dever imposto.”

Melo (1978, p. 52) descreve a fidelidade partidária como “o cumprimento dos compromissos de lealdade com o programa do partido e de obrigações assumidas com seus dirigentes”.

Farhart (1996, p. 432) assim conceitua a fidelidade partidária:

“consiste na adesão intelectual do membro do partido – filiado ou representante eleito, no Governo, no Congresso, nas Assembléias Legislativas estaduais ou nas Câmaras Municipais – à filosofia do partido, sua concepção de sociedade e dos métodos e meios para realizar suas idéias a esse respeito.”

Aras (2006, p. 163-164) afirma que a fidelidade partidária pode ser definida como a

“lealdade a um partido; observância do programa partidário e das decisões tomadas em suas instâncias deliberativas (convenção, diretórios, executivas, etc.) pelos filiados em geral e, sobretudo, por seus membros com assento no Parlamento ou na Chefia do Executivo.”

Ramayana (2008, p. 432) aduz que a compreensão do instituto da fidelidade partidária

“está correlacionada com os deveres impostos pelo estatuto do partido político ao seu filiado (eleito ou não eleito). A lei faz menção à fidelidade e disciplina, o que enseja uma evidente interligação entre as expressões que no fundo resvalam no acatamento das diretrizes e dos objetivos partidários.”

Tendo em vista os conceitos acima transcritos, pode-se dizer que são os seguintes os elementos caracterizadores da fidelidade partidária: i) lealdade ao partido político e cumprimento dos deveres pelos filiados em geral e, sobretudo, por seus membros eleitos com assento em casas legislativas; ii) observância do programa e dos objetivos partidários; iii) acatamento das decisões tomadas em suas instâncias deliberativas, tais como: convenção, diretórios, executivas, etc.

No direito comparado, a fidelidade partidária também se faz presente de modo diverso. Nos Estados Unidos, onde há dois partidos majoritários – o democrata e o republicano –, a fidelidade partidária caracteriza-se mais como uma exigência do eleitorado do que como uma imposição legal.

Segundo Aras (2006, p. 232),

“no contexto político norte-americano, seria considerado pouco confiável o parlamentar que mudasse de partido. A elevada taxa de reeleição dos políticos norte-americanos, que deve ser cotejada com a consistente rejeição do eleitorado brasileiro, é consequência da estabilidade política norte-americana. As altas taxas de reeleição – que oscilam entre 60% e 80% – seriam, assim, uma espécie de recompensa aos parlamentares, decorrentes de duas principais razões: a consolidação dos partidos políticos e a identificação dos eleitores com esses partidos, que provocaram um alto nível de fidelidade partidária.”

Na Alemanha, a fidelidade partidária é remetida para os estatutos dos partidos. Na prática, observa-se um profundo comprometimento dos filiados para com o programa e as diretrizes partidárias.

Na França, a disciplina da fidelidade partidária, de igual modo, fica a cargo dos partidos, sendo que os políticos franceses não trocam de partido, salvo no caso de fusão, incorporação ou criação de novo partido.

Observa Aras (2006, p. 236) que, naquele país, “a fidelidade partidária está associada aos partidos políticos serem marcados ideologicamente, o que compromete demasiadamente os eleitos. Torna-se, assim, particularmente difícil, neste contexto, explicar mudança de legenda aos eleitores”.

Como se vê, a característica comum dos países supracitados é que a fidelidade partidária é implícita, vale dizer, não houve necessidade de expressa previsão legal para que os políticos respeitassem o programa e as diretrizes de suas respectivas agremiações e a opção de escolha do eleitor na hora de votar.

Distintamente do Brasil, essas democracias, mesmo considerando suas peculiaridades históricas e temporais, possuem um sistema partidário e eleitoral consolidado, sendo o eleitor a força motriz para impedir atos de infidelidade de políticos que tendem a priorizar suas ambições individuais em detrimento dos respectivos partidos.

Finalmente, convém mencionar que conduta oposta à fidelidade partidária é a infidelidade partidária, que é, para De Plácido e Silva (1991, p. 123), “o ato político que não respeita as diretrizes partidárias da sua agremiação ou abandona o partido sem justificativa”.

