

Fidelidade partidária: análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹



Juliana Ribeiro Brandão

Mestre e Doutoranda em Direitos Humanos (Universidade de São Paulo). Advogada.



Karina Denari Gomes de Mattos

Mestranda em Direito Constitucional (Universidade de São Paulo).



Marcelo Doval Mendes

Mestrando em Direito Constitucional (Universidade de São Paulo). Especialista em Direito Público (Escola Paulista de Direito). Advogado.



Marco Aurélio Serau Junior

Mestre e Doutorando em Direitos Humanos (Universidade de São Paulo). Especialista em Direito Constitucional (Escola Superior de Direito Constitucional). Especialista em Direitos Humanos (Universidade de São Paulo). Professor de cursos de pós-graduação e autor de diversos artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior, além de diversas obras.

¹ O presente artigo é fruto de seminário apresentado pelos autores perante a Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, na disciplina “O Papel do Supremo Tribunal Federal na Efetividade dos Direitos Fundamentais – DES 5824-2”, regida pelo Prof. Alexandre de Moraes, com título homônimo, apresentado no dia 23/10/2012.

RESUMO: O presente trabalho procura trazer um panorama jurisprudencial e normativo referente ao tratamento da fidelidade partidária no Brasil que, mesmo objeto de decisões em mandados de segurança impetrados no Supremo Tribunal Federal e de consultas e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, ainda não constitui matéria pacífica na doutrina. A complexidade dos fundamentos jurídicos e a intrincada mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal acabaram por trazer contornos que ainda não estão nítidos no delineamento do tema no Direito Eleitoral brasileiro. A importância, portanto, insere-se na simplificação do funcionamento do sistema partidário e eleitoral brasileiro com vistas à concretização de uma democracia representativa eficaz e plural.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Constitucional. Direito Eleitoral. Partidos políticos. Fidelidade. Mandato. Perda.

SUMÁRIO: 1. Introdução ao tema. 2. Apontamentos iniciais sobre o papel da Justiça Eleitoral. 2.1. Direito Eleitoral e posição constitucional do Direito Partidário. 2.2. Fidelidade partidária. 3. Análise da posição do Tribunal Superior Eleitoral. 3.1. Consulta nº 1.398/DF. 3.2. Resolução TSE nº 22.610/2007. 4. Análise das posições minoritária e majoritária do Supremo Tribunal Federal no caso da fidelidade partidária. 4.1. MS nº 26.602-3/DF. 4.2. MS nº 26.603-1/DF. 5. A (in)constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007: ADI nº 3.999-7/DF. 5.1. Fundamentos da ADI nº 3.999-7/DF. 5.2. Posição majoritária do Supremo Tribunal Federal. 5.3. Posição minoritária do Supremo Tribunal Federal. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Introdução ao tema.

O tema da fidelidade partidária é um dos mais candentes no Direito Eleitoral brasileiro, pois muito impactante no próprio funcionamento da democracia representativa.

Atualmente a questão é regida pelo posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.999-7/DF.

Embora o julgamento e o tema não sejam propriamente recentes, ainda são dotados de alta relevância, pela repercussão na vida partidária-eleitoral e, sobretudo, no próprio parlamento.

Diante disso, a proposta deste breve trabalho é analisar os fundamentos daquela decisão do Excelso Pretório, assim como os principais argumentos das decisões judiciais daquela Corte e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que lhe precederam. Um dos principais pontos é o exame do alegado ati-

vismo judicial do Supremo Tribunal Federal nessa questão.

O intuito mais ousado é o de produzir argumentos que permitam melhorar a crítica ao funcionamento partidário no Brasil e, quiçá, a própria democracia representativa.

2. Apontamentos iniciais sobre o papel da Justiça Eleitoral.

A polêmica sobre o alegado ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, no caso da fidelidade partidária, deve considerar, inicialmente, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral como órgão superior da Justiça Eleitoral e suas funções específicas.

Ao contrário de outros países, onde o controle da regularidade dos pleitos eleitorais é delegado aos Poderes Legislativo ou Executivo (sistemas de “verificação dos poderes”), ou um misto de ambos, no Brasil o controle

da regularidade e legitimidade do processo eleitoral, em sua plenitude, está a cargo de um segmento especializado do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral.²

Diferentemente dos demais ramos judiciários, o Tribunal Superior Eleitoral possui, além das normais atribuições judicantes, papel *consultivo*, *executivo*, *administrativo* e também *normativo*,³ conforme previsão do artigo 23, incisos IX, XII e XVIII, do Código Eleitoral:

Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:
 (...)

IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;
 (...)

XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de Partido Político;
 (...)

XVIII – tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.

Este conjunto de funções, que na Justiça Eleitoral não é função *atípica*, mas sua exata função típica, conforme conhecida distinção do Direito Público, é um fator complicador da delicada análise relativa ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, também nesse tópico da *fidelidade partidária*.

Devemos tratar com acuidade a função normativa do Tribunal Superior Eleitoral. Destaca Suzana de Camargo Gomes que:

(...) é evidente que, em se tratando de normas regulamentares, não podem as instruções extrapolar o conteúdo da lei.⁴

O que se deve indagar, então, é a regularidade ou ilegalidade do exercício desse poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral. Isso será feito adiante, a partir das premissas postas no próximo tópico.

2.1. Direito Eleitoral e posição constitucional do Direito Partidário.

O Direito Eleitoral, embora autônomo, é prolongamento do Direito Constitucional, fundamentado nos princípios elementares da democracia política: igualdade, neutralidade e exercício da cidadania.⁵

Assim, o Direito Eleitoral serve à representação popular, para que seja a melhor possível e isenta de vícios, assegurando-a e procurando respeitá-la.⁶

O Direito Partidário se insere no Direito Eleitoral. São aspectos constitucionais privilegiados dos partidos políticos, conforme aponta a doutrina, sua *liberdade externa* e sua *liberdade interna*.⁷ A liberdade externa diz respeito à ausência de intromissão do Estado na constituição e funcionamento dos partidos; a liberdade interna diz respeito à sua economia interna: modo de funcionamento, critérios de escolha dos candidatos, etc. Essas últimas questões, por exemplo, sequer estão ao alcance da Justiça Eleitoral, ficando sob apreciação da Justiça Comum.

