



Verba Legis

Revista Jurídica de Direito Eleitoral - Tribunal Regional Eleitoral de Goiás

Maio 2008 / Maio 2009 - Nº IV

Verba *Legis*



Revista Jurídica de Direito Eleitoral
Tribunal Regional Eleitoral de Goiás

4. PODER NORMATIVO DO TSE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE : A QUESTÃO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Christine Ferreira Resplande¹⁷

INTRODUÇÃO

Ganhou relevo nos meios jurídicos, no último ano, a discussão a respeito da possibilidade de perda de mandato político dos mandatários que, após eleitos, trocassem de partido, configurando-se ato de infidelidade partidária.

Após o Tribunal Superior Eleitoral responder afirmativamente à consulta sobre a perda de cargo daqueles que trocaram de partido e a Suprema Corte ter confirmado essa nova orientação, foi aprovada pelo Plenário da Corte Superior Eleitoral a Resolução 22.610/2007, que dispõe, entre outras discussões, sobre a perda de cargo por infidelidade partidária.

Esta Resolução gerou polêmicas no cenário político brasileiro, da esfera Municipal à Federal, tanto por tratar-se de exaltado tema, como também diante do grande número de decisões opostas emanadas dos Tribunais Regionais Eleitorais, como a exemplo do TRE baiano, cuja jurisprudência neste tema contraria a decisão da Corte Superior Eleitoral.

Questiona-se, sobretudo, a constitucionalidade da mencionada Resolução, na medida em que o Tribunal Superior Eleitoral cria nova condição para a perda de mandato político, posto que não há norma constitucional, tampouco ordinária, que estabeleça a perda do mandato do parlamentar diante da situação de troca de partido ou cancelamento da filiação partidária, a chamada 'infidelidade partidária'.

¹⁷ Bacharel em Ciências Sociais e Direito, servidora do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás e aluna pós-graduada *Lato sensu* em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás.

A Legislação infraconstitucional apenas versa sobre a perda da função ou cargo e não do mandato, e a própria Constituição taxativamente, diz quando haverá a perda do mandato, em seu artigo art. 55.

O Tribunal Superior Eleitoral teria, portanto, atuado como "legislador positivo" constitucional, adiantando a Reforma Política e invadindo espaço do Poder Legislativo, violando a harmonia do sistema do check and balance previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

Este trabalho pretende abordar a atuação normativa do Tribunal Superior Eleitoral; os limites de seu poder normativo e o controle concentrado de constitucionalidade, por meio das discussões sobre a constitucionalidade da Resolução 22.610/2007.

1- NOTÍCIA HISTÓRICA DA JUSTIÇA ELEITORAL

A história da Justiça Eleitoral está intimamente relacionada à evolução política e administrativa do Brasil, acompanhando o desenvolvimento político e institucional do país e refletindo os períodos pelos quais passou desde o período colonial até a República, sofrendo profundas alterações no Estado Novo e no regime militar.

A primeira lei eleitoral brasileira foi publicada em 19 de junho de 1822 e regulamentava a escolha de uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, a qual, eleita após a Proclamação da Independência, elaborou a Constituição do Império, outorgada em 1824.

Vários regulamentos complementares foram editados, mas de forma esparsa, como o Decreto 2.675, de 20 de outubro de 1875, que instituiu o título de eleitor e o Decreto n. 3.029, de 9 de janeiro de 1881 (Lei Saraiva), que previa o voto secreto e eleições diretas.

O primeiro Código Eleitoral brasileiro surgiu em 1932 – Decreto nº 21.076 – e com ele a Justiça Eleitoral, que passou a ser responsável por todos os trabalhos eleitorais – alistamento, organização da votação, apuração dos votos e proclamação dos eleitos, além de regular as eleições federais, estaduais e municipais.

No Estado Novo, com a promulgação da Constituição de 1937, a Justiça Eleitoral foi extinta, as Casas Legislativas dissolvidas e as eleições canceladas em todo o país. A Constituição atribuiu à União, privativamente, o poder de legislar

sobre matéria eleitoral da União, dos estados e dos municípios. A Justiça Eleitoral somente foi restabelecida em 1945, com o Decreto-Lei n. 7.586, de 28 de maio, que regulamentou as eleições. Os Tribunais Regionais Eleitorais só foram reinstalados pela Constituição de 1946.