Melo (1978, p. 63) sustenta que a infidelidade partidária consiste em

“ato de felonía, relacionado a compromissos assumidos com um partido político. A legislação de alguns Estados prevê sanções para atos de infidelidade partidária, assim definidos pela respectiva legislação política, especialmente para aqueles que hajam sido eleitos para o desempenho de mandatos representativos.”

Nas linhas seguintes, serão apresentadas as origens e o histórico da fidelidade partidária no Brasil, ademais dos diplomas constitucionais e legais anteriores e posteriores à Constituição de 1988.

3.2. Resgate histórico

O instituto da fidelidade partidária é relativamente novo no Brasil. Certamente pelo fato de, até o final da década de 1960, o número de mudanças de partidos por parlamentares, pelo menos quantitativamente, não ser muito expressivo, as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 não cogitaram a fidelidade partidária nos seus textos.

A inovação só veio com a Constituição de 1967, ao se referir, no inciso V do art. 149, à fidelidade partidária.

No entanto, foi a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que deu *status* constitucional à fidelidade partidária, ao dispor, em seu art. 152, V, e parágrafo único, que:

“Art. 15. 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.”

A Lei nº 5.682, de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), regulava a matéria, além de impor, como a norma constitucional, que se cassasse

o mandato do parlamentar que deixasse o partido pelo qual se elegeu ou descumprisse o programa e as diretrizes partidárias estabelecidas pelos órgãos de direção.

O instituto manteve-se inalterado pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978, até sua abolição pela Emenda Constitucional nº 25, de 1985, que, na verdade, o retirou pura e simplesmente do texto constitucional, fator determinante para o enfraquecimento dos partidos políticos.

Nesse sentido, Vilhena (1986, p. 98) observa que

“a falta de compromisso com os princípios doutrinários e com o programa do partido sob cuja legenda o candidato se elegeu gera o enfraquecimento ou até mesmo a desmoralização dos partidos, a ponto de se afirmar que, no Brasil, os programas dos partidos são peças meramente formais, na grande maioria desconhecidos até dos próprios filiados, destinados apenas a atender as exigências da legislação eleitoral, por ocasião do registro do partido político perante o Tribunal Superior Eleitoral, ou para a formação do quociente eleitoral.”

A fidelidade partidária volta a figurar no texto constitucional brasileiro com a promulgação da Constituição de 1988, chamada de *Constituição Cidadã*.

3.3. Fidelidade partidária na Constituição de 1988

Reza o § 1º do art. 17 da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006:

“Art. 17. [...]

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios 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.”

Como se observa, a Constituição de 1988 remete a regulamentação do instituto para os estatutos partidários, com a exclusão da possibilidade de perda do mandato em razão da infidelidade partidária. É dizer, o texto constitucional não obriga a permanência do agente político (do Poder Legislativo ou do Poder Executivo) no partido sob cuja legenda foi eleito, nem prevê qualquer penalidade para a troca de partidos. Ao revés, até proíbe a perda do mandato por infidelidade partidária, quando, no seu art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos casos expressamente indicados no mesmo artigo.

Ademais, a Constituição de 1988, ao dispor sobre as condições de elegibilidade, determina, no seu art. 14, § 3º, V, a filiação partidária como uma das exigências para o cidadão postular a candidatura a qualquer cargo eletivo.

3.4. Fidelidade partidária na legislação ordinária

Condição de elegibilidade e, portanto, pressuposto para a candidatura e aquisição do mandato eletivo, a filiação partidária, que a Constituição exige (art. 14, § 3º, V), é fator determinante da fidelidade partidária, no sentido de exigir dos filiados a observância dos princípios doutrinários e das diretrizes programáticas constantes dos estatutos partidários. É o que determina, no plano infraconstitucional, a Lei nº 4.737, de 1965, que instituiu o Código Eleitoral, e a Lei nº 9.096, de 1995, que dispõe sobre os partidos políticos e regulamenta dispositivos da Constituição.