Postos estes argumentos, pode-se falar, embora não exista essa expressão na doutrina, de um “Direito Eleitoral mínimo” ou “Direito Partidário mínimo”: a intervenção normativa na esfera democrática deve ser a menor possível, limitando-se a preservar a lisura dos pleitos, “deixar o jogo fluir”, em linguagem coloquial.

2 GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 20-23.

3 GOMES, Suzana de Camargo. *A justiça eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 80-82.

4 GOMES, Suzana de Camargo. *A justiça eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.

222, p. 173-174. No mesmo sentido posiciona-se Antonio Roque Citadini. *Código eleitoral anotado comentado*. 4. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 58-59.

5 DEMICHEL, André; DEMICHEL, Francine. *Droit électoral*. Paris: Dalloz, 1973, p. 08, 11 e 20.

6 *Ibidem*, p. 13.

7 MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 144-146.

2.2. Fidelidade partidária.

Fidelidade partidária é instituto do Direito Eleitoral que pode ser definido como a obrigação dos representantes políticos de não deixarem o partido pelo qual foram eleitos, ou não se oporem às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos seus órgãos sob pena de perda do mandato.⁸

Essa questão revigora o debate entre *mandato partidário* (primazia do partido na representação democrática) e *mandato imperativo* ou *representativo*, onde o mandato é propriedade pessoal.⁹

A Constituição Federal de 1988 adota a concepção de primazia dos partidos políticos como atores privilegiados na democracia representativa brasileira. Inexiste, no Brasil, por exemplo, a candidatura avulsa.

A fidelidade partidária foi introduzida no Brasil com a Constituição de 1969, regulamentada pela Lei nº 5.682/71, perdendo eficácia com a Emenda Constitucional nº 25/85. A Constituição de 1988 não previu referido instituto (nem no art. 15, tampouco no art. 55), que foi remetido à esfera estatutária dos partidos políticos.

À medida que a suspensão, cassação ou perda dos direitos políticos é *numerus clausus*, a desfiliação ou descumprimento das diretrizes partidárias implica, como sanção, apenas perda de eventuais cargos ocupados em mesas diretoras, por se tratar de indicações partidárias.¹⁰ Isso é reforçado pela Lei

dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95).

Diante dessa omissão constitucional (ausência de previsão constitucional), o mandato acaba por vincular-se ao representante, dele não podendo ser suprimido por questões de *infidelidade partidária*.

Não se pretende chegar à longamente debatida tese de que *questões políticas* encontrem-se fora da esfera de apreciação judicial,¹¹ mas é fato que o tema da *fidelidade partidária*, que teve atenção privilegiada nos debates a respeito da reforma política, deve ser tratado politicamente, através de Emenda



Constitucional,¹² sendo inviável sua implementação pela via transversa do *ativismo judicial* ou do *excesso de normatização* da Justiça Eleitoral.

Nestes termos, embora ocorra verdadeira *contradição constitucional*, isto é, um mesmo texto constitucional a valorizar a representação partidária e deixar de punir a *infidelidade partidária*, não se pode ampliar indevidamente as hipóteses de sancionamento

8 MEZZAROBÀ, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 275.

9 *Ibidem*, p. 276.

10 *Ibidem*, p. 276.

11 LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 56-65.

12 MEZZAROBÀ, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 297-300.

da infidelidade partidária, senão pela via da alteração legislativa (constitucional).

É corrente a indicação que o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal atuaram na perspectiva do ativismo judicial, ampliando, por construção jurisprudencial, o sancionamento por infidelidade partidária.

Para que se conclua a respeito, analisaremos, doravante, a respectiva jurisprudência destas Cortes.

3. Análise da posição do Tribunal Superior Eleitoral.

3.1. Consulta nº 1.398/DF.

Trata-se de consulta realizada pelo PFL – Partido da Frente Liberal, atual DEM – Democratas, a fim de obter a posição do Tribunal Superior Eleitoral quanto à possibilidade de parlamentar eleito que se filia a outra agremiação partidária perder seu mandato, preservando o partido político referida vaga.

Os principais argumentos do partido consulente residem na necessidade de filiação partidária para participar de eleição, inexistindo a candidatura avulsa no Brasil; a existência e utilização do quociente eleitoral para eleição dos cargos proporcionais, assim como a previsão normativa do voto de legenda.

O insigne Relator, Ministro Cesar Rocha, adotou a tese do *mandato partidário*, com lastro em uma série de argumentos, de duas ordens: a primeira, de Direito Eleitoral; a segunda, ligada à Teoria Geral de Direito Constitucional.

Quanto aos argumentos de Direito Eleitoral, o Ministro Cesar Rocha aventou a necessidade de prévia filiação partidária, dada a inexistência da candidatura avulsa no Brasil, o que é reconhecido pela Constituição Federal e pelo Código Eleitoral. Nessa linha, ressaltou a estatura constitucional dos partidos políticos, sua primazia no processo democrático-eleitoral brasileiro. Repudiou,

portanto, que o parlamentar eleito se utilize do mandato como propriedade privada sua, o que é vedado pelo Direito Público, onde se insere o Direito Eleitoral.

Aduziu ainda a frequente utilização do quociente eleitoral e das sobras partidárias para obtenção de vagas no parlamento, exemplificando que, nas eleições federais de 2006, 36 deputados federais trocaram de partidos, sendo que, no cômputo geral, apenas 31 parlamentares (6%) se elegeram sem se utilizar do quociente. Além disso, ressaltou que toda a condução, não só ideológica, mas também estratégica, propagandística e financeira é encargo partidário.

Fez a única ressalva da justa causa (fusão ou incorporação a outro partido; variação ideológica inaceitável ou perseguição política interna) para desfiliação partidária, hipótese em que não ocorreria a sanção da perda de mandato parlamentar.

Os argumentos que não se restringem ao Direito Eleitoral residem na possibilidade, aceita pela Teoria do Direito Constitucional, da aplicação direta dos princípios constitucionais, acarretando a superação da orientação pretoriana anterior; e no princípio da moralidade (art. 37 da CF), pois o candidato não poderia se apropriar do mandato.