Na Constituição de 1988 a Justiça Eleitoral foi novamente consagrada, em razão da matéria eleitoral surgida com o Código de 1932 e sua finalidade é “proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandatos políticos e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do poder político” (MORAES, 2006, p.1634).

Atualmente, as normas concernentes ao funcionamento do sistema eleitoral brasileiro encontram-se previstas, em síntese, na Constituição Federal de 1988, na Lei n. 4.737/1965 (Código Eleitoral); Lei n. 9.504/1997 (normas para as eleições); Lei Complementar n. 64/1990 (inelegibilidades) e Lei n. 9.096/1995 (partidos políticos).

2. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A par do voto secreto e do voto feminino, o Código de 1932 inovou ao adotar o Sistema Judiciário, drenando toda a matéria eleitoral para uma justiça especial, exatamente a Justiça Eleitoral, que se inseriu em nosso Poder Judiciário. Constitucionalizada em 1934, abriu-nos novos e amplos horizontes. Mantida na Constituição de 1967, acha-se aclamada na Constituição vigente como órgão do Poder Judiciário.

Em sua cúpula está o Tribunal Superior Eleitoral, órgão máximo da Justiça Eleitoral, a ele se sucedendo os Tribunais Regionais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais, que tem sua composição, investidura e competências fixadas pela Constituição Federal – Arts. 118 a 121 – e pelo Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15.7.65).

Os órgãos colegiados compreendem integrantes da magistratura, advogados, e juristas, os quais compõem, respectivamente, o Tribunal Superior e os Tribunais Regionais e Eleitorais. A estrutura, pois, busca situar, num mesmo plano, pessoas com formação intelectual diferenciada.

Todos os setores judiciários, é sabido, exercem competência jurisdicional. À Justiça Eleitoral, cabem ainda outras atribuições. Não se conferem a

esta Justiça apenas atos que integram o contencioso eleitoral. Sua competência estende-se a todo o processo eleitoral. Compete-lhe, por exemplo, emitir atos normativos com força regulamentar, nos termos do Código Eleitoral; responder consultas sobre matéria eleitoral, sob condições previstas na Lei Eleitoral, além da administração, organização e condução dos pleitos eleitorais, inclusive com medidas preventivas, no sentido de impedir que a vontade popular seja distorcida.

3. PODER NORMATIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

A Justiça Eleitoral, como as demais, detém a função – no sentido finalístico do termo – administrativa, ao exercer atividade fundamental de preparar, organizar e administrar todo o processo eleitoral e função jurisdicional, pela solução dos conflitos a ela submetidos, agindo como Estado-Juiz, fazendo atuar o Direito, em busca da pacificação do meio social (GOMES, 2008, p.52).

No entanto, foram-lhe atribuídas pelo legislador outras duas funções, a normativa e a consultiva, o que, sob vários aspectos, a diferencia das 'outras Justicas'.

3.1 Função consultiva

O Poder Judiciário, via de regra, somente pode pronunciar-se a respeito de questões a ele apresentadas pelas partes, em situações concretas e não pela via da consulta, em abstrato. A função consultiva é peculiar, portanto, à Justiça Eleitoral e justifica-se ante o dinamismo do Direito Eleitoral, com vistas a prevenir ou evitar situações que poderiam afetar a regularidade e a legitimidade dos pleitos, o que causaria danos ao processo democrático.

Sobre esta função dispõe o Código Eleitoral, artigo 23, inciso. XII.

Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior

XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;

A este respeito ensina Fávila Ribeiro (1998, p.167), ao expor

que as consultas devem ser sobre matéria eleitoral, como por exemplo, a elegibilidade de candidato, nulidade de votos, a legalidade dos atos eleitorais ou mesmo fatos anteriores que possam ter maculado a eleição. A matéria eleitoral, posta sob consulta, é aquela que serve apenas para esclarecer aspectos antecedentes e que envolvam o pleito. A matéria aqui tratada – perda de cargo por infidelidade partidária – a ser esmiuçada adiante, conforme se vê - não é eleitoral.