Assim, a Lei nº 4.737, de 1965 (Código Eleitoral), estabelece, no seu art. 87, *caput*, que somente podem concorrer às eleições os candidatos registrados por partidos políticos.

Por sua vez, a Lei nº 9.096, de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), determina, no seu art. 15, V, que o estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre: “V – fidelidade e disciplina partidária, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa”.

O capítulo V do mencionado diploma legal cuida da fidelidade e da disciplina partidárias. Nele se incluem os arts. 23 e 24, que assim dispõem:

“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.

§ 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.”

É a consagração, na legislação infraconstitucional, especificamente na Lei dos Partidos Políticos, do instituto da fidelidade partidária.

Quanto às penalidades decorrentes da infidelidade partidária, os arts. 25 e 26 do mencionado diploma legal estabelecem que:

“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.”

Note-se que, consoante o art. 25, acima transcrito, a pena máxima que o estatuto do partido pode estabelecer, no caso de infidelidade partidária, é a desfiliação e a expulsão do parlamentar.

Na verdade, os casos de perda de mandato estão expressamente previstos no art. 55 da Constituição, não podendo ser eles ampliados por norma infraconstitucional ou pelo estatuto partidário.

Nesse sentido, cabe apenas ao Legislativo promover a mudança desse dispositivo constitucional para nele incluir a hipótese de perda do mandato por infidelidade partidária, e não a qualquer outro Poder, sob pena de inconstitucionalidade por usurpação de função.

O importante é que se deve avançar na disciplina legislativa da fidelidade partidária, tendo em vista o aperfeiçoamento desse instituto tão indispensável à democracia representativa em nosso País.

4. Fidelidade partidária em decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal

4.1. Consultas nºs 1.398 e 1.407 – TSE e Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604 – STF

O sistema partidário brasileiro tem experimentado, desde a redemocratização do país, iniciada em 1985, uma intensa migração partidária, muitas das vezes motivada por interesses pessoais em detrimento da soberania popular, como elevação das chances em eleições proporcionais, conflitos, busca de recursos para projetos locais e regionais, entre outros motivos.

Na verdade, a mudança injustificada de legenda introduz no legislativo um elemento de instabilidade que obstaculiza a consolidação do sistema representativo, com desgaste da imagem dos partidos e dos políticos e enfraquecimento da democracia.

A migração partidária tem, pois, contribuído para reduzir o grau de representatividade do regime democrático, pois não respeita a vontade

do eleitor. O voto dado a um partido é transferido, indiretamente, após as eleições, para outro partido, alterando a representação eleita, sem consultar o eleitor.⁴

Lembra Aras (2006, p. 250) que

“o descalabro da mudança de partido chegou ao cúmulo, nas eleições estaduais e federal de 2002, quando, entre a data da diplomação e antes mesmo da posse, em 1ª de janeiro de 2003, dezenas de parlamentares migraram, impunemente, chocando a sociedade brasileira com a já famosa *dança das cadeiras*, cujo objetivo foi o aumento de tempo na propaganda eleitoral no certame de 2004, sem embargo da satisfação de interesses pessoais.”

Nessa esteira, observam Thales e Camila Cerqueira (2008, p. 69) que,

“depois das eleições de 2006, ao menos 36 deputados trocaram de legenda. O Partido da República, por exemplo, recebeu 15 novos filiados eleitos por outras agremiações. Lado outro, dos 513 deputados eleitos, apenas 31 conseguiram se eleger com seus próprios votos. Os outros foram puxados para o Congresso pelos votos de legenda.”

Diante desse cenário é que, em 29 de março de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria de 6 votos a 1, respondeu positivamente à Consulta nº 1.398, do Partido da Frente Liberal (hoje, Democratas), definindo que os mandatos obtidos nas eleições proporcionais (vereadores, deputados estaduais, deputados distritais e deputados federais) pertencem aos partidos políticos ou às coligações, e não aos candidatos eleitos.