Em conclusão, o insigne Relator admitiu a possibilidade de perda do cargo por infidelidade partidária, tendo sido acompanhado pelos demais ministros, inclusive quanto aos argumentos expendidos.

Os demais ministros, embora tenham acompanhado o Relator no dispositivo e na maior parte dos argumentos, trouxeram também alguns fundamentos próprios, que atenuam o debate.

O Ministro Marco Aurélio suscitou a existência do voto de legenda e, sobretudo, as distorções desse sistema; indicou também que a desfiliação equivaleria à renúncia ao cargo pelo próprio parlamentar, em ambas as hipóteses ocorrendo a perda de mandato.

O voto do Ministro Cezar Peluso recorreu as máculas do patrimonialismo e personalismo na política brasileira. Na mesma linha, o Ministro Carlos Britto sugeriu que a desfiliação é fraude à soberania popular, prevista no artigo 14 da Constituição Federal.

O Ministro Caputo Bastos, em seu voto, trouxe um argumento lógico-formal: apontou a contradição entre a necessidade de filiação partidária prévia de ao menos um ano antes da eleição e nenhuma indicação de carência para a desfiliação do parlamentar eleito.

O único voto vencido no julgamento da consulta que tratamos é do Ministro Marcelo Ribeiro. Embora reconhecendo o “verdadeiro abuso” na troca de partidos verificado em nossa vivência partidária, ressaltou a inexistência de previsão constitucional sancionatória para essa situação, bem como a impossibilidade de construção jurisprudencial lógico-sistemática da perda de mandato nestas hipóteses.

Ademais, revigorou e valorizou a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, adiante tratada, que reconhecia a incompatibilidade constitucional da desfiliação partidária dos parlamentares eleitos, mas impedia a perda de mandato, por inexistência de previsão normativa. Assim, deu resposta negativa à consulta.

Uma primeira conclusão crítica segue no sentido de que, embora a posição estabelecida na Consulta nº 1.398/DF, bem como os argumentos ali ventilados, sejam todos dotados de extrema relevância, indicando problemas de direto prejuízo ao sistema de representação democrática, o estabelecimento de sanção à desfiliação partidária com a perda de mandato eletivo demandaria previsão constitucional expressa, a indicar indevido *ativismo judicial* ou, mais tecnicamente, *exercício irregular de poder normativo-consultivo* do Tribunal Superior Eleitoral.

3.2. Resolução TSE nº 22.610/2007.

A Resolução TSE nº 22.610/2007, fundamentada em decisões do Supremo Tribunal

Federal (a saber, Mandados de Segurança nºs 26.602-3/DF, 26.603-1/DF e 26.604-0/DF, tratados a seguir) disciplinou o processo de perda de cargo eletivo em virtude de desfiliação partidária destituída de justa causa.

Apesar de tratar apenas de questões procedimentais da perda do cargo, tendo a aparência de mera regulamentação procedimental, certo é que admitiu, em essência, a possibilidade de perda de mandato em virtude de *infidelidade partidária*.

A resolução inovou, ademais, ao entender a perda de mandato por desfiliação injusta não somente aos cargos proporcionais, mas também aos cargos eletivos majoritários (art. 13).

4. Análise das posições minoritária e majoritária do Supremo Tribunal Federal no caso da fidelidade partidária.

A partir da Consulta nº 1.398/DF, o Partido Popular Socialista – PPS, o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e o Democratas – DEM impetraram mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal contra decisão do Presidente da Câmara dos Deputados que indeferiu os requerimentos formulados pelas referidas agremiações, nos quais postulavam fosse declarada a vacância dos deputados federais que haviam mudado de filiação partidária.

Tais decisões se deram no MS nº 26.602-3/DF, Relator Ministro Eros Grau; MS nº 26.603-1/DF, Relator Ministro Celso de Mello; MS nº 26.604-0/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia e MS nº 26.890/DF, Relator Ministro Celso de Mello e foram determinantes no sentido de uma nova condução do tema, já que a percepção do Supremo no julgamento destas ações lançou a defesa do instituto da fidelidade partidária e, posteriormente, em razão deste entendimento, como visto, foi lançada a Resolução TSE nº 22.610/2007, que disciplinou o processo de perda de cargo

eletivo em virtude de desfiliação partidária destituída de justa causa.

Assim, tais decisões abriram uma nova perspectiva no tratamento do tema e, por isso, merecem cuidadosa análise.

Porém, preliminarmente, cumpre fazer uma ressalva metodológica quanto ao tópico aqui explorado.

Quando nos referimos às posições minoritária e majoritária há a dificuldade na identificação da divergência de métodos quanto à divisão. Explica-se. Enquanto parte da doutrina analisa a posição minoritária como sendo a posição exposta nos votos vencidos (e, contrariamente, a posição majoritária como a revelada dos votos vencedores); parte assume como posição minoritária aquela que sugere a abordagem não adotada pelo Tribunal (neste caso em concreto, a defesa da infidelidade partidária, contrariamente à posição vencedora referente à defesa da fidelidade partidária).

Tal confusão metodológica é de difícil acerto, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, diversamente do Tribunal Constitucional Alemão, não julga com lastro nos fundamentos da decisão, formando um precedente único. Ao contrário, o Excelso Pretório adota a pluralidade de fundamentos e, mesmo que no mérito haja uma concordância pela procedência ou improcedência da ação, resta difícil ao estudioso da jurisprudência identificar quais fundamentos constituem base do precedente e, assim, fixar o entendimento majoritário (ou minoritário) da Corte Suprema.

Dentre os precedentes citados, o MS nº 26.602-3/DF e MS nº 26.603-1/DF, julgados concomitantemente entre 03 e 04 de outubro de 2007, explicitam claramente a mudança de posição do Supremo Tribunal Federal quanto à análise do tema. Vejamos como tal confusão metodológica se dá nos julgados para ficar clara nossa abordagem.

4.1. MS nº 26.602-3/DF.

No MS nº 26.602-3/DF, impetrado pelo PPS – Partido Popular Socialista contra o Presidente da Câmara dos Deputados e litisconsortes, o Tribunal rejeitou por unanimidade as preliminares de ilegitimidade passiva, ativa e falta de interesse de agir. E, por maioria, rejeitou a preliminar de ausência de liquidez (vencido o Ministro Relator Eros Grau).

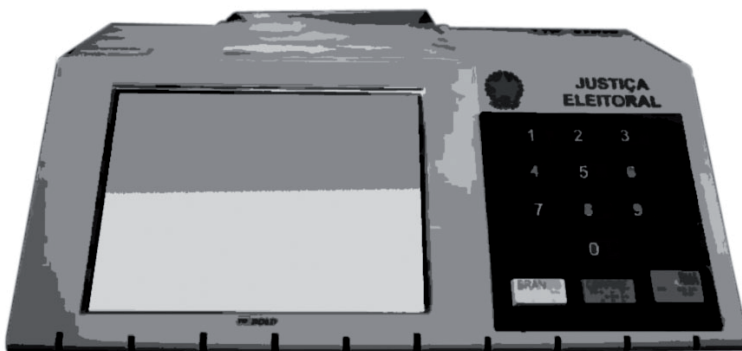
Quanto ao mérito, por maioria, conheceu do pedido e denegou a ordem, vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio.

Salientaremos, assim, os pontos principais nos votos de todos os ministros neste julgamento por conta da confusão metodológica de análise de fundamento, já que, mesmo vencidos apenas os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, não são estes os ministros que defendem a infidelidade partidária, como restará exposto, estando a posição em acordo com a infidelidade partidária transcrita nos votos dos Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

A fundamentação que prevaleceu para deferimento ou indeferimento do pedido está, assim, muito mais relacionada à falta de direito líquido e certo, à segurança jurídica e ao aspecto temporal da consulta que propriamente à defesa ou não do instituto da fidelidade partidária.

Vejamos.

Preliminarmente, o Ministro Relator Eros Grau rejeitou as alegações de ilegitimidade ativa, passiva e falta de interesse de agir, porém acolheu preliminar de ausência de liquidez, sob fundamento de que



a infidelidade partidária não caracterizaria quebra de decoro parlamentar. Afirmou que é hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista no texto constitucional, que não foi obedecido o rito estabelecido na Constituição de ampla defesa, que se segue uma operação de mutação constitucional.

Deu ênfase à posição de que não há previsão de fidelidade partidária no texto legal ou constitucional e, assim, o artigo 26 da Lei nº 9.096/95 afirma que ele perde o cargo, não o mandato. Dessa forma, o Ministro Relator Eros Grau denegou o mandado de segurança com fulcro na ausência de previsão constitucional sobre fidelidade partidária.

O Ministro Celso de Mello, já relator do MS nº 26.603-1/DF, acrescentou que a definição de um marco temporal se funda no princípio da segurança jurídica decorrente de uma revisão substancial de diretriz jurisprudencial e o critério de se usar a data da consulta é um “critério objetivo, fundado em bases impessoais”. Assim, indeferiu a ordem.

Tais argumentos foram seguidos pela Ministra Carmen Lúcia e pelo Ministro Menezes Direito.

Para o Ministro Menezes Direito, houve ainda a correta identificação dos mecanismos possíveis de interpretação constitucional, citando o precedente MS nº 20.927-5/DF, de 11/10/1989 (Relator Ministro Moreira Alves). Assumiu que o Tribunal Superior Eleitoral examine a questão e possa dar curso ao procedimento na forma que o órgão máximo da Justiça Eleitoral autorizar, indeferindo a ordem.

O Ministro Ricardo Lewandowski proferiu interessante voto, já que rejeitou a preliminar (acompanhando o Ministro Celso de Mello) e fez apurada análise da importância dos partidos políticos e do advento da democracia participativa no Brasil. Ressaltou, em seu voto, a importância da fidelidade partidária ao fortalecimento do sistema partidário brasileiro, mas estabeleceu uma ressalva:

A fidelidade partidária, porém, conquanto represente um passo importante para o fortalecimento do sistema partidário brasileiro, não constitui, ao contrário do que imaginam alguns, uma panaceia universal (MS nº 26.602-3/DF, p. 256).

Sobre a segurança jurídica da presente decisão, o ministro alegou:

Os parlamentares que trocaram de partido fizeram-no não apenas confiando no ordenamento legal vigente, como também na interpretação que a mais alta Corte de Justiça do País lhe conferia, bem assim no entendimento dos maiores expoentes da doutrina constitucional pátria. (MS nº 26.602-3/DF, p. 261)

Assim, ao confirmar que os parlamentares que trocaram de partido o fizeram mediante comunicação oficial à Justiça Eleitoral, nos termos da legislação aplicável, defendeu a proteção da confiança pela migração partidária lícita, sob pena de grave solapamento do crédito dos cidadãos nas instituições, com todas as consequências nefastas que isso pode acarretar para o convívio social.

Por fim, o Ministro Lewandowski denegou o mandado de segurança pela ausência de direito líquido e certo, com base nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, bem como em atenção ao devido processo legal, ao direito de ampla defesa e ao contraditório.

Outro ministro que nos brindou com a defesa da infidelidade partidária, e desta vez de forma veemente, foi o Ministro Joaquim Barbosa que, em seu voto, rejeitou a preliminar (acompanhando o Ministro Celso de Mello) e, no mérito, invocou a soberania popular e a representação política:

(...) terreno movediço em que trafegam ao mesmo tempo o Direito Constitucional e a Filosofia Política. (MS nº 26.602-3/DF, p. 289)

Cumpre-nos salientar os seguintes trechos do voto:

O argumento acolhido pelo TSE coloca o partido político como o elemento central, incontestável de toda nossa organização política. Faz dos partidos políticos a fonte derradeira de toda a legitimidade democrática em nosso país. Esse argumento faz, a meu ver, a mais absoluta abstração daquele que, em realidade, encarna a própria soberania – o povo. (...) A soberania do povo (...) constitui elemento chave de todas as democracias atualmente existentes. (...) Não vejo como admitir no Brasil, a existência desta PARTIDOCRACIA (...) (MS nº 26.602-3/DF. p. 283-284 e 287).

E, assim, denegou o mandado de segurança com base no direito constitucional positivo (o constituinte não coloca a infidelidade partidária como hipótese nos arts. 55 e 56), no princípio do devido processo legal e nos requisitos de liquidez e certeza indispensáveis ao seu deferimento e, caso atingisse maioria pela concessão, determinou que fosse concedido efeito ex nunc (não acompanhando o marco temporal da resolução do Tribunal Superior Eleitoral):

Assim, Senhora Presidente, por mais que eu comungue dos anseios generalizados em prol da moralização da vida político-partidária do país, não vejo como fazê-lo nos termos propostos na impetração, razão pela qual eu denego a segurança, pedindo vênias aos que votam pela concessão. (MS nº 26.602-3/DF, p. 292)

Os votos dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto foram anexos e vinculados ao outro mandado de segurança, que foi julgado concomitantemente e que será melhor explorado no próximo tópico.

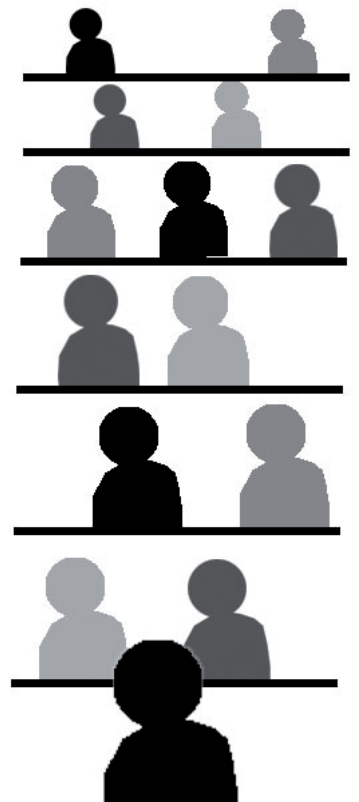
O Ministro Marco Aurélio rejeitou a preliminar (acompanhando o Ministro Celso de Mello) e admitiu a previsão legal da fide-

dade partidária com base no artigo 26 da Lei nº 9.096/95 – emprestando ao preceito um alcance consentâneo com a Carta da República

Também esclareceu que a ação mandamental pressupõe ato ilegal praticado pela autoridade, ainda que possuísse carga declaratória, e questionou como ficaria a eficácia do que seria decidido no julgamento. Não viu como chegar à fixação temporal – tal interpretação decorreria da vontade do Supremo Tribunal Federal se tornar legislador positivo inspirado na resposta do Tribunal Superior Eleitoral – e previu o surgimento de uma casta: conforme tal interpretação, ter-se-ia na mesma legislatura deputados sujeitos a enfoques diversificados quanto à filiação. Antes de 27/03/2007, seriam salvos da guilhotina. Assim, não imaginou a necessidade de um processo administrativo para ter o esclarecimento do abandono do partido – seria apenas a constatação de um fato, de uma desvinculação – e concedeu as ordens formalizadas nas iniciais dos mandados de segurança.

O Ministro Carlos Ayres Britto também rejeitou a preliminar e concedeu o mandado de segurança comprovadas a liquidez e certeza no direito dos impetrantes à declaração de vacância dos cargos reivindicados.

O Ministro Cezar Peluso rejeitou a preliminar (acompanhando o Ministro Celso de Mello) e retomou o voto que proferiu na consulta, afirmando ser nítida e visceral de-



pendência que guarda o sistema proporcional em relação aos partidos políticos.

Assim, o ministro levantou como fundamento que a crise da fidelidade não é um sintoma, é antes uma das graves doenças do quadro mórbido da crise partidária, e que a filiação é requisito e pressuposto constitucional do mandato, portanto, a preservação da vaga é do partido político.

Acrescentou à sua exposição que algumas exceções devem ser asseguradas (por exemplo, mudança significativa de orientação programática do partido; perseguição política) e, por fim, concedeu em parte a ordem.

O Ministro Gilmar Mendes, a partir da evolução jurisprudencial sobre o tema, da análise dos partidos políticos e de peculiaridades de nosso sistema eleitoral proporcional (candidato sem voto nominal eleito e candidato mais votado no pleito sem assento por não ter obtido quociente eleitoral), trouxe a necessidade de uma nova leitura constitucional sobre a fidelidade partidária pela revisão da jurisprudência da Corte.

Ressalvadas situações específicas decorrentes de ruptura de compromissos por parte da agremiação ou perseguição política, o abandono da legenda deve dar ensejo à extinção do mandato e viu, assim, a necessidade de modulação dos efeitos da decisão (mutação constitucional).

Desta forma, concedeu parcialmente o mandado de segurança apenas aos que mudaram de legenda após o marco temporal de 27/03/2007 – que consiste na data da resposta à Consulta nº 1.398/DF pelo Tribunal Superior Eleitoral.

A Ministra Ellen Gracie deferiu parcialmente o mandado de segurança, aos casos verificados após a data de 27/03/2007 – alinhada ao entendimento dos Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia.

4.2. MS nº 26.603-1/DF.

Impetrado pelo PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira contra o Presidente



da Câmara dos Deputados e litisconsortes, o Supremo Tribunal Federal rejeitou, por unanimidade, as preliminares de ilegitimidade ativa, de falta de interesse de agir, de impossibilidade jurídica do pedido e da impossibilidade de o Judiciário interferir em matéria de reserva estatutária. Por maioria, rejeitou a preliminar de ausência de liquidez e a de impossibilidade de dilação probatória (vencido o Ministro Eros Grau).

Quanto ao mérito, por maioria, conheceu o pedido e denegou a ordem, tendo por vencidos os mesmos Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, como no MS nº 26.602-3/DF, que entenderam presentes a liquidez e certeza do direito quanto à declaração de vacância dos cargos reivindicados pelo impetrante.

Podemos observar que o binômio fidelidade - infidelidade partidária apareceu no mérito desse julgado vinculado a valores constitucionais, inerentes ao regime democrático. A fidelidade emergiu representando tanto o respeito ao cidadão, que elegeu o parlamentar, quanto aos partidos políticos, que deram sustentação para que a candidatura do

parlamentar pudesse prosperar. A *contrario sensu*, a infidelidade figurou como o desrespeito a essa mesma lógica, desfalcando as agremiações partidárias e desequilibrando as forças no parlamento, consubstanciando-se em violação ao sistema proporcional.

Assim, os votos desse julgamento, em essência, não se diferenciaram daqueles proferidos no MS nº 26.602-3/DF. Tanto que, como salientado anteriormente, se recorrermos aos votos vencidos não encontraremos a defesa da infidelidade partidária. Pelo contrário, os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio sustentaram suas posições justamente com a acolhida da fidelidade partidária, vinculando esta à relevância dos partidos políticos, que seria irradiada do tratamento constitucional a eles dispensado. Nessa linha de argumentação, embora divergentes quanto à interpretação das consequências (pois, enquanto para o Ministro Ayres Britto a perda de mandato decorrente da troca de partido seria uma renúncia tácita do parlamentar, para o Ministro Marco Aurélio o que ocorreria seria uma desqualificação do parlamentar para o exercício do mandato), não restou dúvida para ambos que a desfiliação voluntária do parlamentar geraria sim perda de mandato.

Nos votos vencedores encontramos, (i) majoritariamente, a infidelidade partidária como causa para perda de mandato, entendendo a fidelidade partidária como valor extraído da interpretação constitucional e, (ii) minoritariamente, a negação de que a infidelidade partidária possa ser colocada como causa para a perda de mandato, justamente por não se encontrar expressamente listada no texto constitucional.

Buscando, então, uma análise que resuma as correntes presentes nos votos de todos os ministros, observamos que os argumentos giram em torno da perda ou não do mandato quando o parlamentar se desfilia de seu partido. Em defesa da perda do mandato, o instituto da fidelidade partidária se apresenta como fundamento que sustentaria a existência de mandato partidário, sendo o referido instituto

extraído de uma interpretação sistemática do texto constitucional. Por outro lado, a inexistência de perda de mandato estaria vinculada à ausência de previsão constitucional para a fidelidade partidária.

Identificamos desse modo quatro correntes:

(i) Perda de mandato para o parlamentar que troca de partido, tendo por base a observância da fidelidade partidária – Ministro Carlos Ayres Britto e Ministro Marco Aurélio.

(ii) Perda de mandato para o parlamentar que troca de partido tendo por base a observância da fidelidade partidária, com modulação dos efeitos da perda de mandato, observando o marco temporal de 27/03/2007 (data do julgamento da Consulta nº 1.398/DF pelo Tribunal Superior Eleitoral), a partir do qual a decisão proferida no MS nº 26.603-1/DF seria válida – Ministro Celso de Mello (Relator), Ministra Carmen Lúcia, Ministro Menezes Direito, Ministro Gilmar Mendes, Ministra Ellen Gracie.

(iii) Ausência de perda de mandato para o parlamentar que troca de partido em caso de (a) mudança significativa de orientação programática do partido ou (b) comprovada perseguição política – Ministro Cezar Peluso.

(iv) Ausência de perda de mandato para o parlamentar que troca de partido, pois a infidelidade partidária não tem previsão constitucional – Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Joaquim Barbosa.

5. A (in)constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007: ADI nº 3.999-7/DF.

Como visto, a partir da Consulta nº 1.398/DF, a questão relativa à fidelidade partidária foi levada ao Supremo Tribunal Federal em mandados de segurança impetrados por partidos políticos que postulavam fosse declarada a vacância de deputados federais que haviam mudado de filiação partidária.

Nestes precedentes, o Supremo Tribunal Federal, alterando seu posicionamento consolidado desde 1989 (MS nº 20.916-0/DF, Relator para acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, j. 23/08/1989; MS nº 20.927-5/DF, Relator Ministro Moreira Alves, j. 11/10/1989; MS nº 23.405-9/GO, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 22/03/2004), decidiu que:

(...) o instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398, em 27 de março de 2007 (MS nº 26.602-3, Relator Ministro Eros Grau, j. 04/10/2007, p. 191).

Ocorre que não havia norma para regular o procedimento de verificação da infidelidade partidária e o processo de perda do cargo eletivo, de modo que o Supremo Tribunal Federal, já no julgamento dos mandados de segurança que culminaram na alteração do entendimento do Tribunal, acenou que competiria ao Tribunal Superior Eleitoral:

(...) formular e editar resolução destinada a regulamentar o procedimento (materialmente) administrativo de justificação em referência, instaurável perante órgão competente da própria Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento (MS nº 26.603-1/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 04/10/2007, p. 454-455).

Neste contexto é que o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 22.610/2007 (alterada pela Resolução nº 22.733/2008), que disciplina o processo de perda do cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

A constitucionalidade desta resolução foi impugnada por meio das Ações Direta de Inconstitucionalidade nºs 3.999-7/DF e 4.086-3/DF, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Social Cristão (PSC) e pelo

Procurador-Geral da República, sendo sua principal questão de fundo o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral, e o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau, que a declaravam inconstitucional.

Passamos, assim, à análise da ADI nº 3.999-7/DF, buscando identificar quais foram os fundamentos da ação direta e como eles foram tratados pela posição majoritária e pela minoritária da Corte.

5.1. Fundamentos da ADI nº 3.999-7/DF.

Basicamente, seis foram os fundamentos apresentados na ADI nº 3.999-7/DF para a declaração de inconstitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007:

a) Inobservância da reserva de lei complementar para definição de competências dos Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (contrariedade do art. 2º da Resolução TSE nº 22.610/2007¹³ ao art. 121 da CF¹⁴).

b) Usurpação de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (violação do art. 1º da Resolução TSE nº 22.610/2007¹⁵ aos

13 “Art. 2º. O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado”.

14 “Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”.

15 “Art. 1º. O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º. Considera-se justa causa:

I – incorporação ou fusão do partido;

II – criação de novo partido;

III – mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV – grave discriminação pessoal.

§ 2º. Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º. O mandatário que se desfiliou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa,

arts. 22, I,¹⁶ 48¹⁷ e 84, IV,¹⁸ da CF).

c) Usurpação de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo para estabelecer normas de caráter processual (violação dos arts. 3º a 8º da Resolução TSE nº 22.610/2007¹⁹ aos arts. 22, I, 48 e 84, IV, da CF).

d) Indevida atribuição de competência ao Ministério Público para postular a perda do cargo eletivo na omissão do partido político (violação do art. 1º, § 2º, da Resolução

fazendo citar o partido, na forma desta Resolução”.

16 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”.

17 “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...)”.

18 “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”.

19 “Art. 3º. Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 4º. O mandatário que se desfiliou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único - Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º. Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º. Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º. Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Parágrafo único - Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.

Art. 8º. Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido”.

TSE nº 22.610/2007, aos arts. 128, § 5º,²⁰ e 129, IX,²¹ da CF).

e) Indevida legitimação do terceiro juridicamente interessado para postular a perda do cargo eletivo na omissão do partido político (contrariedade à orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o mandato “pertence” ao partido, com violação aos princípios da segurança jurídica e da proteção legítima da confiança).

f) Violação da Resolução TSE nº 22.610/2007 ao princípio da separação de poderes (arts. 2º²² e 60, § 4º, III,²³ da Constituição).

Como se vê, o principal fundamento da ação direta para a declaração de inconstitucionalidade reside na violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes, intimamente ligados, sendo que, no conteúdo destes princípios, centrou-se o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que se deu em 11/12/2008.

5.2. Posição majoritária do Supremo Tribunal Federal.

Como vimos, a maioria do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI nº 3.999-7/DF e, conseqüentemente, declarou a constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007. De acordo com a posição majoritária, com a alteração da anterior orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido da

20 “Art. 128. (...)”

§ 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...)”.

21 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)”

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

22 “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

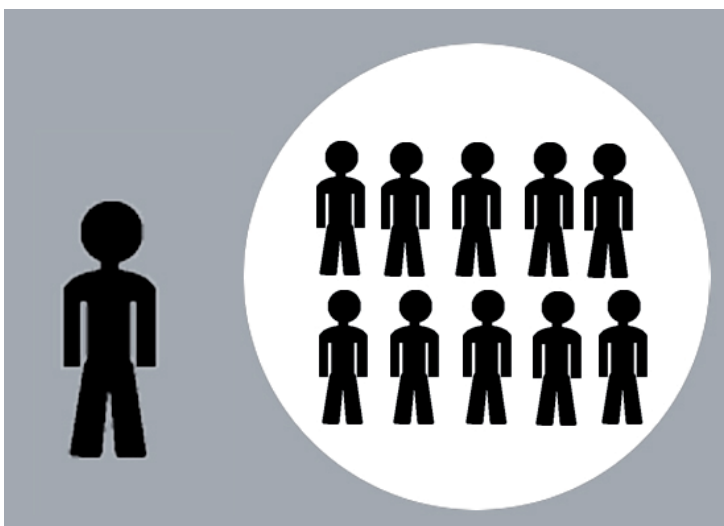
23 “Art. 60 (...)”

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III – a separação dos Poderes;”.

existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária, faz-se necessário um instrumento para assegurar a prevalência da Constituição e este instrumento é bem representado pela Resolução TSE nº 22.610/2007 (alterada pela Resolução TSE nº 22.733/2008), à medida que se trata de mecanismo excepcional e transitório que cumpre o objetivo de salvaguardar a observância da fidelidade partidária (comando constitucional, na visão do Supremo Tribunal Federal) enquanto o Poder Legislativo não se pronunciar.



Os principais argumentos para tal conclusão foram lançados pelo Ministro Joaquim Barbosa (Relator) e deságuam nesse sentido em decorrência de um conteúdo específico conferido ao princípio da legalidade, de maneira a relativizá-lo diante da necessidade de se conferir eficácia jurídica à Constituição, instrumento de onde, para o Supremo Tribunal Federal, foi extraída a fidelidade partidária.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, a exigência constitucional de lei em sentido estrito para tratar de matéria eleitoral não é meramente formal. O tema, pois, deve ser debatido pelo Poder Legislativo, posto que é eminentemente político. No entanto, a indagação que se coloca é como deve ser tratada a questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal (perda do cargo por desfiliação par-

tidária) enquanto temporariamente silente o Poder Legislativo, à medida que, para o Ministro, de pouco adiantaria reconhecer o dever (fidelidade partidária) e não estabelecer a existência de um mecanismo ou de um instrumento legal para assegurá-lo.

Portanto, neste quadro excepcional, extraordinário e transitório, ante a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurar a fidelidade partidária, o Ministro Joaquim Barbosa, relativiza o princípio da legalidade e entende que a Resolução TSE nº 22.610/2007, como expressão da atividade normativa do Tribunal Superior Eleitoral, é adequada ao artigo 23, IX,²⁴ do Código Eleitoral, em interpretação conforme a Constituição.

O voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, foi integralmente seguido pelo Ministro Menezes Direito, pela Ministra Carmen Lúcia (que reafirmou que o tema relaciona-se à efetividade jurídica da Constituição), pelo Ministro Ricardo Lewandowski (que enfatizou a necessidade de dar concreção à decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em sede de interpretação constitucional), pelo Ministro Carlos Britto, pela Ministra Ellen Gracie, pelo Ministro Cezar Peluso (que pontuou que a atuação do Tribunal Superior Eleitoral é expressão de um devido processo legal de fonte constitucional porque nasce da eficácia da coisa julgada material que a Constituição lhe garante) e pelo Ministro Gilmar Mendes.

Vê-se, pois, que a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007 diante de uma leitura do princípio da legalidade, sob um viés material, à luz

24 “Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, (...)
IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;”.

da efetividade da Constituição.

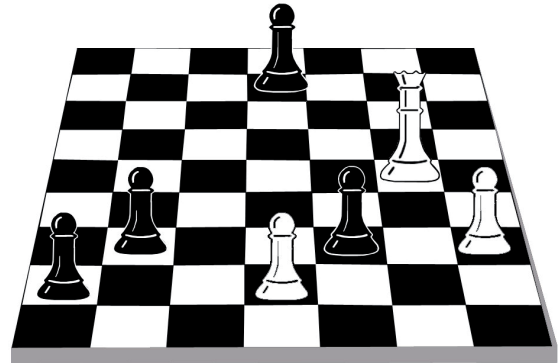
5.3. Posição minoritária do Supremo Tribunal Federal.

A despeito dos votos da ampla maioria, os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio dissentiram e votaram pela inconstitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007, também utilizando como fundamento básico o princípio da legalidade, porém tomado sob outra perspectiva, o que levou a uma conclusão diversa.

O Ministro Eros Grau foi enfático quanto à inconstitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007, afirmando que se trata de uma múltipla inconstitucionalidade, um abuso de inconstitucionalidade, à medida que o artigo 1º afronta os artigos 22, I, e 48 da Constituição (reserva de lei); o artigo 2º afronta o artigo 121 da Constituição (reserva de lei complementar); os artigos 3º ao 9º e 11 inovam em matéria processual (reserva de lei, no âmbito da qual não se admite nem mesmo medida provisória) e o artigo 1º, § 2º, inova atribuições do Ministério Público (reserva de lei complementar federal e estadual).

Considerando o princípio da legalidade sob um viés formal, que tem por objetivo maior a limitação do poder e a manutenção do Estado Democrático de Direito, o Ministro Eros Grau entendeu que as providências referidas no inciso XVIII e instruções mencionadas no inciso IX do artigo 23 do Código Eleitoral eram apenas para execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral e não podiam inovar o ordenamento jurídico (analogia com os decretos do Presidente da República para fiel execução das leis – art. 84, IV, da CF – e com as instruções dos ministros de estado para a execução das leis, decretos e regulamentos – art. 87, II, da CF).

Distinguindo vontade estatal normativa primária e secundária, o Ministro Eros Grau fundamentou seu posicionamento na própria Constituição, observando que esta não contemplou o Tribunal Superior Eleitoral com



o poder de expedir normas primárias sobre matéria eleitoral, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal não possui competência para lhe conferir tal tarefa.

Assim, concluiu sua visão do princípio da legalidade em relação com o princípio da “separação” de poderes, observando que os poderes devem ser interdependentes e harmônicos entre si, mas sem superposição de momentos (como o normativo e o jurisdicional). O Poder Legislativo detém o monopólio apenas da função legislativa, não de toda função normativa. O Tribunal Superior Eleitoral possui função normativa, tendo em vista exclusivamente a execução das leis, mas não função legislativa para inovar no ordenamento.

O Ministro Marco Aurélio também se posicionou no sentido da inconstitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007, a despeito de, nos mandados de segurança precedentes, bem como na Consulta nº 1.398/DF ao Tribunal Superior Eleitoral, ter sido defensor da necessidade de observância da fidelidade partidária.

Assim, ainda preliminarmente, o Ministro Marco Aurélio votou pela incognoscibilidade da ADI nº 3.999-7/DF, à medida que a resolução do Tribunal Superior Eleitoral não seria um ato normativo abstrato autônomo impugnável em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

No entanto, vencido na preliminar, o Ministro entendeu necessário adotar a

premissa do Plenário de que o Tribunal Superior Eleitoral legislou, pautando-se para tanto no fato de que, no âmbito da própria ADI nº 3.999-7/DF, o Supremo Tribunal Federal indicou a existência de uma condição resolutive: a sobrevinda de lei editada pelo Poder Legislativo tornará insubsistente a Resolução TSE nº 22.610/2007.

Assim, comungando de uma visão do princípio da legalidade próxima à do Ministro Eros Grau, o Ministro Marco Aurélio concluiu que a competência prevista pelo Código Eleitoral confere ao Tribunal Superior Eleitoral poder normativo para expedir atos necessários à execução da lei e não da Constituição Federal (esta é regulamentada por lei complementar). E essa competência restrita não lhe autoriza a substituir-se ao Congresso Nacional. Ao legislar (de acordo com a premissa adotada pelo Plenário), atuou o Tribunal Superior Eleitoral como que julgando implicitamente um mandado de injunção (cuja competência seria do Supremo Tribunal Federal) ante a lacuna legislativa quanto à disciplina da matéria no Congresso Nacional.

Portanto, é possível concluir que, com base no mesmo princípio da legalidade, porém compreendido com outro conteúdo, a posição minoritária do Supremo Tribunal Federal votou pela inconstitucionalidade da Resolução TSE nº 22.610/2007.

6. Conclusões.

Após percorrermos o tratamento jurisprudencial dispensado pelo Supremo Tribunal Federal à fidelidade partidária, em diálogo com as posições do Tribunal Superior Eleitoral sobre esse tema, observamos que estas Cortes Superiores, embora tenham reconhecido a importância das instituições partidárias para a democracia brasileira, igualmente assinalando a ausência de previsão constitucional expressa, acataram majoritariamente a perda de mandato como consequência para a desfiliação partidária.

Isso nos chama a atenção para os limites da interpretação judicial aos comandos constitucionais: afinal, o silêncio legislativo pode ou não ser preenchido pelo Judiciário? Em nome da estabilidade e da certeza jurídicas se sustenta o ativismo judicial?

A análise dos fundamentos jurídicos dos votos proferidos pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo próprio Supremo Tribunal Federal, além de possuir relevância *per se*, permite adentrar nesse espinhoso tema das possibilidades de inovação à ordem jurídica através de criação judicial.



Referências Bibliográficas.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Código Eleitoral (1965)*. Legislação eleitoral: Código eleitoral e legislação correlata. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999-7*. Relator Ministro Joaquim Barbosa: Brasília, DF, 17 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.602-3*. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 17 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.603-1*. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 dez. 2008.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 1.398*. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 27 mar. 2007.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.610*. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 25 out. 2007.

CITADINI, Antonio Roque. *Código eleitoral anotado e comentado*. 4. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1986.

DEMICHÉL, André; DEMICHÉL, Francine. *Droit électoral*. Paris: Dalloz, 1973.

GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *A justiça eleitoral e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