A resposta a consultas, endereçadas, conforme prevê o inc. XII do art. 23, acima transcrito, tem caráter instrutivo, educativo, sem poder normativo. As consultas apenas podem ser formuladas em tese, sem envolver litígio, não comportando caso concreto, não criando coisa julgada. O alcance da resposta restringe-se ao conteúdo da indagação.

Importante observar que a resposta dada à consulta não tem qualquer poder vinculante, ou seja, a resposta oferecida hoje a uma consulta pode ser totalmente reformulada em outra, com direcionamento diferente. O caráter vinculante está ausente, ainda que a resposta possa servir de suporte para as razões do julgador (Acórdão 23.404/04), porque em tese não se cria vínculo. Este entendimento é pacificado na jurisprudência da Corte Eleitoral.

3.2 Função normativa

Quanto à função normativa, a Constituição da República não atribui à Justiça Eleitoral tal função, constando, no entanto, do art. 1º, § único, e do artigo 23, IX, ambos do Código Eleitoral.

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

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução.

Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior.

IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código.

As Resoluções expedidas pelo TSE têm, em seu conteúdo, força

de lei. Ocorre que, conforme leciona José Jairo Gomes, ter força de lei não é o mesmo que ser lei. Ensina o doutrinador (2008, p.54):

O ter força, aí, significa gozar do mesmo prestígio, deter a mesma eficácia geral e abstrata atribuída às leis. Mas estas são hierarquicamente superiores às resoluções pretorianas. Impera no sistema pátrio o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), pelo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Sobre a função normativa trago pequeno trecho extraído do voto do Ministro Eros Grau, quando decidiu o Mandado de Segurança 26.937-5/DF “(...) 14. A hipótese de perda de mandato criada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da última semana reclama o pronto preenchimento de vácuo legislativo, visto que não há lei dispondo sobre a ampla defesa quando se verifique essa perda. A decisão remete ao exercício, pelo TSE, de função normativa, mediante a edição de resolução que discipline o procedimento a ser adotado”.

Sabe-se que, no Brasil, a competência das justiças especializadas (eleitoral, trabalhista e militar), se determina *ratione materiae*. “Matéria eleitoral”, portanto, é o campo dentro do qual se move a Justiça Eleitoral. Mas a Constituição Federal não definiu, com contornos precisos, o que seja matéria eleitoral, remetendo à lei complementar essa tarefa. (CF, art. 121, *caput*).

Embora não seja uma lei complementar propriamente dita, o Código Eleitoral foi recepcionado, em parte, com caráter de lei complementar (Ac.-TSE nº 12.641/96 e Res.-TSE nºs 14.150/94 e 18.504/92) e a competência de tribunais e juntas eleitorais está nele contemplada em seu artigo 22 e incisos.

No caso específico da Resolução 22.610/07, o TSE excede a competência estabelecida no Código Eleitoral ao conferir-se poderes para disciplinar a perda de mandato por infidelidade partidária, posto que o Código, mesmo enquanto lei complementar na substância, não o permite.

Sobre o tema, abrangendo questões de competência, há vários julgados nas Cortes Superiores, como o aqui apresentado: “não é da competência da Justiça Eleitoral julgar ação declaratória de perda de mandato por infidelidade partidária (STJ, CC n. 3.024-SC, Rel. Min. Peçanha MARTINS, DJU, de 24.05.93)”, visto que a “perda de mandato é tema pertinente ao Direito Constitucional, federal ou estadual,

estranho à competência da Justiça Eleitoral” (TSE, Resolução n. 14.139-Consulta, Rel. Min. Carlos Mário VELLOSO, DJU, de 23.05.94).