⁴ O transfuguismo, ou troca de partido, não é ocorrência exclusivamente da democracia brasileira, sendo comum em outros países igualmente democráticos como Alemanha, França, Itália e Estados Unidos. No entanto, entre nós, tal prática se tornou endêmica após a redemocratização de 1985.

Em decorrência, aduzem Thales e Camila Cerqueira (2008, p. 69) que,

“se o candidato, após o pleito, mudasse de partido, este ou coligação originária estaria apto, na Justiça Eleitoral, a ajuizar ação constitutiva, com ampla defesa, de reivindicação da cadeira, uma vez que esta pertenceria ao partido ou coligação, mas não ao candidato, uma vez que o sistema é o proporcional. A única exceção à perda do mandato estaria numa eventual justificativa plausível e motivada, pelo candidato, para a saída do partido, a ser analisada sob o crivo do contraditório.”

Os argumentos expendidos pelo Tribunal Superior Eleitoral não foram poucos para fundamentar esse entendimento. Tais argumentos podem ser assim agrupados: i) se o mandato pertencesse ao candidato, significaria dizer que a soberania popular conferida pelo povo seria transferida para a ordem privada do eleito, que se tornaria senhor e possuidor de parcela dela; ii) o mandato é essencialmente uma função política e pública, de todo avessa e inconciliável com pretensão de cunho privado; iii) a perda do mandato seria consequência de um ato ilícito e não de uma sanção; iv) a quantidade de cadeiras a ocupar no parlamento é o resultado de uma contagem de votos dados à legenda e não aos candidatos, que, na sua grande maioria, sequer alcançam nominalmente o quociente eleitoral; v) a filiação partidária é condição de elegibilidade, pois o ordenamento jurídico pátrio não prevê a candidatura avulsa; vi) a democracia é o resultado da representação popular, que perpassa os partidos políticos como “corpos intermediários”; vii) o esvaziamento do partido pela migração injustificada de seus filiados enfraquece a representatividade política e o funcionamento parlamentar; viii) a migração do partido pelo qual o candidato foi eleito é infidelidade para com o eleitor.

A partir dessa decisão, a Presidência da Câmara dos Deputados recebeu requerimentos de vários partidos políticos no sentido de que fosse declarada a vacância, por renúncia presumida, de mandatos exercidos por deputados federais eleitos sob determinadas legendas e que migraram para outras. Diante do indeferimento de tais pedidos, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Partido Popular Socialista (PPS) e o antigo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Partido Democratas (DEM), impetraram junto ao Supremo Tribunal Federal os Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, tendo o Excelso Pretório se pronunciado, em 4 de outubro de 2007, no sentido de que o mandato de deputados federais, estaduais e distritais e de vereadores pertencem aos partidos ou às coligações que os elegeram.

Assim, o Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral de que o mandato eletivo pertence ao partido ou à coligação, mas a declaração de vacância depende de se assegurar, ao parlamentar, o direito à ampla defesa, conforme previsto no art. 5º, LIV, da Constituição.

Em 16 de outubro de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral ampliou o objeto da Consulta nº 1.398, respondendo afirmativamente à Consulta nº 1.407, formulada pelo deputado Nilson Mourão (PT/AC), no sentido de que a perda do mandato por infidelidade partidária aplicar-se-ia também aos eleitos pelo sistema majoritário (senadores, presidente da República, governadores de estado e prefeitos municipais).

Diante disso, o Tribunal Superior Eleitoral, na sessão ordinária de 25 de outubro de 2007, aprovou a Resolução nº 22.610, com a finalidade de disciplinar o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária, não fazendo qualquer distinção entre o sistema proporcional e o sistema majoritário,

ou seja, a vaga obtida por este ou aquele sistema haveria de ser preservada pelo partido político no caso de pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito de uma legenda para outra.

Segundo o art. 1º, § 1º, I a IV, da mencionada Resolução, consideram-se justa causa as seguintes situações: incorporação ou fusão do partido, criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal.

Adiante, diz o § 2º, não ocorrendo quaisquer dessas situações, poderá o partido político formular, no prazo de 30 dias, contados da desfiliação, pedido de perda do cargo eletivo perante a Justiça Eleitoral. Nos 30 dias subsequentes, se o partido não fizer tal postulação, aquele que tiver interesse jurídico ou o Ministério Público Eleitoral poderão pugnar a perda do mandato.

Consoante o art. 2º, o Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal e, nos demais casos, cabe ao tribunal eleitoral do respectivo estado fazê-lo.

Reza o art. 10 que, após regularmente processado o feito e julgado procedente o pedido, a perda do cargo eletivo será decretada pelo tribunal competente, devendo a decisão ser comunicada ao presidente do órgão legislativo, que deverá dar posse ao suplente ou ao vice no prazo de 10 dias.

Finalmente, o art. 13 dispõe que a resolução aplica-se às desfiliações consumadas após 27 de março de 2007, para os eleitos pelo sistema proporcional, e após 16 de outubro de 2007, para os eleitos pelo sistema majoritário.

Assim, a partir de então, com base na Resolução TSE nº 22.610, de 2007, o ocupante de cargo proporcional ou de cargo majoritário que, sem justa causa, se desvinculasse do partido sob cuja legenda fora eleito estaria suscetível à perda do respectivo mandato.

Ressalte-se que a Resolução TSE nº 22.610, de 2007, não fez qualquer distinção entre o sistema proporcional e o sistema majoritário, ou seja, a vaga obtida por este ou aquele sistema haveria de ser preservada pelo partido político no caso de pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito de uma legenda para outra.

Após a publicação da Resolução TSE nº 22.610, de 2007, chegaram ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais inúmeros pedidos de perda de mandato fundados na infidelidade partidária.⁵

4.2. Bases constitucionais da perda do mandato em face da infidelidade partidária: um ativismo indevido?

O cerne da questão da fidelidade partidária gira em torno da constitucionalidade do entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, posteriormente ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, que deu origem à Resolução nº 22.610, de 2007.

O que importa saber é se esses tribunais criaram nova hipótese de perda de mandato não prevista no texto constitucional ou se apenas lançaram mão de princípios já consagrados, numa interpretação sistemática do texto constitucional.

De fato, conforme esclarece Silva (2011, p. 408), “a Constituição não permite a perda de mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo”.

Daí decorre o embate doutrinário que persiste até hoje acerca da constitucionalidade ou não dessas decisões e do diploma promulgado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Há quem sustente, inclusive, sequer tratar-se de caso de perda de mandato, não se enquadrando, portanto, no rol dos casos estabelecidos pelo art. 55 da Constituição. Parte essa corrente da premissa de que, pertencendo o mandato ao partido ou à coligação, não o perderá o eleito, visto que é faticamente impossível que se perca aquilo que não se possui.

Sobre o assunto, Thales e Camila Cerqueira (2008, p. 251) indagam:

“Como fica a soberania popular exercida nas urnas, segundo o art. 1º, parágrafo único da CF/88 – ou seja, apesar dos 513 deputados federais eleitos em 2006, apenas 31 conseguiram se eleger por conta própria, sendo

⁵ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 3.999 e 4.086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR), declarou a constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610, de 2007, que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

os demais pelo quociente eleitoral/partidário, não se pode olvidar que as regras do jogo (Bobbio) eram estas colocadas no momento da disputa, sendo que a violação por Resolução do TSE corresponderia a uma lei que, no caso concreto, deveria respeitar o art. 16 da CF/88, ou seja, ser válida somente para as próximas eleições, respeitando assim o princípio do *rules of game*?”.

Adiante, observam Thales e Camila Cerqueira (2008, p. 251) que

“a Resolução do TSE, como estudamos, pode ser um ato normativo primário (que cria o direito) ou secundário (que copia o direito). No caso concreto, trata-se de um ato normativo primário (que cria direito novo), porém, como sabemos, por força do CE e da Lei nº 9.504/97 (art. 105), a Resolução do TSE tem força de lei ordinária federal, jamais *status* constitucional. Com isto, a decisão é inconstitucional, porque o TSE atuou como legislador positivo (e até aqui sem problemas), mas em matéria reservada à CF/88 (art. 55), e não afeta à lei ordinária federal.”

Aduzem, ainda, Thales e Camila Cerqueira (2008, p. 251) que

“o TSE, nos CTAS 1.398 e 1.407, e ainda na Resolução nº 22.610/07, portanto, atuou como *legislador positivo* constitucional, adiantando a Reforma Política, criando uma hipertrofia e invadindo espaço do Poder Legislativo, violando a harmonia do sistema do *checks and balances* previsto no art. 2º da CF/88.”

Como se observa, Thales e Camila Cerqueira (2008) admitem a inconstitucionalidade das decisões que culminaram com a perda do mandato por infidelidade partidária, entendendo que o Tribunal Superior Eleitoral, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, teria usurpado a função de legislar, própria do Legislativo, não apenas por criar hipótese de perda de mandato reservada à Constituição, como também por instituir ritos processuais e hipóteses de justa causa por resolução, extrapolando os limites juridicamente aceitáveis.

Para Thales e Camila Cerqueira (2008), o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal não se limitaram ao seu dever funcional de atuar: para solucionar a questão da fidelidade partidária no Brasil, há tempos aguardada pela Reforma Política e Eleitoral, fizeram as vezes dos legisladores, numa invasão indevida de atribuições que constitucionalmente não são suas e, ainda pior, que, a rigor, deveriam ser exercidas pelo Legislativo.

Há que se atentar, ademais, para as consequências que têm surgido do entendimento partilhado pelo Superior Tribunal Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal de que o mandato pertence ao partido ou à coligação. Na verdade, a Resolução nº 22.610, de 2007, não teve o condão

de prever a multiplicidade de situações que poderiam emanar dos diversos contextos gerados pela decretação da perda do cargo eletivo por abandono da legenda.

Registre-se, por fim, que tramitam no Congresso Nacional diversas propostas de emenda à Constituição tratando da fidelidade partidária, dentre as quais se mencione a PEC nº 4, de 2007, cujo primeiro signatário é o ex-deputado Flávio Dino (PCdoB/MA), que pretende acrescentar inciso VII ao art. 55, incluindo a infidelidade partidária como causa de perda de mandato por infidelidade partidária, dando, portanto, tratamento adequado (em sede constitucional) à matéria.⁶

4.3. Consequências da perda do mandato em face da infidelidade partidária

São diversas as consequências que se vislumbaram a partir da mudança de paradigmas decorrente das decisões do Superior Tribunal Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal que culminaram com a perda do mandato por infidelidade partidária. Tais consequências têm se verificado em diversos setores e magnitudes, com repercussões sobre a Justiça Eleitoral, o sistema político, os partidos políticos, os representantes e até mesmo os eleitores.

A primeira consequência – por óbvio – tem sido a brutal frenagem nas intensas trocas de partidos, que, como salientado, marcaram a política brasileira desde a redemocratização do país, tendo sido muitas das vezes motivadas por interesses pessoais, em detrimento da soberania popular e da representatividade do sistema político.

⁶ A PEC nº 4, de 2007, foi arquivada no final da legislatura passada, tendo sido desarquivada na atual, por decisão do então Presidente da Câmara dos Deputados, deputado Marco Maia (PT/RS), a requerimento do deputado Silvano Torres (PSDB/SP).

Com a frenagem das frequentes trocas de legenda, vislumbra-se a segunda consequência: a reaproximação entre o sistema partidário e o sistema eleitoral, o que tem implicado uma maior representatividade no sistema político brasileiro. Com efeito, a permanência dos mandatários nos partidos tem evitado o distanciamento entre as bancadas do início e do final das legislaturas, possibilitando o acompanhamento, pelos eleitores, dos representantes que elegeram e, assim, o julgamento de suas atuações.

A terceira consequência que se vislumbra é o reforço à identidade partidária, percebida especialmente nas últimas eleições, visto que a permanência do eleito no partido identifica o candidato com o programa e os objetivos partidários, o que acaba influenciando a escolha do eleitor no momento da votação.

A quarta consequência que se vislumbra é a sedimentação de uma postura de ativismo judicial no Tribunal Superior Eleitoral e no Supremo Tribunal Federal, ao positivar os contornos concretos do instituto da fidelidade partidária, haja vista que disciplinaram uma matéria de grande apelo entre a população brasileira, diante da omissão do Legislativo.

5. O caso da fidelidade partidária como manifestação do ativismo judicial no Brasil

Observa-se que, no caso da fidelidade partidária, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal constitui evidente manifestação de ativismo judicial, visto que agiram como verdadeiros “legisladores positivos”, tanto no plano constitucional quanto no plano ordinário, criando uma hipertrofia e invadindo espaço reservado ao Legislativo, em afronta ao sistema de *checks and balances*, previsto no art. 2º da Constituição.

Com efeito, não existe – e continua até hoje não existindo – no ordenamento jurídico brasileiro norma constitucional, tampouco ordinária, que preveja a perda do mandato do parlamentar diante da hipótese de troca de partido ou de cancelamento da filiação partidária. Entretanto, mesmo diante da omissão do Legislativo, não pode o Judiciário se colocar como indesejável instância hegemônica. No exercício de suas atribuições constitucionais, cabe-lhe interpretar e aplicar o direito em situações de litígio entre partes, sem, contudo, pretender se investir no papel de legislador.

Ademais, ao editar a Resolução TSE nº 26.610, de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral disciplinou matéria de processo civil eleitoral, instituindo ritos pelos quais os mandatos podem ser cassados, atribuindo competências à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, fixando prazos, estipulando legitimados ativos e estabelecendo hipóteses de justa causa, numa nítida usurpação de poderes que são constitucionalmente reservados ao Legislativo.

Se não bastasse o questionamento sobre a invasão de competência decorrente do ativismo do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, vários outros dispositivos da Resolução TSE nº 22.610, de 2007, são reputados inconstitucionais em face do conteúdo igualmente lesivo à ordem jurídica.

Nesse contexto, observa Tavares (2007, p. 9), “percebe-se que algumas decisões da Justiça Constitucional geram insatisfação no espaço político-partidário, na mídia e no Governo, chegando, por vezes, a deflagrar uma situação mais séria de crise institucional”.

Portanto, é possível verificar um perfil de ativismo a do Tribunal Superior Eleitoral e a do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecerem os contornos concretos do instituto da fidelidade partidária, visto que disciplinaram uma matéria de grande apelo entre a população brasileira, diante da inércia do Poder Legislativo, em uma profunda Reforma Política e Eleitoral.⁷

Por isso mesmo é que, entre nós, em se tratando de fidelidade partidária, urge que o Congresso Nacional abandone o estado de inércia e regulamente a matéria, tanto no plano constitucional, quanto no plano ordinário, o que acarretará, sem dúvida, importantes consequências para os partidos políticos e para os eleitores.

⁷ Recorde-se que há mais de duas décadas se discute a Reforma Política e Eleitoral em comissões especiais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, por meio de propostas que visam a dar maior representatividade e maior governabilidade ao sistema político, mas até agora sem resultados concretos. Temas como sistema eleitoral misto, voto facultativo, fidelidade partidária e financiamento público de campanhas têm sido objeto de discussão entre os congressistas brasileiros.

Dessa maneira, de um lado, terão os partidos políticos melhores condições para impor seus programas e ideias, cobrar a sua observância pelos filiados, eleitos e não eleitos, e buscar maior coesão interna. De outro lado, terão os eleitores maior participação na vida política do país, em face do reconhecimento da idoneidade dos partidos políticos e dos candidatos eleitos, identificados por programas e causas comuns que vincularão os representantes do povo durante seus mandatos, sem injustificadas mudanças de legendas, que acabam por enfraquecer a representação e o próprio regime democrático.

Conclusão

Como se viu ao longo deste artigo, o instituto da fidelidade partidária – os deveres que se impõem aos filiados, eleitos e não eleitos, de observar o programa, as diretrizes e os objetivos partidários constantes dos respectivos estatutos – sofreu radical mudança no Brasil com as decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal que estabeleceram a perda do mandato como sanção para os representantes que, sem causa justificada, mudarem de legenda.

Esse entendimento veio a transformar profundamente o cenário político-eleitoral brasileiro, tendo em vista que a Constituição, além de não determinar a perda do mandato por infidelidade partidária, proíbe expressamente essa punição, quando veda, no art. 15, a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão só ocorrerá nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, e improbidade administrativa, a teor do art. 37, § 4º.

Não são poucos os juristas e doutrinadores que admitem a inconstitucionalidade desse entendimento, visto que o Tribunal Superior Eleitoral, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, teria usurpado a função de legislar, própria do Poder Legislativo, não apenas por criar hipótese de perda de mandato, própria da Constituição, como também por instituir ritos e prazos processuais e hipóteses de justa causa por simples resolução, atuando como verdadeiro legislador positivo.

Essa atuação do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, como salientado, ingressou na seara do ativismo judicial, na qual as questões políticas passam a ter no Judiciário a sua instância decisória final. Ganha espaço uma postura mais ativa do magistrado na interpretação da Constituição – ele deixa de ser neutro e passa a ser, de certo modo, um ator político.

É certo que a vontade de moralizar foi excepcional, porém, é tarefa do Legislativo fazer a Reforma Política, inclusive dispor sobre fidelidade partidária; do contrário, o que poderia ser positivo poderá transformar os poderes em disfunções constitucionais graves.

Essas indagações mostram que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal têm provocado confusões e perplexidades de toda ordem, gerando nessa seara uma situação de insegurança jurídica, que até hoje perdura.

O Judiciário não pode se colocar como um suprapoder e nem pretender ser a antítese de qualquer outro. Incumbe-lhe interpretar e aplicar a Constituição e a lei, mas sem querer se atribuir a função de legislar.

Cabe ao Legislativo disciplinar entre nós o instituto da fidelidade partidária constitucional e ordinariamente, compatibilizando os princípios do mandato representativo e da liberdade de expressão do mandatário.

Referências

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ANSOLABEHERE, Karina. *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. México: FLACSO, 2007.
- ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: F. Konrad Adenauer, 2007.
- ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: a perda do mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/1992 a 70/2012 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 26.602/DF, de 4 outubro de 2007. Relator: Ministro Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 out. 2008a. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS\(26602%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS(26602%20.NUME.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 ago. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.603/DF, de 4 de outubro de 2007. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 dez. 2008b. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS\(26603%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS(26603%20.NUME.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 ago. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.604/DF, de 4 de outubro de 2007. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 out. 2008c. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS\(26604%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS(26604%20.NUME.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 ago. 2012.

CANIVET, Guy. Activisme judiciaire et prudence interpretative: introduction générale. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 50, p. 7-32, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 127-139, nov. 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Tratado de direito eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

_____. *Fidelidade partidária e perda do mandato no Brasil*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002.

CLÊVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade partidária: estudo de caso*. Curitiba: Juruá, 1998.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 2.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University, 2006.

FARHART, Said. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Petrópolis, 1996.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Vitor Emanuel Marchetti. *Poder judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais*. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 722-727, 2006.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com juizes. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, jun. 2003.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, California, p. 1643-1675, 2004.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo judicial. *BDJur*, Brasília, 5 maio 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/16980>>. Acesso em: 30 set. 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de direito político*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.
- POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- SADEK, Maria Teresa. Poder Judiciário: seu panteão. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 131-137, jan./mar. 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SUNSTEIN, Cass Robert. Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America. *New York: Basic Books*, 2005.
- TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.
- TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 9-28, abr./jun. 2007.
- TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil*. Brasília: Plano, 2001.
- VILE, John R. The case against implicit limits on the constitutional amending process. In: LEVINSON, Sanford. (Org.). *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University, 1995.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Infidelidade partidária e colégio eleitoral*. São Paulo: Malheiros, 1986.
- YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 52-69, 2007.