Convém lembrar que os casos de perda de mandato, até então, eram julgados na Justiça Comum e não na Justiça Eleitoral. Os Partidos ajuizavam os Mandados de Segurança no STF e não no TSE. Sustenta Cerqueira (2008, p.114) que qualquer medida no TSE seria inconstitucional, por flagrante violação do art.55 da CF/88. O STF então, redirecionando seu posicionamento, indica a perda de mandato, mesmo fora do art. 55 da CF/88.

A Resolução 22.610/07 extrapola sua competência, ao criar direito material eleitoral e processual eleitoral. O Tribunal Superior Eleitoral legisla então em matéria eleitoral, usurpando atribuições do Congresso Nacional e do Presidente da República. Atenta contra cláusula pétrea, a da separação dos Poderes; cria competência própria, sem lei complementar e impõe deveres ao Ministério Público.

4. A RESOLUÇÃO 22.610/07 E OS LIMITES AO PODER NORMATIVO DO TSE

O Tribunal Superior Eleitoral, ao responder positivamente à consulta nº 1.398/07, formulada pelo extinto Partido da Frente Liberal – PFL (atual Democratas – DEM), fixou, por maioria, (Res. 22.526 - DJ 09/05/2007, o entendimento segundo o qual “os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda” (GOMES, 2008, p. 76).

Os argumentos sustentados nesta resposta à consulta, sistematizam os arts. 14, § 3º, V, e 17, § 1º da Constituição da República, ou seja, relembram que a “filiação partidária é uma condição de elegibilidade partidária, além de regras de disciplina” (RAMAYANA, 2008, p.316).

Segundo Ramayana (2008, p. 317), os Ministros da Corte Eleitoral utilizaram interpretação sistêmica dos arts. 108, 175 § 4º e 176 do Código Eleitoral, que tratam da preservação dos votos na legenda, quando a Justiça Eleitoral, ao decretar a nulidade do diploma de um determinado candidato eleito, os votos são contados para o partido e servem para a convocação dos suplentes.

Em sua decisão, o Ministro Marco Aurélio enfatizou o relevante aspecto do art. 37 da Constituição da República, que disciplina os princípios da

moralidade, eficiência, publicidade, legalidade e impessoalidade como atributos de ingresso aos cargos e funções públicas (RAMAYANA, 2008, p.317).

Esta decisão do TSE culminou nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, impetrados pelos partidos Popular Socialista – PPS, da Social Democracia Brasileira – PSDB e Democratas – DEM, contra os atos do Presidente da Câmara de Deputados que indeferiram os requerimentos de declaração de vacância dos cargos de deputados que abandonaram suas fileiras.

Dia 04.10.2007 o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito do Mandado 26.603, proferiu julgamento histórico sobre a fidelidade partidária. “O STF firmou seu entendimento pela competência da Justiça Eleitoral e pela possibilidade de fixação da perda de mandato por infidelidade partidária, mesmo sem previsão no art. 55 da CF/88, o que ensejou a edição da Resolução 22.610/07, do TSE “(CERQUEIRA, 2008, p.177).

Nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal foram salientados os arts. 14, § 2, inciso V, 55 e 56 da Constituição Federal e os arts. 106 a 108 do Código Eleitoral, dentre outros, inclusive o “aspecto da natureza jurídica do mandato eletivo, que evoluiu do imperativo para o representativo e, hodiernamente, para o tipo partidário-representativo” (RAMAYANA, 2008, p. 318).

O Procurador Geral da República, Antônio Fernando de Souza, em parecer no mencionado Mandado de Segurança 26.603, opinou pelo não conhecimento da ação ou pelo indeferimento, apontando, entre outros argumentos, que a Constituição Federal indica que a Câmara dos Deputados é composta de Representantes do povo, e não de representantes dos partidos. Aduz:

[...] 30. A Constituição Brasileira afirmou de maneira incisiva o princípio da soberania popular. Dispõe o seu art. 1º, § único: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

32. O artigo 14 da Constituição, por sua vez, proclama os meios de exercício da soberania popular; o sufrágio universal, o voto direto e secreto, com valor igual para todos, além do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, estes nos termos da lei.

33. Já os partidos políticos tem reconhecimento expreso

no artigo 17 da CF, como expressão da liberdade associativa... a importância dos Partidos no processo democrático-representativo é denotada pelo inciso V, § 3º do artigo 14 que impõe a fidelidade partidária como condição de elegibilidade. Não há candidato independente.

34. Assegura-se ao partido autonomia para definir sua estrutura interna, organização, funcionamento, critério de escolha e regime das coligações, sem obrigatoriedade de vinculação entre candidaturas[...]

Para o Procurador, os partidos têm grande importância para a democracia, desempenham o papel de transmitir os anseios do povo e o poder constituído. Apesar dos problemas porque passa o sistema de representação partidária, com deslocamento das reivindicações para o campo individual, como consequência a baixa representatividade junto ao corpo eleitoral e das várias iniciativas e projetos para se reverter esse quadro, não se pode violar a Constituição para se atender ao propósito moralizante, por mais louvável que seja a intenção.

Segundo o Procurador, “A Constituição da República adota a teoria do mandato representativo, diferentemente da teoria do mandato vinculado e partidário”. Ele, ainda em seu parecer, afirma:

‘Há quem entenda que o Tribunal Superior Eleitoral e a fortiori o Supremo Tribunal Federal poderiam, por meio de uma interpretação sistemática evolutiva, identificar no silêncio do constituinte de 1988 espaços principiológicos suficientes para resgatar regras sancionatórias’ (MS 26.603, 2007).

O julgamento do Supremo Tribunal Federal representou novo direcionamento da Corte Suprema, que até então acolhia outra tese, conforme se vê no julgamento do Mandado de Segurança n. 20.916, relatado pelo Ministro Moreira Alves (DJ 15/04/1994, p. 8.061), que, ao votar, evidenciou que na atual Constituição “não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que tem permitido a mudança de Partido por parte de Deputados sem qualquer sanção jurídica, e, portanto, sem perda de mandato”.

E continua o eminente Ministro:

“Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de

mandato para Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças ao voto de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (Artigos 5º, LXX, 'a'; 58, § 1º, 58, § 4º, 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento”.

Essa interpretação, portanto, não mais subsiste.

Muitos questionamentos têm surgido no âmbito do Direito Eleitoral desde então. Discute-se quais os limites à função normativa da Justiça Eleitoral e pergunta-se até mesmo sobre o papel do Supremo Tribunal.

Certo é que a sociedade não mais suporta o desrespeito a que é submetida constantemente por candidatos, partidos políticos e representantes eleitos, que trocam de partido muitas vezes ao sabor de interesses pessoais. O ministro Gilmar Mendes, inclusive, chamou atenção para a imperiosa necessidade de mudança na jurisprudência sobre a fidelidade partidária. Para ele, a troca de partido representa uma evidente violação à vontade do eleitor e “um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos!”. (CERQUEIRA, 2008, p.152).

Na busca de imprimir um caráter disciplinador, estável e moralizante ao processo eleitoral, não pode o Judiciário, no entanto, arvorar-se em 'legislar', ultrapassando as funções mencionadas. Questiona-se, hodiernamente, se a omissão do legislador pode ser, como o foi, remediada por uma reconstrução interpretativa dos enunciados postos na Constituição, vez que ao intérprete não cabe preencher lacunas deixadas pelo constituinte.

É o que pensa o Ministro Marco Aurélio Melo, voto vencido no julgamento da ADI 4086/08, ao afirmar:

“É porque não posso assentar que houve realmente a normatização no campo do processo e do direito eleitoral substancial e, desconhecendo a competência do Congresso Nacional, vir, na fase subsequente de

julgamento do tema de fundo, do pedido, concluir pela constitucionalidade da atuação do Tribunal Superior Eleitoral”.

5. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA QUESTÃO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA: ANÁLISE CRÍTICA

A Procuradoria Geral da República arguiu, em 05/06/2008, a inconstitucionalidade da Resolução 22.610/07, por meio da Ação de Declaração de Inconstitucionalidade - ADI 4086/08, julgada em novembro do mesmo ano.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que, conforme Bernardes, (2004, p.87.) “objetiva a emissão de juízo negativo da constitucionalidade abstrata de atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal (art. 102, I, a, da CF), foi proposta, neste particular, com fundamento na inconstitucionalidade da referida Resolução por ofensa aos arts. 2º; 5º, II; 22, I; 48; 60, § 4º, III; 84, IV; 121; 128, § 5º e 129, IX, da Constituição Federal.

Vale lembrar que no repertório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria eleitoral, que representam o efeito desse controle e tocam no tema deste ensaio, encontram-se vários exemplos: ADI 3592-4/DF, cujo julgamento restou improcedente, firmando, o STF, o entendimento que as sanções de cassação do registro ou do diploma previstas no art. 41-A da Lei 9.504/97 não constituiriam novas hipóteses de inelegibilidade; ADI 3741-2/DF, julgada procedente, em parte, para declarar inconstitucional o artigo 35-A, da Lei nº 11.300/06 sobre a divulgação de pesquisas eleitorais e ADI 3685/DF, que julgada procedente, impediu que nova regra sobre coligações partidárias, introduzida na Constituição Federal pela Emenda Constitucional 52, de 08.03.06, fosse aplicada às eleições de 2006.

Em análise detalhada da Resolução 22.610/07, observa-se que a contrariedade ao art. 2º da Constituição Federal resulta da ofensa ao princípio da divisão das funções estatais, provindo de Montesquieu, com a doutrina tripartite, lembrando ainda Bodin e Locke. Essa divisão adotada pelas Constituições brasileiras e, mais precisamente a atual, visou “evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem” (MORAIS, 2006, p.137).

Houve, no caso, invasão ou ingerência indevida nas atribuições do Legislativo, à medida que o Judiciário, pelo TSE, legislou sobre assunto ou matéria do Congresso Nacional. A ingerência de uma função em outra quebra o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes, comprometendo o regime federativo e o Estado de Direito. E

a separação dos poderes é clausula pétrea, estabelecida no Art. 60, § 4º, inc. III.

Neste ponto, volto a citar o Min. Marco Aurélio, no voto anteriormente citado:

“A premissa básica mostra-se única: as regras estabelecidas, afinadas, é claro, com o Diploma Maior, com a Carta da República, devem ser, até modificação que ocorra pelo poder competente, observadas. Minha profissão de fé quanto à Constituição Federal é única: obriga a todos, inclusive a mim, com assento no Supremo.”

E continua, mais adiante,

“Empolgou-se com ênfase a competência do Tribunal Superior Eleitoral tal como prevista na lei complementar que nos revela o Código Eleitoral, mas essa competência não se mostra especialíssima a ponto de poder o Tribunal Superior Eleitoral substituir-se ao Congresso Nacional.”

Nas funções típicas de cada Poder não pode haver invasão de competência. Mas há flexibilização – funções atípicas, ou seja, “o Legislativo também administra e julga (arts. 51, IV e 52, XIII); o Executivo julga e legisla (arts. 62 e 68, § 2º) e o Judiciário legisla e administra (art. 96, I a e f). isto equivale a dizer que as funções típicas são exclusivas. O que um faz outro não pode fazer.

A Constituição flexibilizou nas atípicas, por ser assunto interna corporis. O Legislativo administra seus assuntos internos e, politicamente, julga o Presidente, Vice e Ministros, sem invasão das atividades típicas do Executivo e do Judiciário. E o Executivo legisla - medidas provisórias e leis delegadas, sem invasão à competência do Legislativo e o Judiciário e administra – CF, art. 96, a e f - sem atropelar a competência do Legislativo e do Executivo. Afora isso, é invasão de um Poder em outro.

Quanto à ofensa ao art. 5º da Constituição da República, tem-se que a Resolução impôs obrigação sem lei no sentido formal, desrespeitando o princípio da legalidade de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse princípio “é uma das vigas mestras do ordenamento jurídico brasileiro... e somente o Legislativo pode criar comandos inovadores no cenário jurídico pátrio, sendo o único órgão apto a estatuir prescrições inéditas na ordem estatal” (BULOS, 2000, p. 85).

Na violação ao art. 22, I, tem-se:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

É da competência privativa da União legislar sobre Direito Eleitoral, e embora o TSE seja um de seus órgãos de cúpula, não é sua essa atribuição. Daí a inconstitucionalidade, que se evidencia, ainda, pela regra do art. 48, da Constituição Federal, que dispõe caber ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, legislar sobre essa matéria. E fazendo-o, estará cometendo invasão de área privativa, o que constitui ingerência inconseqüente.

Na análise ao art. 128, § 5º da Carta Magna também constata-se flagrante violação da Resolução, posto que não há lei complementar da União conferindo ao Ministério Público Federal competência para requerer a cassação de mandato por infidelidade partidária. De conseguinte, o TSE adotou conduta conferindo competência e impondo dever ao Ministério Público, quando apenas por lei complementar isto seria possível.

Da mesma forma a ofensa ao art. 129, IX, da Constituição Federal, vez que o TSE autorizou o Ministério Público Eleitoral fazer o que seria atribuição dos partidos Políticos, dando-lhe a tarefa de substituto processual inconseqüente.

Em síntese, o TSE, uma Corte de composição temporária, sem vitaliciedade e permanência no cargo de Ministro, editou normas da exclusiva competência típica do Congresso Nacional.

CONCLUSÃO

O instituto da fidelidade partidária foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela legislação constitucional de 1969 - Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 - e regulamentado em 1971, pela Lei 5.682/71.

Entre as alterações trazidas pela referida Emenda, estão o critério para determinar o número de deputados por estado; o mandato de cinco anos para Presidente e a instituição da fidelidade partidária, que passou a ser punida com perda de mandato, conforme estabelecia o art. 152, § único.

Iniciado o processo de redemocratização do país, este instituto foi retirado por meio da Emenda Constitucional nº 25/85, que ao dar nova redação ao art. 152, excluiu a previsão legal da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária.

No processo de elaboração da Constituição de 1988, o debate sobre a fidelidade partidária voltou à cena jurídica e política, tendo sido recebido pela Carta Magna, mas de regulamentação sob responsabilidade dos próprios partidos.

A Constituição de 88, pela primeira vez no Brasil, delegou aos partidos a autonomia para regulamentar matéria interna corporis, como estrutura, organização e funcionamento, cabendo aos partidos estabelecerem suas normas de fidelidade e de disciplina partidária.

O princípio da fidelidade partidária ficava restrito, portanto, ao plano interno do partido, podendo o filiado contrariar suas orientações e, caso viesse a abandoná-lo, não perderia o mandato. Este entendimento prevaleceu por muito tempo, até a decisão do Supremo Tribunal Federal abordada neste artigo.

O STF emitiu a palavra final sobre a matéria, julgando improcedente a Ação em comento - ADI 4086/08 - e declarando a constitucionalidade da Resolução impugnada, decisão de sérias consequências no meio jurídico e político.

É sabido que a prática da infidelidade partidária enfraquece os partidos políticos e compromete a legitimidade da representação política do país, posto que os partidos asseguram a autenticidade do sistema representativo, funcionando como elementos intermediadores entre o eleitor e o eleito.

Embora relevante a preocupação em moralizar a prática política no Brasil, fazendo cessar as trocas partidárias, motivadas por interesses quase sempre condenáveis, não se pode atentar contra as regras do ordenamento jurídico para se atingir este fim. E o que todos devem esperar é que a supremacia da Constituição prevaleça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERNARDES, Juliano Taveira. Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2002/Coleção Saraiva de Legislação.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor. São Paulo: Saraiva, 2000.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Direito eleitoral brasileiro. 3ª Ed. ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil: temas complexos. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral. 6ª ed. rev. ampl. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. A evolução do sistema eleitoral brasileiro – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001 – Coleção biblioteca básica brasileira.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 2ª Ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LEGISLAÇÃO eleitoral no Brasil: do século XVI a nossos dias. Organizadores: Nelson Jobim, Walter Costa Porto. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Biblioteca, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva.