

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

YARA MARIA DIAS TEIXEIRA LEITE

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, O ATIVISMO JUDICIAL
E A REGULAMENTAÇÃO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO BRASIL
OPERADA PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**BRASÍLIA
AGOSTO 2016**

YARA MARIA DIAS TEIXEIRA LEITE

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, O ATIVISMO JUDICIAL
E A REGULAMENTAÇÃO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO BRASIL
OPERADA PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Dissertação apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito
Constitucional como requisito parcial
para obtenção título de Especialista.

**BRASÍLIA
AGOSTO 2016**

Yara Maria Dias Teixeira Leite

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, O ATIVISMO JUDICIAL
E A REGULAMENTAÇÃO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA NO BRASIL
OPERADA PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Dissertação apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito
Constitucional como requisito parcial
para obtenção título de Especialista.

Prof. _____

Prof. _____

Membro da Banca Examinadora

Prof. _____

Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por estar sempre presente em minha vida, me ajudando a superar todos os obstáculos.

Agradeço também ao meu marido e parceiro Rafael, que juntamente com nossas filhas, Júlia e Lívia, dão sentido a tudo que faço; aos meus pais, Vicente e Jacqueline, por todo o esforço que fizeram para que eu realizasse mais essa etapa; aos meus irmãos, Thaís e Daniel, pelo companheirismo e pela cumplicidade de sempre; a todos os meus amigos, pela torcida e pelas palavras de incentivo; e também aos meus tios e primos, que mesmo distantes, estão sempre presentes em meu coração.

Por fim, agradeço aos mestres da Pós-Graduação pelos grandes ensinamentos e lições para toda a vida, sobretudo àqueles que participaram de alguma forma na realização deste trabalho.

RESUMO

“Judicialização da política” é um termo que designa o chamamento dos Tribunais para resolverem questões políticas afetas à competência dos demais Poderes, normalmente provocados pelas minorias políticas que, por algum motivo, não tiveram suas demandas atendidas nas arenas tradicionais, e por isso transferem a questão do seu lócus original para serem resolvidas pelo Judiciário. “Ativismo Judicial” é o nome dado à postura proativa do julgador, que visando a efetivação da Constituição e a concretização de direitos fundamentais, decide com base em princípios jurídicos, chegando a resultados não previstos no ordenamento jurídico. Ambos os fenômenos passaram a ser observados no mundo após a Segunda Guerra Mundial, e no Brasil após a Constituição de 1988, e para explicar como estes ocorrem na prática, analisaremos de forma detalhada o caso da regulamentação da fidelidade partidária operada pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, chamados a participarem do processo de reforma política, mais especificamente no que tange à fidelidade partidária, ao ser formulada uma consulta pública na Corte Eleitoral questionando quem é o real detentor do mandato eletivo, o parlamentar eleito ou o partido político, matéria esta que muito embora seja da competência do Legislativo, diante da sua inércia, foi normatizada de maneira ativista pelo Poder Judiciário, com base em princípios constitucionais, inclusive contrariando a Jurisprudência anterior desta Corte.

Palavras-chave: 1. Judicialização da política. 2. Ativismo judicial 3. Constituição de 1988 4. Fidelidade partidária.

ABSTRACT

"Judicialization of politics" is a term that designates the call of the courts to solve political issues of the jurisdiction of other powers, usually caused by political minorities which, for some reason, did not have their demands met in the traditional arenas, therefore transferring question of its original locus to be resolved by the judiciary. "Judicial Activism" is the name given to the proactive attitude of the judge, to order the execution of the Constitution and the implementation of fundamental rights, decide based on legal principles, reaching results not provided for in law. Both phenomena began to be observed in the world after the Second World War, and in Brazil after the 1988 Constitution, and to explain how they occur in practice, we will analyze in detail the case with the rules of party loyalty operated by the Superior Electoral Court and the Federal Supreme Court, called to participate in the political reform process, specifically with regard to party loyalty, to be made a public consultation with the Electoral Court questioning who the real holder of an elective office, the elected parliament or political party, this matter that although it is the responsibility of the legislature, before his inertia, was standardized activist manner by the judiciary, based on constitutional principles, including contradicting the previous Jurisprudence of this Court.

Keywords: 1. Judicialization of politics. 2. Judicial Activism 3. 4. 1988 Constitution 4. Party loyalty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	12
1.1 Usos e sentidos da expressão "judicialização da política"	14
1.2 O aumento da função jurisdicional	17
1.3 Problemas relacionados à judicialização da política	19
1.4 A judicialização da política no Brasil	20
2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL	26
2.1 Problemas relacionados ao ativismo judicial	31
2.2 O ativismo judicial no Brasil	33
2.3 Ativismo judicial e judicialização da política	36
3. O CASO DA REGULAMENTAÇÃO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA OPERADA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES PÁTRIOS	39
3.1 Breves considerações acerca da fidelidade partidária no Brasil	40
3.2 Os precedentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária	44
3.3 Como se deu o reconhecimento da existência da fidelidade partidária e a normatização do assunto no Brasil	50
3.4 O comportamento do Poder Judiciário pode ser enquadrado nos conceitos de judicialização da política e de ativismo judicial?	58
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65
ANEXO 1 – Íntegra das ementas dos julgados do Supremo Tribunal Federal relativas à fidelidade partidária	69
ANEXO 2 – Resolução nº 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral	78
ANEXO 3 – Tabela contendo as propostas de emenda à Constituição (PECs) que objetivaram instituir regras de fidelidade partidária no Brasil (1988-2007)	80
ANEXO 4 – Tabela contendo diversas proposições legislativas que objetivaram instituir regras de fidelidade partidária no Brasil (1988-2007)	82

INTRODUÇÃO

O termo “judicialização da política” foi introduzido nas ciências sociais nos anos 90, quando se buscou entender a complexa relação do Poder Judiciário com os demais Poderes bem como o papel dos juízes e dos tribunais no sistema político democrático. Isso porque após as Grandes Guerras Mundiais, o Judiciário, em especial as Cortes Constitucionais, passaram a exercer forte controle estatal, delimitando a atuação política dos demais Poderes e conseqüentemente salvaguardando o respeito aos direitos humanos.

Com a sua popularização, a expressão “judicialização da política” ganhou vários significados, designando o chamamento dos Tribunais para resolver questões políticas afetas à competência dos demais Poderes (ponto de vista institucional), a utilização de procedimentos judiciais pelos órgãos políticos tradicionais para tomarem decisões políticas (visão procedimental), a utilização do Judiciário para resolver conflitos sociais não pacificados pelos demais Poderes ou atender direitos sociais constitucionalmente garantidos (enfoque sociológico), ou mesmo designando o uso da linguagem, vocabulário e técnicas argumentativas tipicamente jurídicas pelo Executivo e pelo Legislativo (visão lógico-argumentativo).

Para que a política seja judicializada, necessário que se tenha o contexto democrático, até para que o Judiciário tenha liberdade de atuação; a separação de poderes; a consagração de direitos políticos; a dificuldade de resolução dos conflitos pelas instituições majoritárias, o que acontece sobretudo por impasses políticos; e por fim, o livre acesso à justiça, inclusive das minorias.

O contexto político-jurídico brasileiro também permitiu a ampliação da atuação do Poder Judiciário, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo os tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, passado a desenvolver um importante papel político, interferindo de

maneira determinante em questões de interesse público antes resolvidas somente em outras arenas. Assim, em que pese que a judicialização da política ocorra em todos os tribunais e em todas as instâncias, é na Suprema Corte que esse fenômeno é mais observado.

Mesmo que não queira interferir, o Judiciário muitas vezes é chamado a atuar nos processos decisórios no âmbito do Legislativo, antes ou depois da aprovação de uma Lei, especialmente pelos grupos minoritários, os quais normalmente são excluídos das deliberações legislativas e por isso usam os tribunais para vetar o jogo político.

Por sua vez, o termo “ativismo judicial” surgiu em meados do Século XX para designar de maneira crítica a postura proativa de alguns dos julgadores da Suprema Corte Norte-Americana, em oposição àqueles com posicionamento mais comedido. Com o tempo, o fenômeno se manifestou na jurisdição ordinária estadunidense e posteriormente se espalhou pelo mundo, à medida que o modelo do *judicial review* era absorvido pelas democracias ocidentais, atribuindo ao órgão máximo do Poder Judiciário o dever de proteger a Constituição.

Também foi decisivo para a propagação do ativismo judicial a significativa mudança funcional que sofreu o Judiciário com o advento do Constitucionalismo, que de mero “Boca da lei” passou a ser o mais importante defensor e concretizador dos direitos fundamentais e o principal controlador dos atos do Poder Público. Todo esse processo aconteceu ao mesmo tempo em que significativas mudanças políticas e sociais culminaram no descrédito das instituições tradicionais, cabendo ao Judiciário a função de compensar a atuação ineficiente dos demais Poderes.

Diante de tudo isso, impossível ao juiz do caso manter-se apegado para a resolução das demandas a ele submetidas à racionalidade judicial tradicional subsuntiva, pois a complexidade social não permite mais encontrar na norma a exata previsão do caso controverso, com a sua precisa consequência jurídica, fazendo-se necessário recorrer a diversas técnicas interpretativas e discursivas para solucionar os problemas. Também a normatividade atribuída aos princípios, tipo

dotado de muita abstração e generalidade, requer a concretização por via interpretativa, e aqui se abre a principal porta para o ativismo do Judiciário.

Contudo, o ativismo não pode ser um pretexto para sobreposição de Poderes, sobretudo quando se está em jogo casos complexos, em que não há consenso político ou social, comuns em sociedades plurais. Ele só é legítimo quando visa garantir a força normativa da Lei Maior, para concretizar direitos constitucionais, seja barrando um ato abusivo advindo dos outros Poderes, seja suprimindo uma omissão inconstitucional destes.

Por isso, não se justifica uma posição ativista do julgador no intuito de invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes, de afastar a aplicação de precedentes, de atuar como legislador, de julgar atendendo a fins específicos predeterminados ou mesmo utilizando técnicas hermenêuticas para desvirtuar os ditames legais.

No caso brasileiro, o ativismo judicial também passou a ser um fenômeno relevante somente após a Constituição de 1988, que além de atribuir diversas prerrogativas aos julgadores, constitucionalizou uma série de direitos, ampliou o uso do controle de constitucionalidade, democratizou o acesso à justiça e elencou uma série de princípios constitucionais, que para serem concretizados, dependem de uma posição mais ativa do magistrado. O nosso Tribunal mais ativista é a Suprema Corte, que manifestamente reconhece tal postura, justificando a sua necessidade em decorrência das constantes violações ativas ou omissivas à Constituição operadas pelos outros Poderes.

O ativismo judicial e a judicialização da política são fenômenos parecidos e relacionados, mas não se confundem, posto que este decorre da própria estrutura político-jurídica adotada pelas democracias constitucionais contemporâneas, as quais facilitam a transferência da solução de um problema para o Judiciário, o qual tem a prerrogativa de dar a palavra final aos conflitos a ele submetidos, enquanto aquele pressupõe uma postura ativa e vontade política dos julgadores de interferir no âmbito das decisões dos demais Poderes.

Para entender como a judicialização da política e ativismo judicial ocorrem na prática, será analisado nesta monografia, de forma detalhada, o caso da regulamentação da fidelidade partidária operada pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal, chamados a participarem do processo de reforma política, mais especificamente no que tange à fidelidade partidária, quando antigo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), fez uma consulta pública na Corte Eleitoral questionando sobre quem era o detentor do mandato eletivo, o parlamentar eleito ou o partido político.

Sabe-se que é da competência do Legislativo brasileiro tratar de questões gerais relacionadas aos partidos políticos, tais como a fidelidade partidária, mas diante da inércia do Congresso Nacional, que constantemente protelava a sua normatização, o Poder Judiciário foi provocado para fazer "judicialmente" uma reforma do sistema político brasileiro quanto ao tema.

Tanto o Tribunal Superior Eleitoral quanto o Supremo Tribunal Federal, quando instados a se manifestarem, mesmo não havendo regras constitucionais expressas tratando sobre a fidelidade partidária, reconheceram ser este um mandamento extraído dos princípios constitucionais, e portanto criaram mais uma hipótese de perda do mandato eletivo não descrita no rol taxativo da Constituição, inclusive normatizando este processo de perda do mandato.

Desta forma, neste trabalho pretende-se demonstrar como ocorreu a judicialização da política no caso da regulamentação da fidelidade partidária, já que a resolução do problema que competia ao Congresso Nacional foi transferida para o Poder Judiciário, tendo este, ao final, intervindo para decidir de maneira ativista uma questão que competia ao Poder Legislativo, através de uma interpretação principiológica da Constituição.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O termo “judicialização da política”, o qual designa o aumento da importância do Poder Judiciário na vida política das atuais democracias, passou a ser utilizado nas ciências sociais em 1995, a partir dos estudos publicados na obra *The Global Expansion of Judicial Power*, organizada por Neal Tate e Torbjorn Vallinder, os quais se dedicaram a estudar a relação do Poder Judiciário com os demais Poderes em diversos países, buscando identificar o papel dos juízes e, sobretudo, dos Tribunais Constitucionais no sistema político dessas democracias.

Assim, para Vallinder (1995, pp. 13-16), essa expansão da importância do Poder Judiciário nos atuais sistemas democráticos pode ser medida a partir do uso de seus métodos e técnicas de decisão e de resolução de conflitos pelos demais Poderes Políticos, que pode ocorrer de duas formas:

A) Judicialização “from without”: Ocorre pela ampliação do poder dos Tribunais, sobretudo das Cortes Constitucionais, via revisão judicial dos atos Legislativos e Executivos, mediante provocação, com base nas garantias constitucionais e no pressuposto da fiscalização mútua entre os poderes. Este tipo representa a principal forma de judicialização da política e implica na sobreposição do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, visando garantir que o Estado respeite seus próprios limites constitucionais e que proteja os cidadãos do uso indevido do poder político;

B) Judicialização “from within”: Ocorre pela incorporação dos procedimentos judiciais, inclusive dos próprios juízes, na administração pública (a exemplo dos Tribunais Administrativos) e no parlamento (a exemplo das Comissões Parlamentares de Inquérito), representando a transferência dos procedimentos decisórios e demais aparatos tipicamente judiciais para as demais arenas políticas. Assim, “juntamente com os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são

incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam” (VALLINDER, 1995 *apud* CARVALHO, 2004, p. 121).

Portanto, para Vallinder, para que se tenha a judicialização da política, além da provocação do Poder Judiciário, também é preciso que os julgadores integrantes deste Poder efetivamente influenciem no resultado final do embate político que gerou a demanda judicial, seja ele a elaboração de uma lei, a implementação de uma política pública, a efetivação de um direito fundamental ou a concretização de um direito social, não os deixando somente ao critério dos administradores e legisladores, tomando, desta forma, decisões judiciais mais ativas e abrangentes.

Embora o termo seja relativamente novo, o fenômeno é mais antigo e decorre das mudanças sociais e políticas ocorridas no mundo após as grandes Guerras Mundiais, em meados do Século XX. Como grande parte das atrocidades cometidas nessas guerras foram feitas com base no direito positivo, viu-se a necessidade de se criar uma arena política e juridicamente neutra para verificar a legitimidade e constitucionalidade dos atos emanados dos governantes, bem como para protagonizar a concretização e proteção dos direitos fundamentais, surgindo, assim, os Tribunais Constitucionais (ARAÚJO, 2014, p. 8).

Tais Tribunais, os quais na maioria das democracias passaram a integrar o Poder Judiciário, reformularam as relações entre os Poderes constituídos, servindo sobretudo para revisão e controle dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo, desenvolvendo, desta forma, uma função contra-majoritária, ou seja, analisando a adequação constitucional (a adequação jurídica e a política) das opções destes Poderes, muitas vezes invalidando ou refazendo tais atos.

Desta forma, começou a se observar o que mais adiante seria chamado de judicialização da política, que representa o chamamento do Poder Judiciário para participar em algum momento das decisões políticas, fazendo deste Poder um importante ator político e aproximando, por consequência, os conceitos de política e de direito.

1.1 Usos e sentidos da expressão “judicialização da política”

A partir das conclusões do citado trabalho de Tate e Vallinder, a expressão ‘judicialização da política’ passou a fazer parte dos debates públicos e acadêmicos em todo o mundo, e devido a complexidade deste fenômeno, multiplicaram-se os usos e sentidos do termo.

Assim, segundo o enfoque institucional, “a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios” (CASTRO, 1997, p. 3), fenômeno este que não conduz necessariamente a uma sobreposição do Judiciário, mas sim que designa uma maior interação democrática entre os Poderes Estatais constituídos.

De acordo com esse conceito, a judicialização da política equivale à revisão judicial de atos legislativos e executivos, e por isso a transferência do poder decisório de um ente ao outro normalmente se opera pelo controle de legalidade e sobretudo de constitucionalidade de tais atos. Assim, a judicialização da política se opera quando os demais Poderes, por algum motivo, não conseguem resolver em seu próprio âmbito questões de sua competência, principalmente porque conflitos internos impedem a solução do problema, ou os resolvem de forma ilegal ou inconstitucional, sendo chamados os Tribunais a se manifestarem a respeito.

O conceito, contudo, não é limitado e restrito ao fenômeno da interferência do Judiciário na tomada das decisões políticas. A partir do enfoque procedimental, Pozzobon (2009, p. 99), por exemplo, seguindo os estudos iniciais de Tate e Vallinder, entende que judicializar a política “tanto pode significar a transferência da apreciação de questões políticas das arenas tradicionais para a seara judicial, quanto a utilização de procedimentos de decisão judiciais pelos órgãos políticos tradicionais para se fazer política”.

Isso porque o Judiciário é considerado um poder confiável, sobretudo por seguir rigidamente procedimentos legais quando presta a jurisdição, visando garantir a segurança jurídica das suas decisões – conceito relacionado tanto com a previsibilidade das consequências jurídicas dos seus atos, quanto com a certeza da prestação judicial efetiva – e por isso seus modelos decisórios e procedimentos têm sido incorporados pelos entes políticos para tomarem decisões confiáveis.

Do ponto de vista sociológico, a judicialização da política ocorre a partir da judicialização das relações sociais, que faz com que o Judiciário seja visto como “uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania” (VIANNA, 1999, p. 22). Desta forma, os Tribunais se tornam uma nova arena pública, onde os procedimentos judiciais se sobrepõem aos políticos, o que representa mais uma opção de resolução dos conflitos coletivos e de garantia de direitos sociais e difusos.

Barroso (2009, p.3), a partir de uma visão institucionalista-sociológica e da constatação da atual tendência de se submeter cada vez mais demandas políticas e sociais à apreciação do Judiciário, diz que “a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”, e que por isso “a judicialização da política envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais”.

De outro ângulo, de acordo com o enfoque lógico-argumentativo, a judicialização corresponde ao crescente uso da linguagem, vocabulário e técnicas argumentativas tipicamente jurídicas pelos demais Poderes políticos, “representando a completa domesticação da política e das relações sociais pela ‘linguagem dos direitos’ e, sobretudo, pelo discurso constitucional” (VIEIRA, 2009, p. 11).

Desta forma, em ambientes políticos judicializados, identifica-se a absorção do discurso jurídico pelo político, evitando-se tratar do tema de forma partidarizada e ideologizada, estruturando-o com base em argumentação rígida e em normas doutrinárias (TEIXEIRA, 2001, p. 40).

Neste trabalho, o fenômeno da judicialização da política será analisado de acordo com o enfoque institucionalista, ou seja, partindo-se do pressuposto de que os Tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Poder Legislativo ou do Poder Executivo não se mostra satisfatório. Assim, por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade e de legalidade dos atos ou omissões emanados dos demais Poderes, as Cortes interferem no âmbito de atuação destes, alterando seus processos decisórios e chegando-se a soluções que provavelmente não se chegaria sem sua participação ativa.

Desta forma, a atuação do Poder Judiciário ocorre sobretudo por meio do desempenho de sua função jurisdicional, ou seja, participa quando é provocado por algum ator político, normalmente aquele que foi excluído do debate ou que não teve suas reivindicações consideradas durante o processo decisório, servindo para equilibrar as forças em favor das minorias políticas.

Quando é demandado, o Poder Judiciário rompe com sua inércia natural e, estando o processo em ordem quanto a suas condições e seus pressupostos, tem o dever de prestar a jurisdição, manifestando a respeito da procedência ou não do pedido, interferindo, assim, no processo decisório que gerou a demanda judicial. A natureza eminentemente passiva do Judiciário faz com que sua participação nos processos decisórios no âmbito dos demais poderes seja determinada menos pela força dos tribunais e mais pelos padrões da disputa política (TAYLOR, 2008, p. 231). Desta forma, quanto mais passivo e consensual for esse processo nas arenas políticas tradicionais, menos relevante será seu papel, até porque sua provocação só faz sentido para mediar conflitos ou para decidir alguma questão controversa.

1.2 O aumento da função jurisdicional

A expansão do Poder Judiciário se deu a partir de meados do século XX, quando complexas mudanças sociais embaralharam as relações entre política,

direito e sociedade, sobretudo com a adoção de democracias constitucionais no pós-guerra como forma de acesso ao poder decisório e com a organização da sociedade civil (TEIXEIRA, 2001, p. 32).

Castro (1997, p. 2) enumera vários fatores históricos que contribuíram para a expansão do poder Judiciário no cenário político:

(...) a reação democrática em favor da proteção de direitos e contra as práticas populistas e totalitárias da II Guerra Mundial na Europa (...); a preocupação das esquerdas com a defesa de 'direitos' contra 'oligopolistas e oligarcas' (...); o resgate intelectual e acadêmico de teorias de 'direitos liberais', presente em autores como Kant, Locke, Rawls e Dworkin (...); a influência da atuação da Suprema Corte americana (...); a tradição europeia (Kelseniana) de controle da constitucionalidade das leis; os esforços de organizações internacionais de proteção de direitos humanos, sobretudo a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. (...). Acrescenta-se, ainda, como outro fator determinante da judicialização da política, o declínio da eficácia da política macroeconômica a partir do final dos anos 60.

O desenvolvimento da Ciência Política na segunda metade do Século XX também contribuiu para o crescente interesse na atuação dos Tribunais, buscando entender como se dá sua interação com os demais entes políticos e com a sociedade, cada dia mais complexa e plural, com demandas diversificadas e muitas vezes conflitantes.

Portanto, uma enorme quantidade de fatores históricos, políticos e sociais contribuíram para que o Poder Judiciário também se tornasse um protagonista nas relações entre Poderes, deixando de ser um mero aplicador de Leis para também interferir em tomadas de decisões e tornando-se um importante garantidor dos direitos fundamentais individuais e sociais, intermediando, assim, a relação entre sociedade e Estado.

Noutro giro, Carvalho (2004, pp. 117-120), citando Tate (1995, pp. 28-32), enumera as seguintes condições políticas que são necessárias para que ocorra a judicialização da política. Segundo o autor, o contexto democrático é uma importante condição para que se tenha tal fenômeno, eis que a democracia pressupõe a

liberdade de atuação do Poder Judiciário, sendo, portanto, impossível compatibilizar governo autoritário com expansão judicial.

A separação dos poderes, ou pelo menos a separação das funções estatais (Legislativa, Executiva e Judiciária) é outra relevante condição, devendo cada um exercer sua função precípua de maneira equilibrada e equipotente em relação aos demais, ou seja, nenhum deles se sobrepondo aos demais a ponto de invalidá-los. Neste contexto, cabe ao Judiciário interpretar, e não fazer leis (TATE, 1995, p. 29).

Necessário também a consagração dos direitos políticos, prevendo também direitos às minorias políticas, não bastando que sejam apenas formalmente reconhecidos, mas devendo ser efetivamente garantidos e respeitados, sobretudo pelo próprio Estado (seja de maneira espontânea, seja por temor da intervenção judicial). Neste sentido,

Independentemente de uma carta formal de direitos, a aceitação de que as minorias e os indivíduos têm direitos pode significar um ponto forte contra a supremacia da maioria, principalmente quando estiver em jogo a interpretação dos juízes. (TATE, 1995, p. 29 *apud* CARVALHO, 2004, p.118).

A constante busca pelo Judiciário também pressupõe uma incapacidade das instituições majoritárias de solucionarem sem interferência os problemas políticos e sociais a elas submetidos. Assim, quando interesses divergentes e inconciliáveis estiverem em jogo, ou aconteça qualquer outro fator que torne muito custoso o processo decisório, o Judiciário pode ser demandado, e por não poder negar a prestação jurisdicional, dará ele a solução do caso concreto.

Por fim, a última condição política para que se tenha a judicialização da política é a possibilidade de que tanto os grupos de interesse quanto os membros da oposição ao governo tenham livre acesso à justiça, sem que barreiras sejam impostas ao seu direito de ação. Para esses entes, os tribunais servem como mais uma arena política para reivindicarem seus direitos e darem voz aos seus interesses, podendo, ao final da prestação jurisdicional, ser vetado ou alterado o jogo político das instâncias ordinárias.

1.3 Problemas relacionados à judicialização da política

Barroso (2009, pp. 10-17) aponta três aspectos negativos em relação à expansão judicial que devem ser evitadas para que o fenômeno da judicialização da política não desequilibre a relação dos poderes nem tome proporções desastrosas para o contexto democrático.

O primeiro, chamado de “Riscos para a legitimidade democrática”, refere-se ao fato de os Magistrados, que são agentes jurídicos/políticos não eleitos, serem legitimados a invalidar atos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo, compostos por agentes democraticamente eleitos, o que poderia acarretar na imposição dos interesses e escolhas de poucos em detrimento da maioria.

Contudo, a legitimidade democrática da atuação do Judiciário reside no fato de que faz valer a vontade da Constituição, que por sua vez representa as escolhas sociais. Então, se as opções políticas do governo e a vontade do constituinte prevalecerem ante as próprias vontades e escolhas do Magistrado prolator da decisão, a jurisdição representará uma garantia democrática, ainda que contrarie a vontade da maioria.

O segundo problema é o “Risco de politização da Justiça”, que pode ocorrer quando não se tem claro que direito e política, embora separados por uma linha tênue, não são a mesma coisa, e, portanto, a prestação jurisdicional não admite escolhas tendenciosas e partidárias, devendo primar pela responsável aplicação da Lei, de forma justa. Para tanto, devem as decisões judiciais serem motivadas, pois assim é possível averiguar os seus fundamentos e a sua correção.

O terceiro entrave diz respeito à “Capacidade institucional do Judiciário e seus limites”, eis que os três Poderes constituídos são responsáveis pela interpretação e aplicação da Constituição bem como da legislação infraconstitucional, devendo prevalecer o entendimento judicial tão somente em caso de divergência na interpretação dessas normas, e ainda assim, somente se o conflito for judicializado.

No mais, o Judiciário não exerce qualquer primazia sobre os demais Poderes, não sendo aceitável que tenha essa pretensão.

Ademais, antes de se manifestar, é desejável que o Judiciário verifique se possui plena capacidade para decidir, devendo sempre que necessário recorrer aos entes especializados para auxiliar na solução de problemas complexos, o que certamente o fará produzir a melhor decisão. Deve, também, agir com cautela, buscando reduzir os riscos de que as decisões proferidas no caso concreto produzam efeitos sociais indesejáveis.

1.4 A judicialização da política no Brasil

O Poder Judiciário brasileiro expandiu de maneira significativa sua atuação política nas três últimas décadas e vários foram os fatores e condições que contribuíram para tanto, tais como:

(...) a promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a consequente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório. (VERBICARO, 2008, p. 390).

Dentre esses muitos fatores facilitadores da expansão judicial, podemos destacar como principal a influência da redemocratização e da promulgação da

Constituição Federal de 1988, a qual garantiu maior independência do Judiciário em relação aos demais Poderes, sobretudo por romper com o contexto ditatorial anterior, no qual o Executivo exercia rígido controle da prestação jurisdicional. Isso fez com que o Judiciário deixasse de ser um “departamento técnico-especializado”, transformando-se em um verdadeiro poder político, “capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes” (BARROSO, 2009, p. 3).

Neste contexto, a redemocratização do país no final da década de 80 veio acompanhada, ainda nas palavras do autor, de uma “constitucionalização abrangente”, ou seja, temas comumente regulados pela legislação ordinária (processo político majoritário) ou mesmo nem regulamentados passaram a ser tratados pela Constituição Federal, fazendo com que essas questões pudessem, então, também serem debatidas judicialmente:

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial (BARROSO, 2009, p. 4).

A Constituição, assim, passou a prever uma grande quantidade de direitos fundamentais, sendo que muitos nem mesmo eram descritos no ordenamento jurídico, mas isso por si só não garantia que esses direitos fossem cumpridos espontaneamente, sobretudo pelo Estado, o que explica, em parte, o aumento das demandas judiciais no período pós-Constituição de 1988 (TEIXEIRA, 2001, p. 59).

Assim, a constitucionalização de direitos favoreceu a ampliação do fenômeno da judicialização da política no contexto brasileiro, fazendo com que o Judiciário passasse a ser constantemente acionado por entes políticos com base na Carta Maior, sobretudo pelas minorias políticas, que após serem vetadas nas arenas tradicionais, tentam (muitas vezes, com sucesso) incorporar suas reivindicações

tanto no processo de produção legislativa quanto na elaboração e implementação de políticas públicas.

Essa maior participação do Judiciário na vida política e social experimentada no Brasil decorre da própria Constituição, e desta forma o protagonismo judicial na arena política “não é, pois, uma distorção institucional, mas sim é legítima, uma vez que decorre dos imperativos de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia” (VERBICARO, 2008, p. 391).

Para suportar o esperado aumento da demanda e para garantir maior independência funcional ao Judiciário, a Constituição de 1988 promoveu uma reestruturação do Poder Judicial, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, transformando-o na principal arena de resolução dos conflitos constitucionais, que quase sempre também são políticos. Isso porque constitucionalizou temas antes não regulamentados ou simplesmente tratados pela legislação infraconstitucional e atribuiu à Suprema Corte o status de guardião da Constituição, sendo, então, este Tribunal o responsável por sua correta interpretação (TEIXEIRA, 2001, p. 59).

Duas inovações constitucionais também contribuíram de maneira significativa para ampliar a atuação política do Supremo Tribunal Federal: a ampliação do número de atores legitimados a proporem ações que visem o controle de constitucionalidade e o peculiar sistema de controle de constitucionalidade aqui adotado, que concilia o modo de controle difuso com o concentrado.

As Constituições brasileiras anteriores sempre adotaram o modelo norte-americano de controle difuso de constitucionalidade, também chamado de controle pela via da exceção, que permite que todos os tribunais pátrios, em todas as instâncias, operem tal controle de compatibilidade das leis e dos atos administrativos com a Constituição, inclusive afastando a incidência da lei atacada no caso concreto, produzindo efeitos apenas entre às partes.

Contudo, para fazer valer o extenso rol de novos direitos constitucionais, passou-se a adotar também o modelo europeu de controle concentrado, o qual atribui ao Tribunal com jurisdição constitucional o controle de constitucionalidade das

leis e atos normativos, sendo que suas decisões transcendem o caso concreto e operam efeitos contra todos, suspendendo a execução do ato impugnado.

Depois que a decisão em revisão abstrata provocada por ação direta transitar em julgado, o STF precisa apenas informar o órgão responsável pela expedição da norma e ao Senado Federal, para que a execução da lei ou de partes dela seja suspensa – CF, art. 52, inciso X (TEIXEIRA, 2001, p. 70).

Essa hibridez faz com que não só a violação de direitos individuais seja sistematicamente submetida à apreciação do Poder Judiciário, mas também permite que todas as questões politicamente não consensuais, que gerem dano ou risco de dano a uma garantia constitucional, ou simplesmente que viole interesses juridicamente legítimos, gerem demandas jurisdicionais.

Desta forma, o Poder Judiciário se torna mediador dos debates políticos, definindo ou indicando soluções, e muitas vezes mudando o rumo dos debates e alterando o resultado político, isso em todas as instâncias jurisdicionais, pois os juízes singulares são competentes para interpretar a constitucionalidade das leis, mas sobretudo o Supremo Tribunal Federal, que exerce os dois tipos de controle de constitucionalidade das leis.

Teixeira (2001, p. 69) defende que a importância do Poder Judiciário em um sistema político “pode ser medida de acordo com sua maior ou menor capacidade de controlar a constitucionalidade das leis, dos atos dos outros poderes e de defender a sociedade e seus membros do abuso do Estado”. Desta forma, a hibridez do nosso sistema de controle de constitucionalidade amplia as possibilidades de revisão judicial das leis e dos atos políticos, o que possibilita uma maior judicialização da política.

Assim, a judicialização da política, entendida como transferência do poder decisório dos demais Poderes ao Judiciário, pode ocorrer em todos os tribunais pátrios e em todas as instâncias, conforme já argumentado, dependendo da abrangência da questão política submetida ao Judiciário, mas esse fenômeno é observado sobretudo na atuação dos Tribunais Superiores, até porque a força

impositiva das decisões das Cortes Superiores é muito maior, uma vez que são, na maioria das vezes, irrecorríveis.

Dentre essas Cortes, destaca-se a atuação do Supremo Tribunal Federal, que ao interpretar e aplicar a Constituição Federal, que é na verdade uma Carta Política – pois sua principal função é elencar os direitos fundamentais dos cidadãos bem como definir e delimitar o poder político – acaba por definir os limites de atuação dos demais Poderes, sendo, por isso, justamente na jurisdição constitucional que acontece mais claramente a judicialização da política.

No contexto nacional, o seguinte motivo tem sido apontado por especialistas como principal causa para a expansão Judicial na direção dos demais Poderes, principalmente do Legislativo:

(...) crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo, que tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral (BARROSO, 2009, p. 9).

Muito embora o simples aumento da demanda judicial não signifique que esteja ocorrendo a judicialização da política, há trabalhos empíricos que confirmam uma lenta e gradual expansão judicial. Taylor (2008, p. 237), por exemplo, identificou a significativa atuação política do Judiciário brasileiro da seguinte forma:

No decorrer da última década, o Judiciário Federal revelou-se um importante ator político: tribunais federais repetidamente interromperam imensos leilões de privatização; a realização de uma delicada reforma no sistema de previdência social foi subvertida; e o Judiciário anulou ou mudou a legislação referente à reforma agrária, às reformas tributárias e a outras políticas públicas significativas.

Barroso (2009, p. 5) também aponta alguns exemplos em que o Supremo Tribunal Federal se manifestou formalmente antecipando-se à discussão Legislativa ou alterando o resultado do processo decisório deste poder:

(...) Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) Políticas governamentais, envolvendo a

constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma previdenciária (contribuição dos inativos) e da Reforma do judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àqueles que ocorram no serviço público.

Importante frisar que, sempre que se manifesta, o Poder Judiciário o faz porque é provocado a participar do processo decisório, não podendo negar a prestação jurisdicional, nem mesmo sob o pretexto da omissão legislativa. Somente deixa de conhecer uma demanda se não preenchidos os seus requisitos formais.

Ademais, especificamente quanto ao Poder Legislativo, a interferência do Poder Judiciário pode ocorrer antes, durante, ou mesmo depois de discutida e aprovada a lei, e para ilustrar, “(...) entre 1988 e 2002, o STF, somente através do instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais” (TAYLOR, 2008, p. 236). Vê-se que é excessiva essa quantidade de leis retiradas do ordenamento jurídico, visto que os projetos de lei submetidos à apreciação do Congresso Nacional sofrem rígido controle prévio de constitucionalidade, sendo fruto de um complexo processo legislativo, culminando em leis que se presumem constitucionais.

Justamente por esse fato Pozzobon (2009, p. 103) sustenta que para uma lei produzir satisfatoriamente seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, além da aprovação no Legislativo e da sanção pelo Presidente da República, necessita-se também que esta seja declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

Embora as primeiras práticas ativistas do Poder Judiciário possam ser identificadas na atuação da Suprema Corte Norte-Americana ainda no fim do Século XIX, o termo “ativismo judicial” foi usado pela primeira vez somente em 1947, pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., na matéria intitulada *The Supreme Court*, na qual se dedicou a analisar o comportamento dos Juízes desta Corte, classificando-os como ativistas (judicial activists) aqueles que, de forma mais liberal, buscavam concretizar o bem-estar social independentemente do mandamento legal e da jurisprudência, e como autocomedidos (champions of self-restraint) aqueles com posicionamentos mais conservadores, que se detinham à literalidade das normas postas e aos limites impostos ao Judiciário (TEIXEIRA, 2012, p. 39). Contudo, por não ser um jurista, tal classificação foi feita apenas de forma crítica, sem uma teorização e conceituação profunda.

Ainda na primeira metade do Século XX, o fenômeno passou a ser efetivamente estudado e teorizado, e o comportamento ativista antes associado somente aos julgadores da Suprema Corte, passou a ser observado também na jurisdição ordinária estadunidense, tornando o Judiciário um importante instrumento de defesa dos direitos civis das minorias sociais:

O expressivo crescimento de programas federais, durante o período do New Deal, demandava uma atenção específica para o impacto das suas ações nos contextos concretos das realidades locais, tornando o Judiciário espaço derradeiro no processo de garantia das minorias. Surgiram então as ações afirmativas como instrumento político de combate à desigualdade social decorrente de fatores como sexo, raça, etnia, religião ou qualquer outra forma de discriminação. (...) Foi nesse contexto que o ativismo judicial ganhou fôlego em solo estadunidense e passou a representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se mostravam suficientes. (TEIXEIRA, 2012, p. 40).

Não por acaso o fenômeno surgiu nos Estados Unidos, onde se desenvolveu o modelo do *judicial review*, atribuindo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário o dever de proteger e dizer a Constituição, de maneira impositiva e vinculante, ao contrário da Europa, que até o fim das Grandes Guerras, vigorava a Supremacia do Parlamento, contexto incompatível com qualquer controle externo de legalidade ou de constitucionalidade, até porque as Constituições não passavam de meras cartas políticas, que serviam apenas para organizar os governos (ARAÚJO, 2014, p. 3).

Assim, na segunda metade do Século XX, o ativismo judicial, consequência da expansão deste Poder, passou a ser observado também em diversas democracias ocidentais, sobretudo em decorrência da significativa mudança funcional que sofreu o Judiciário com o advento do Constitucionalismo, passando a ser o mais importante defensor e concretizador dos direitos fundamentais, agora elencados na Lei Maior, e o principal controlador dos atos do Poder Público. Já não soava estranho mais, por exemplo, um juiz deixar de aplicar ou invalidar uma lei por entendê-la inconstitucional.

Essa citada mudança funcional do Poder Judiciário fica bem nítida quando se considera que, quando concebeu a teoria da separação dos Poderes, Montesquieu sugeriu que este fosse repartido entre instituições ou pessoas a fim de evitar a degeneração do Poder pela própria concentração deste Poder. Desta forma, identificou três funções estatais, desiguais em importância, mas que se equilibravam: “o poder legislativo, o poder executivo daqueles que dependem do direito das gentes; e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 2000, p.168 *apud* CARVALHO FILHO, 2014, p. 10).

Nesse contexto, o atualmente chamado Poder Judiciário exercia somente a função de resolver conflitos, submetendo-se à Supremacia da Lei para fazê-la valer ao caso concreto por meio da subsunção, com pouquíssima possibilidade interpretativa, ou seja, era somente a ‘Boca da Lei’. Contudo, com o tempo e com o advento do paradigma constitucional, absorveu também a competência de ser o garantidor da Constituição, e conseqüentemente o controlador dos demais Poderes,

o protetor dos direitos fundamentais e, desta forma, um importante interventor dos processos democráticos:

Os pilares do Estado de Direito (supremacia da lei, separação dos poderes e definição de direitos fundamentais como direitos subjetivos) foram aperfeiçoados pelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito, o qual se caracteriza por fundamentar-se em três novos paradigmas: supremacia da Constituição, interdependência dos poderes; e dimensão objetiva dos direitos fundamentais (CARVALHO FILHO, 2009, pp. 221-225 *apud* CARVALHO FILHO, 2014, p. 11).

Todo esse processo aconteceu ao mesmo tempo em que significativas mudanças políticas e sociais culminaram no descrédito das instituições tradicionais, cabendo ao Judiciário a função de compensar o “déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (Legislativo e Executivo)”, acumulando também a “função institucional de recuperação da democracia” (CARVALHO FILHO, 2014, p.12).

Com isso, o Poder Judiciário, até então um Poder menor em importância, recebeu destaque das Constituições contemporâneas, compensando a atuação das instituições democráticas tradicionais à medida que essas se tornavam ineficientes, seja pela burocratização, seja pelo travamento de interesses opostos, seja pela confusão entre interesse público e privado, seja por qualquer outro motivo antidemocrático.

Ao lado de toda essa mudança no contexto político, há que se considerar também a influência das mudanças sociais, decorrente da crescente complexidade social observada nas atuais democracias, formadas por diversos microssistemas culturais, éticos e ideológicos. As divergências de interesses fazem com que frequentemente grupos políticos sem voz nas arenas políticas tradicionais busquem o Judiciário para serem atendidos:

Diante disso, o ativismo judicial nasce em um cenário de alto complexização social e conseqüente fragmentação das tradicionais estruturas ‘a-jurídicas’ (como morais e religiosas, por exemplo) de resolução das controvérsias, de modo que podemos distinguir dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo judicial: reificação e judicialização; esta em uma perspectiva político-institucional, aquela em uma perspectiva sociológica. (...) Se

reificação representa perda de reconhecimento, estamos então dentro de um contexto no qual o diálogo, a troca de ideias – não apenas a troca de mercadorias ou bens negociáveis – e o derradeiro acordo se tornam práticas quase impossíveis – improváveis, no mínimo – de se realizar longe da intervenção de um terceiro imparcial.

Quanto ao fenômeno da judicialização das relações sociais, a referida perda dos sentimentos de comunidade, reconhecimento e identidade, já se constitui em uma possível causa. Todavia, a judicialização da política tem um significado bem mais específico e concreto, representando, normalmente: (1) a expansão do poder dos juízes e a consequente transferência do poder de criação normativa, característico do Legislativo, para o Judiciário; (2) a criação de métodos e técnicas decisórias fora daquilo que habitualmente tem sido utilizado (TEIXEIRA, 2012, p. 41).

Desta forma, conforme leciona Teixeira, o ativismo judicial justifica-se porque o Estado encontra-se acometido pela burocratização e pelo descompasso entre a realidade social e os anseios e expectativas dessa sociedade, e nesse contexto, busca-se o Judiciário para que ele solucione com mais eficiência os problemas jurídicos, sociais e políticos.

Essa constatação parte do princípio de que o Estado contemporâneo não tem como atender as crescentes demandas do povo, atendendo a todos em suas necessidades individuais e coletivas e prestando serviços públicos satisfatórios. Quando individualmente considerado o cidadão, vê-se que não só as suas expectativas não são satisfeitas pelos governantes, mas também muito de seus direitos são constantemente violados pelas escolhas do governo, e nesse contexto, judicializam seus problemas, depositando no Judiciário a esperança de serem atendidos seus anseios.

Diante disso, impossível ao juiz do caso manter-se indiferente, apegado para a resolução do caso à racionalidade judicial tradicional subsuntiva, pois a complexidade social antes mencionada não permite mais, na maioria das demandas judiciais, encontrar na norma a exata previsão do caso controverso, com a sua precisa consequência jurídica, fazendo-se necessário recorrer a diversas técnicas interpretativas e discursivas para se solucionar os problemas. É justamente nessa construção da norma ao caso concreto que se manifesta o ativismo judicial, quando

neste processo o julgador inova, seja extraíndo inédita interpretação do ordenamento, ou, de forma gravosa, criando uma norma para solucioná-lo.

Ademais, a significativa mudança que sofreu o conceito de norma jurídica no pós Guerra, que passou a ser gênero das categorias “norma-princípio” e “norma-regra”, aumentou e muito a possibilidade de atuação ao magistrado, pois antes o parâmetro de decisão era apenas a norma-regra, que, simplificada, é aquela com pouca abstração e de aplicação direta, ou seja, aquele texto normativo que busca abranger e exaurir o caso, trazendo em si a sua previsão e a consequência jurídica.

Já a norma-princípio, tipo normativo mais presente nas Constituições, é aquela dotada de “alto grau de generalidade, de um alto grau de indeterminação e, por isso, requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos” (GUASTINI, 1996 *apud* TEIXEIRA, 2012, pp. 44-45).

Assim, muito embora o pensamento subsuntivo ainda seja a principal forma de se resolver os problemas judiciais, a incorporação dos princípios à normatividade jurídica, aliada à percepção de que o Legislador não pode antever todas as situações fáticas e enquadrá-las perfeitamente na norma, fez com que ficasse a cargo do juiz do caso a função de solucionar a lide, senão com base em regras perfeitamente moldadas, então com base na normatividade dos princípios.

Subsidiariamente à subsunção, diversas técnicas hermenêuticas foram surgindo para tentar atender a tais exigências, criando inclusive técnicas específicas de acordo com a matéria envolvida, como é o caso da hermenêutica constitucional. O caráter abstrato e o elevado grau de generalidade dos princípios, sobretudo dos princípios constitucionais, permitem que o julgador possa decidir tão somente com base em princípios e, até mesmo, *contra legem*, mas desde que esteja sustentado em uma fundamentação principiológica apta a desconstruir a validade, legitimidade ou necessidade premente de aplicação de determinada norma-regra, sobretudo em condições de deslegitimar a fundamentação principiológica desta. São incontáveis os casos de regras que são excetuadas pela jurisdição ordinária para que pudesse prevalecer algum princípio constitucional que assegura direito fundamental, tanto que vamos nos abster de exemplificações (TEIXEIRA, 2012, p. 45).

Portanto, decisões judiciais com base em princípios deixam muito mais evidente o trabalho subjetivo, de interpretação, de concretização, de intermediação feito pelo magistrado entre o mandamento normativo e a solução do caso concreto, e é justamente aqui que se abre as mais expressivas portas para o ativismo judicial.

Contudo, o ativismo judicial não pode ser um pretexto para sobreposição de Poderes, sobretudo quando se está em jogo casos complexos, em que não há consenso político ou social, comuns em sociedades plurais. O ativismo só se justifica quando visa garantir a força normativa da Lei Maior, quando concretiza direitos constitucionais, seja para barrar um ato abusivo advindo dos outros Poderes, seja para suprir uma omissão inconstitucional destes.

2.1 Problemas relacionados ao ativismo judicial

Uma das grandes questões que se coloca atualmente à atuação do Poder Judiciário é que “questões morais e políticas complexas, nas quais existem divergências profundas na sociedade sobre o conteúdo dos direitos e a forma de interpretá-los, é reservada a um punhado de juízes não eleitos democraticamente” (ARAÚJO, 2014, p. 12).

É bem verdade que existem muitos mecanismos, regras, técnicas e outras formas de se garantir a imparcialidade e realmente conduzir os tomadores de decisões no intuito de proteger e promover direitos, contudo, o ativismo judicial confere um superpoder ao Judiciário, já que, por exemplo, o possibilita defender direitos não regulamentados, apenas anunciados. Contudo, também permite ao julgador impor suas preferências em detrimento de todo o ordenamento jurídico.

Ademais, há que se considerar que, sobretudo por ser formado por membros não eleitos, a atuação mais proativa do Judiciário sempre esbarra no problema da falta de legitimidade popular, especialmente no exercício da jurisdição constitucional,

já que exerce a função contramajoritária, alterando ou mesmo invalidando o resultado de questões amplamente debatidas. Nesse sentido,

(...) justifica-se a legitimidade do Judiciário pela sua função institucional de guardião da Constituição. Assim, a jurisdição constitucional seria pressuposto da democracia, na medida em que não se pode vislumbrar participação popular em contexto de desrespeito aos direitos fundamentais. O sistema contramajoritário de controle de constitucionalidade representaria, assim, mecanismo de autoproteção da própria democracia, destinado a evitar que decisões majoritárias se sobreponham em relação aos direitos essenciais dos indivíduos (CARVALHO FILHO, 2014, p. 28).

Buscando identificar os malefícios do ativismo judicial, Teixeira (2012, pp. 46-48) citando Keenan Kmiec (2004, pp. 1441-1447), enumera as seguintes práticas que considera nocivas para a estabilidade institucional e constitucional. Segundo o autor, “invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes”, somente é aceitável caso ocorra no estrito exercício do controle de constitucionalidade, configurando a anulação dos atos de outros Poderes por qualquer outro argumento político um abuso prejudicial ao sistema jurídico.

Da mesma forma, “afastar a aplicação de precedentes” é uma prática danosa, sobretudo nos sistemas de Common Law, onde um caso em julgamento deve ter o mesmo desfecho de outro já julgado, quando ocorrer identidade dos elementos que os caracterizam, a não ser que haja necessidade de inovação da jurisprudência em decorrência da aplicação de uma nova regra ou princípio. O julgamento inovador, com base na mesma normatividade, afastando os precedentes verticais ou horizontais, configura um ativismo judicial ruim.

Também considera um desvio grave quando o julgador resolve “atuar como legislador”, ou seja, quando a decisão judicial traz em si uma nova regra não enunciada pelo Poder competente, o que extrapola a sua função jurisdicional e gera insegurança jurídica. Tal atitude não se confunde com inovação jurisprudencial, já que “o fundamento decisório está na própria decisão ou em uma interpretação torpe de legislação não aplicável ao caso, como, por exemplo, mediante analogia entre casos que não possuem identidade entre si” (TEIXEIRA, 2012, p. 47).

Ademais, o autor considera que a prática mais nociva de ativismo judicial é fazer “julgamentos predeterminados a fins específicos”, principalmente quando se julga *contra legem* ou *extra petita*. O julgador jamais consegue se afastar das suas orientações pessoais, e não é isso que se considera prejudicial, mas sim quando ele inicia o julgamento partindo do resultado final, para depois construir a argumentação desta decisão. Desta forma, ele não busca enquadramento jurídico do caso para se chegar a uma conclusão, mas sim busca justificar a sua escolha política e seus impactos, deixando de atender, contudo, interesses legítimos.

Outra forma de ativismo judicial identificada pelo autor, mas que ele considera que não necessariamente produzirá um resultado ruim, é a “utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina”, já que as técnicas interpretativas aumentam o leque de possibilidades para se chegar ao resultado justo. Contudo, há que se aplicar com cautela as técnicas doutrinárias inovadoras, pois podem abrir espaço para um ativismo judicial ruim, se desvinculado dos preceitos constitucionais ou da garantia dos direitos fundamentais.

Por fim, o autor conclui que “a nocividade maior do ativismo judicial ocorre quando a decisão judicial tem um fim político e depende da negação à tutela de interesses legítimos de alguma parte da ação, fundamentando-se em argumentos que transcendem a racionalidade jurídica” (TEIXEIRA, 2012, p. 48).

Desta forma, indesejável é a prática ativista do julgador para beneficiar interesses específicos de setores da sociedade, principalmente quando estes interesses contrapõem-se aos do ordenamento e, por consequência, aos direitos legítimos. Ao contrário, benéfica é a prática ativista que visa concretizar direitos fundamentais e salvaguardar a supremacia da Constituição, e para isso, é preciso que se respeite as funções e prerrogativas dos demais Poderes, que esteja de acordo com a jurisprudência, que não imponha nova regra jurídica e que atenda a fins jurídicos e sociais.

2.2 O ativismo judicial no Brasil

No caso brasileiro, a expansão do Poder Judiciário iniciou-se formalmente desde a primeira Constituição republicana em 1891, muito embora a prática política que se orientava para a satisfação dos interesses da oligarquia, que ficou conhecida como “política dos governadores”, impedia a sua concretização. Fato é que, desde então, com exceção de alguns períodos de autoritarismo, o Judiciário veio aos poucos aumentando sua participação política e social (ARAÚJO, 2014, p. 9).

Contudo, assim como a judicialização da política, o ativismo judicial passou a ser um fenômeno relevante no Brasil somente após a Constituição de 1988, “pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática” (TEIXEIRA, 2012, p. 40).

Isso porque, além de garantir diversas prerrogativas aos julgadores, a Constituição atualmente em vigor também solidificou e ampliou o uso do controle de constitucionalidade, principalmente o modelo concentrado, permitindo ao Tribunal Constitucional participação nos processos decisórios afetos aos demais Poderes, através do amplo controle dos atos legislativos e administrativos:

Um debate (sobre a constitucionalidade das leis), que antes de 1965 ficava primordialmente concentrado no meio político, hoje concentra-se cada vez mais nas instâncias judiciais ordinárias, que estão em condições de exercer o controle difuso, mas também concentra-se, derradeiramente, naquilo que é decidido no juízo abstrato do Supremo Tribunal Federal (TEIXEIRA, 2012, p. 40).

Ademais, outros fatos relacionados à Constituição brasileira de 1988 que favorecem o ativismo judicial são: a constitucionalização de diversos direitos, a abertura interpretativa gerada pela grande quantidade de princípios constitucionais e a ampla possibilidade de judicialização da política e das relações sociais, que aliado à facilitação ao acesso à Justiça, fez com que o Judiciário fosse cada vez mais demandado para fazer valer a Constituição (CARVALHO FILHO, 2014, p. 15).

Em todas as esferas do Judiciário ocorre o fenômeno, mas é na jurisdição constitucional que o ativismo judicial mais se manifesta no Brasil, sobretudo pelos diversos instrumentos disponíveis para questionar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, o que transformou o Supremo Tribunal Federal em um relevante ator político, capaz inclusive de deslocar a resolução dos problemas sociais do Legislativo para o Judiciário:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei (BARROSO, 2009, pp. 9-10).

O ativismo judicial é um fenômeno crescente no país no intuito de proteger a Constituição e concretizar direitos, principalmente porque o funcionamento dos Executivo e Legislativo, muitas vezes travado pela burocracia e por interesses pessoais destoantes do interesse público, se mostram inertes e ineficientes, e as vezes até manifestamente contrários aos ditames constitucionais.

Inclusive, na ocasião da posse do Min. Gilmar Mendes como Presidente do Supremo Tribunal Federal, em abril de 2008, o Min. Celso de Mello discursou ressaltando o papel fundamental da Corte quanto à defesa da Constituição, enfatizando que o Tribunal não teme nem admite a prepotência dos governantes, defendendo uma atitude ativista da Corte nos seguintes termos:

(...) Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a

necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se estiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (...)

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. (MELLO, 2008, pp. 11-13).

Portanto, o próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de seus membros, reconhece sua postura ativista e justifica a sua necessidade em decorrência das constantes violações ativas ou omissivas à Constituição operadas pelos outros Poderes. O respeito à Lei Maior é condição necessária para o funcionamento da democracia, mas há que se considerar que o ativismo judicial, embora realidade em nosso sistema, não pode justificar uma sobreposição de Poderes nem o desvio da finalidade da atuação da Suprema Corte, que é proteger a Constituição.

2.3 Ativismo judicial e judicialização da política

Conforme demonstrado, judicialização da política e ativismo judicial são fenômenos relacionados e que muitas vezes se confundem, mas possuem diferenças conceituais e práticas significativas:

A judicialização da política decorre de uma estruturação política, jurídica e institucional que implica na transferência de competências do âmbito de atuação dos Poderes Legislativos e Executivo para o Judiciário. O ativismo judicial, por sua vez, decorre do comportamento dos juízes e tribunais que resolvem se imiscuir na esfera de competência dos demais Poderes (POZZOBON, 2009, p. 105).

Assim, o oposto de ativismo judicial é a autocontenção do Judiciário, que ocorre quando este Poder, ao julgar, diminui a margem interpretativa propiciada pelos dispositivos legais aplicáveis ao caso concreto, visando não adentrar na esfera de atuação de outras instâncias políticas (BARROSO, 2009, p.7).

Noutro giro, age ativamente quando usa todas as possibilidades interpretativas para dar solução ao problema, para concretizar direitos e a Constituição, mesmo correndo o risco de inovar no ordenamento jurídico, de usurpar a competência do Poder Legislativo ou mesmo de se desvencilhar dos fins constitucionais.

As causas de ambos os fenômenos também são distintas, uma vez que a judicialização decorre do modelo constitucional adotado, que confere ao Judiciário a prerrogativa de dar a palavra final aos conflitos a ele submetidos, desde que respeitados os limites formais e materiais impostos pela própria Carta Magna, ao passo que o ativismo judicial ocorre por uma opção do intérprete, uma vez que tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional são repletos de dispositivos legais abertos ou indeterminados e de princípios, os quais dão margem à interpretação extensiva.

O ativismo judicial representa, então, “um fenômeno de intensificação da ação do Poder Judiciário voltada para a concretização de direitos e demandas sociais através da interpretação principiológica” (SANTOS, 2007, p.1), sendo os princípios entendidos como normas jurídicas normalmente programáticas, que carregam mandamentos nucleares do ordenamento jurídico e que servem de critério para a aplicação das demais normas.

Ao contrário das regras, os princípios não são concretizados por meio da subsunção, mas sim podem ser aplicados de forma ponderada com outros princípios, ainda que conflitante, caso ambos tragam em si valores e escolhas culturais socialmente desejáveis, sem contar que por vezes não possuem conteúdo de extensão precisa, o que contribui para que o Magistrado tenha maior liberdade de interpretação ao decidir o caso concreto.

Para ilustrar, BARROSO (2009, p. 6) nos lista as seguintes atitudes do Judiciário que caracterizam uma postura ativista:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Embora o ativismo judicial sofra duras críticas pelos estudiosos do assunto devido ao risco de adentrar na competência do Legislativo e gerar uma sobreposição de Poderes, há que se considerar que a atuação mais intensa do Judiciário faz com que demandas sociais não atendidas pelas instâncias ordinárias sejam satisfeitas.

A judicialização da política, portanto, representa um deslocamento do poder decisório das arenas tradicionais para o Judiciário decorrente do modelo constitucional adotado, enquanto o ativismo judicial designa a postura mais ativa dos julgadores decorrente do exercício deliberado da vontade, buscando concretizar valores legais e sobretudo constitucionais (BARROSO, 2009, p. 6).

Contudo, embora não se confundam, normalmente a judicialização da política resulta em uma postura mais ativa dos juízes, eis que quando chamado para interferir no processo decisório dos demais Poderes, para que essa intervenção tenha efetividade, necessário que atue de forma ampla e intensa para resolver a questão e ele posta.

3. O CASO DA REGULAMENTAÇÃO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA OPERADA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES PÁTRIOS

Um interessante exemplo apontado pelos estudiosos (BARROSO, 2009; POZZOBON, 2009; SANTOS, 2007) como sendo uma hipótese de judicialização da política, é o caso da regulamentação da fidelidade partidária operada, de maneira ativista, primeiramente pelo Tribunal Superior Eleitoral, mas sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal.

Tais Cortes foram instadas a se manifestarem sobre a fidelidade partidária, importante tópico do processo de reforma política, quando o antigo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), fez a consulta pública nº 1.398/2007 na Corte Eleitoral, questionando sobre quem era o real detentor do mandato eletivo, o Parlamentar eleito ou o partido político pelo qual se elegeu, nos seguintes termos:

Considerando o teor do art. 108 da Lei n.4737/65 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático.

Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos.

Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

INDAGA-SE: Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda? (CTA nº 1.398/DF. Relator(a): Min. Cesar Asfor Rocha. Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2007, DJ 08-05-07. PP-00043).

Com esta consulta pública, a questão, que há muito tramitava no Congresso Nacional sem que fosse regulamentada, saiu da esfera do Legislativo, a quem competia tratar a matéria, e foi decidida pelo Poder Judiciário, o qual, a partir de uma

interpretação principiológica da Constituição Federal, não só entendeu existir nas entrelinhas da Carta Magna a exigência de fidelidade partidária no Brasil como também regulamentou o processo de perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, exercendo nítida função legislativa.

Desta forma, a partir deste estudo do caso, pretende-se analisar como se deu o processo de judicialização da política no que tange a fidelidade partidária, ou seja, como o Judiciário, provocado pelos próprios membros do Parlamento, interviu para decidir, de maneira ativista, uma importante questão que deveria ser deliberada e decidida pelo Poder Legislativo.

3.1 Breves considerações acerca da fidelidade partidária no Brasil

A fidelidade partidária pode ser entendida sob dois aspectos: há fidelidade quando o Parlamentar vota conforme orientações e diretrizes do seu partido político (esta forma também chamada de disciplina partidária); e há, também, fidelidade quando o Parlamentar exerce inteiramente seu mandato filiado ao partido pelo qual foi eleito, em conformidade com sua ideologia e seguindo suas diretrizes, sendo este último o conceito de fidelidade partidária considerado neste trabalho.

Assim, a exigência de fidelidade partidária, com consequências negativas aos Parlamentares infiéis, foi instituída pela primeira vez no Brasil pela Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, como uma tentativa do governo militar de impedir a movimentação dos Parlamentares do ARENA, partido governista, para o partido oposicionista MDB (FREITAS, 2008, p. 36), tendo a referida Emenda a seguinte redação original:

Art. 152. 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 Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente

estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.

Tal imposição permaneceu expressa em nosso ordenamento até a redemocratização do país, tendo sido abolida pela Emenda Constitucional nº 25/1985, a qual tornou possível na vida Parlamentar brasileira a troca de partido político no curso do mandato eletivo, sem necessidade de sequer apresentar uma justificativa e sem consequências negativas de nenhuma natureza, bastando somente a vontade de mudar, a conveniência política.

Esse fato aliado ao surgimento de novos partidos deu ensejo a um processo de acomodação das elites políticas brasileiras. Assim, no período compreendido entre 1985 e 1995, em decorrência das mudanças constitucionais e legislativas sobre as regras eleitorais e partidárias, e principalmente em decorrência da instabilidade típica de um processo de transição política, a troca partidária se deu com mais frequência no sentido dos grandes partidos para as pequenas e novas legendas (FREITAS, 2008, p. 38).

Contudo, o que representou, no início, um fenômeno de acomodação política natural ao processo de transição democrática, com o passar do tempo ganhou proporções preocupantes, sendo motivada não mais pela conjectura do momento, mas principalmente pela busca de benefícios políticos pessoais:

Longe de se limitar a esses movimentos acomodativos, a migração partidária na Câmara manter-se-ia nas legislaturas seguintes e em proporção semelhante. Passaria, no entanto, a assumir o caráter de uma movimentação motivada estritamente pelo cálculo individual ou que, no limite, obedecia a uma lógica estadual capaz de agregar pequenos grupos de congressistas. Transformada em prática corrente, a mudança de partido acabou por dotar o atual período democrático brasileiro de mais uma peculiaridade. A migração partidária, na escala em que ocorre no país, não encontra paralelo em nenhuma outra democracia (MELO, 2000, p. 3).

Desta forma, mesmo a partir de 1995, quando o sistema político brasileiro estabilizou-se, considerando que foi o ano em que assumiu o primeiro Presidente da

República pós-Constituição de 1988 que terminaria seu mandato, a troca partidária continuou sendo uma prática corrente no Congresso Nacional, sem que se levasse em conta, dentre outros fatores, a vontade do eleitor, a representatividade do partido que elegeu o Parlamentar e a estabilidade das coalizões governamentais, tornando-se um mero “instrumento de modificação de correlação de forças no Congresso” (MELO, 2000, p. 4), baseada exclusivamente na conveniência pessoal.

Neste sentido, Reiner (2001, pp. 7-9) lista as seguintes peculiaridades presentes no contexto brasileiro que contribuem para uma atuação parlamentar mais individualizada, o que acarreta no enfraquecimento dos partidos: 1) existência de um candidato nato, pela qual o parlamentar eleito se torna candidato automático do partido no próximo pleito; 2) possibilidade de cada agremiação partidária apresentar elevado número de candidatos para cargos proporcionais; 3) falta de consequências negativas que desincentivassem a troca partidária; 4) ausência de vinculação dos políticos com o programa do partido; 5) existência de normas que estimulam a proliferação de partidos políticos.

O debate acerca da existência da fidelidade partidária e a consequente perda do mandato eletivo pelo descumprimento deste princípio se inserem na questão dos direitos políticos, tratados no Capítulo IV do Título II da Constituição Federal (arts. 14 a 16) e que servem de base ao sistema democrático.

Por sua vez, os direitos políticos constituem um conjunto de regras que disciplinam o exercício da soberania popular, tratando da participação do indivíduo nos processos decisórios que envolvem o Estado e a sociedade, e dizem respeito “à escolha de representantes para o exercício do poder em nome do povo ou pela própria participação direta do povo no exercício do poder” (FERNANDES, 2010, p. 509), sendo, portanto, um importante aspecto do sistema democrático.

As causas restritivas dos direitos políticos no Brasil estão elencadas no próprio texto constitucional (ou excepcionalmente em Lei Complementar, conforme art. 14, § 9º, da Carta Magna, que permite a instituição de causas de inelegibilidade pelo legislador infraconstitucional) e somente se referem às inelegibilidades e às hipóteses de perda ou suspensão desses direitos.

Quanto às inelegibilidades, estas podem ser absolutas (aquelas que atingem somente os analfabetos e os inalistáveis, que são os estrangeiros, os privados de seus direitos políticos e os conscritos) ou relativas (que impedem, temporariamente e sob circunstâncias especiais, o acesso a certos cargos ou a participação em certo pleito, a exemplo daquelas decorrentes de função ou de parentesco).

Quanto à perda ou suspensão dos direitos políticos, estas estão dispostas no art. 15 da Constituição Federal da seguinte forma:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Apesar da Constituição não fazer distinção, a perda dos direitos políticos é definitiva, mas não se confunde com a cassação desses direitos, já que podem ser readquiridos, enquanto a suspensão é temporária e se estende até que cesse o motivo impeditivo do exercício desses direitos (FERNANDES, 2010, p. 15).

Observa-se, ainda, que a perda ou suspensão dos direitos políticos no curso do mandato eletivo é uma das causas previstas no rol taxativo do art. 55 da Constituição Federal que acarreta a perda do mandato parlamentar, conforme texto constitucional abaixo reproduzido, e caso não seja o cidadão um Parlamentar, assim como as hipóteses de inelegibilidade, impedem a participação no pleito como candidato ou o acesso ao cargo eletivo.

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Além destas citadas acima, não há mais hipóteses expressamente previstas pela Constituição Federal de restrições ao exercício dos direitos políticos nem do mandato eletivo, e, portanto, “qualquer restrição ao exercício desse direito fundamental deve ser considerada como exceção e assim tratada na hermenêutica constitucional” (LAMANAUSKAS, 2010, p. 164).

Nota-se, portanto, que não há nenhuma previsão expressa e inequívoca na Constituição Federal no sentido de proibir ou punir a prática Parlamentar de troca de partidos no curso do mandato eletivo.

3.2 Os precedentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária

Dentre muitos fatores, a intensa mudança partidária observada após a redemocratização se deveu ao fato de a nova Carta Magna, além de permitir a proliferação de partidos políticos, ter optado por não prever expressamente a possibilidade de perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, ao contrário do texto constitucional anterior, se limitando a apenas a prever a necessidade dos próprios partidos políticos instituírem internamente regras de fidelidade partidária (Constituição Federal, art. 17, §1º), e por isso tal assunto não demorou a chegar à Suprema Corte.

Logo após a promulgação da Constituição, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a manifestar sobre a fidelidade partidária e, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.927, em 11/10/1989, decidiu no sentido de inexistir no ordenamento jurídico nacional a possibilidade de sanção ao Parlamentar por infidelidade partidária, nos seguintes termos:

MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. SUPLENTE DE DEPUTADO FÉDERAL. Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de

suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da Lei, aos respectivos suplentes. Mandado de segurança indeferido. (MS 20927, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/1989, DJ 15-04-1994 PP-08061 EMENT VOL-01740-01 PP-00130).

No mesmo sentido, foram os julgamentos dos Mandados de Segurança nº 20.916, também do dia 11/10/1989 e do Mandado de Segurança nº 23.405, do dia 22/03/2004. Contudo, a análise dos votos proferidos em todos esses julgamentos demonstra que a questão não era pacífica.

Por exemplo, no primeiro julgamento mencionado (Mandado de Segurança nº 20.927/89), impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que deu posse a Suplente que trocou de agremiação partidária (do PFL para o PL) após as eleições, o relator, Ministro Moreira Alves, ressaltou a inexistência de sanção jurídica na Constituição à troca partidária no exercício do mandato eletivo, sustentando que a despeito de o constituinte ter alçado a representação político-partidária e o sistema proporcional a um elevado grau de prestígio, optou por retirar as sanções por infidelidade partidária, não sendo mais possível, portanto, à luz do texto constitucional, punir o Parlamentar ou o seu Suplente infiel, assim dizendo:

Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, "a"; 58, §1º; §4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55. (MS 20927, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/1989, DJ 15-04-1994 PP-08061 EMENT VOL-01740-01 PP-00130, inteiro teor, p. 14).

Desta forma, não se vislumbrou fundamento constitucional para punir o Parlamentar eleito ou seu substituto, não sendo possível, portanto, fazer

interpretação mais gravosa a partir do silêncio constitucional. No mesmo sentido, foram os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Célio Borja, Octavio Gallotti, Aldir Passarinho e Francisco Rezek, tendo este último, contudo, sustentado que a Constituição ainda era muito recente e que não havia imposto restrições à atuação Parlamentar por querer se desvincular dos retrocessos do contexto ditatorial anterior, mas que não tratar da fidelidade partidária era um problema, e que mudanças institucionais futuras seriam necessárias no sentido de fortalecimento dos partidos políticos (MS 20927, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, inteiro teor, p. 45).

Ademais, conforme ressaltou Lamanauskas (2010, p. 189), dos votos que acompanharam o Relator para interpretar gramaticalmente a Constituição e indeferir do Mandado de Segurança, não punindo, por consequência, o Suplente infiel, destaca-se o posicionamento do Min. Aldir Passarinho, que trouxe em seu voto o gérmen da mudança, ao anunciar que o ideal era o desfecho contrário ao que se construía naquele momento, já que “a vinculação aos partidos políticos e o prestígio a estes, deveriam ser mais valorizados, uma vez que a Constituição vigente está cheia de princípios nesse sentido”, assim dizendo o Ministro:

No tocante à infidelidade partidária, bem como no pertinente à indisciplina, a Constituição expressamente remeteu a fixação das normas referentes a tais pontos aos Estatutos dos Partidos Políticos, conforme o art. 17, § 1º, o qual assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária.

Mas, nem aí, a Constituição estabelece que, como norma de fidelidade partidária, possa ser implícito na Constituição, e na oportunidade, não é necessário enfrentar esta questão. Outros casos, como os mencionados pelo eminente Min. Sidney Sanches, qual o de um suplente adoecer, ou mesmo o candidato já diplomado não poder assumir o seu mandato pela mesma razão, é questão absolutamente diferente, posto que a situação fática é diversa, pois, então, o que ocorre é incompatibilidade física ou mental, para o exercício do mandato, e não situação advinda de modificação da orientação política da desvinculação partidária do eleitor.

Assim, Sr. Presidente, entendo que, na verdade, no nosso sistema, o ideal seria a prevalência da vinculação aos partidos políticos, e a Constituição atual está cheia de princípios nesse sentido. Há que se prestigiar os partidos políticos, e isso deixei expresso no voto anterior, quando endossei, em tese, as razões expendidas pelo Eminente Min. Paulo Brossard. Entretanto, não se encontra na

Constituição Federal, nem na legislação pertinente, nada, absolutamente nada, que implique na perda do mandato do deputado ou do senador como, também na perda da suplência, no caso de mudança de partido (MS 20927, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, inteiro teor, p. 48).

Na ocasião, foram vencidos os votos dos Ministros Celso de Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanchez, que sustentaram a vinculação partidária como condição do exercício de mandato eletivo pelo Suplente de Deputado. Dentre estes, destaca-se o voto do Ministro Paulo Brossard, que já naquela época criticou a proliferação dos partidos políticos e a falta de consequências gravosas em caso de infidelidade partidária, conforme bem analisou Lamanauskas (2010, p. 180):

Sua argumentação partiu da relação intrínseca entre a representação proporcional e a fidelidade partidária. Trata-se de um dos principais argumentos de quem defende o instituto, que se apoia nas desvantagens da redução da representatividade do partido no parlamento: a diminuição do número de cadeiras decorrente do abandono do parlamentar e, de outra face, o enriquecimento sem causa do partido que abriga o parlamentar migrante. Naturalmente, essa teoria considera que o parlamentar não representa o povo, mas o partido, e este, sim, representa o povo. Sua investidura não o despe da insígnia da qual se utilizou para obtenção dos votos, segundo tal lógica. A troca de partido pelo suplente configura uma renúncia tácita da posição jurídica do parlamentar. Não fora assim, diz o Ministro, “ofendido estaria o princípio da representação proporcional e o resultado das urnas”.

No mesmo dia desta decisão da Suprema Corte, foi também julgado o Mandado de Segurança nº 20.916, impetrado pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) contra ato do Presidente da Câmara que deu posse a Suplente que se desvinculou do partido no curso da legislatura, e com base nos mesmos argumentos da falta de previsão de punição constitucional, o Tribunal também indeferiu a ordem, mantendo o Suplente infiel no exercício do mandato, em julgamento assim ementado:

I. Mandato Representativo e Suplência: perda por fato superveniente a diplomação: declaração que incumbe a Presidência da Câmara respectiva e não a Justiça Eleitoral. II. Suplência de Mandato

Representativo: situação jurídica que o abandono do partido, pelo qual haja o suplente concorrido ao pleito, não desfaz: extensão ao Suplente dos efeitos do desaparecimento, a partir da EC 25/85, da sanção da perda do mandato cominada ao titular que abandonava o partido. (MS 20916, Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/1989, DJ 26-03-1993 PP-05002 EMENT VOL-01697-02 PP-00356).

Passado o tempo, a questão da fidelidade partidária voltou ao Supremo Tribunal Federal em março de 2004, quando o contexto político já era completamente diferente, mas em hipótese muito semelhante, já que o Suplente Ney Moura Teles reivindicou uma das vagas conquistadas por sua aliança partidária na Câmara dos Deputados, ao argumento de que a mudança de partido de dois de seus correligionários implicou na vacância dos cargos, o que lhe daria o direito de assumir.

Ocorre que, na época do julgamento, a legislatura em que se deu a demanda já havia se encerrado (1998-2002), e por perda de objeto, o Mandado de Segurança foi julgado prejudicado, tendo, contudo, o relator, Ministro Gilmar Mendes, demonstrado inquietação com a jurisprudência da Corte da seguinte forma:

Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob o regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente. (MS 23405, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2004, DJ 23-04-2004 PP-00008 EMENT VOL-02148-03 PP-00495, inteiro teor, p. 7).

Portanto, apesar de haver decisões no Supremo Tribunal Federal no sentido de inexistir o princípio da fidelidade no Brasil por falta de previsão constitucional, argumentos contrários ao apego à gramática constitucional e privilegiando uma interpretação principiológica e sistêmica, ressaltando a necessidade de se fortalecer os partidos políticos e a representação proporcional, foram levantados, demonstrando não ser esta uma questão pacífica na Corte.

Contudo, muito embora as regras básicas do sistema político brasileiro, no que tange a existência no ordenamento pátrio de regras de fidelidade partidária e a possibilidade de punição com a perda do mandato eletivo por infidelidade, não tenham se alterado, as Cortes Superiores mudaram seu entendimento após a citada consulta pública nº 1.398/2007 no Tribunal Superior Eleitoral.

Entende-se como marco da mudança do posicionamento de nossas Cortes relativamente à questão da fidelidade partidária, a resposta vinculante do TSE à Consulta N. 1.398 e a consequente edição da Resolução N. 22.526, em 27 de março de 2007. No início daquele ano, o Tribunal Superior Eleitoral, diante da inoperância do Legislativo em produzir normatização a respeito do tema da migração partidária, foi obrigado a se manifestar em resposta ao procedimento de Consulta formulado pelo DEM (à época PFL – Partido da Frente Liberal), que pretendia que os partidos e coligações tivessem recuperadas as vagas ocupadas por parlamentares que trocaram de legenda ou que houvessem cancelado sua filiação, considerando-se o teor do art. 108 do Código Eleitoral (Lei 4737/65), que estabelece toda engenharia eleitoral partidária dentro de um sistema eleitoral proporcional. A Consulta também se fundamentou na condição de elegibilidade, qual seja, a da filiação a um partido (LAMANAUSKAS, 2010, p. 185).

Na ocasião, o relator da Consulta, Ministro Cesar Asfor Rocha, respondeu positivamente, concluindo pertencer o mandato eletivo ao partido político com base nos seguintes dados:

Um levantamento preliminar dos Deputados Federais, eleitos em outubro de 2006, mostra que nada menos de trinta e seis parlamentares abandonaram as siglas partidárias sob as quais se elegeram; desses trinta e seis, apenas dois não se filiaram a outros grêmios partidários e somente seis se filiaram a Partidos Políticos que integraram as coligações partidárias que se elegeram. Por conseguinte, vinte e oito parlamentares, eleitos sob determinadas legendas, passaram-se para hostes dos seus opositores, levando consigo, como se fossem coisas particulares, os mandatos obtidos no último prélio eleitoral.

Apenas para registro, observe-se que dos 513 deputados federais eleitos, apenas 31 (6,04%) alcançaram por si mesmos o quociente eleitoral. (TSE, CTA 1398, Relator(a): Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2007, DJ 28-05-2007, inteiro teor, p. 6).

Tal entendimento foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verá adiante, o qual mudou completamente o seu entendimento anterior, com o objetivo de frear os casos de migração partidária que estavam ocorrendo há muito no Congresso Nacional e que estavam alterando significativamente a representação dos partidos políticos no âmbito legislativo.

3.3 Como se deu o reconhecimento da existência de fidelidade partidária e a normatização do assunto no Brasil

A discussão acerca da existência da fidelidade partidária no ordenamento pátrio foi reacendida, conforme já argumentado, no ano de 2007, quando o antigo Partido da Frente Liberal, atual Democratas, formulou perante o Tribunal Superior Eleitoral a consulta pública nº 1.398/2007, questionando se os partidos políticos ou coligações partidárias tinham o direito de preservar a vaga do Parlamentar eleito pelo sistema proporcional (deputados federais, estaduais, distritais e vereadores) que se desligou do partido para se filiar a outra agremiação no curso do mandato.

No dia 27/03/2007, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu positivamente à Consulta formulada, firmando o entendimento no sentido de que, quantos aos cargos proporcionais, o mandato pertence aos partidos políticos ou a suas coligações, não representando um direito subjetivo do Parlamentar eleito.

Os fundamentos dessa resposta foram resumidamente os seguintes: pertencer a um partido político é condição de elegibilidade; durante a campanha, os candidatos se utilizam da máquina partidária, do horário da propaganda eleitoral e dos recursos financeiros do fundo partidário; além de que, sendo o cargo proporcional, apenas uma minoria consegue se eleger sem depender dos votos do partido. Argumentou-se, ainda, que a titularidade do mandato pertencer ao Partido Político coaduna-se com o princípio da moralidade, e que assim se preserva a representação partidária da agremiação (SANTOS, 2007, p. 4).

A Corte Eleitoral também sustentou que esse entendimento não decorreu de inovação interpretativa, mas sim que está implicitamente descrita em nosso ordenamento jurídico, constando nas entrelinhas da Constituição nos artigos:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...) V - a filiação partidária;

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...) § 1º - É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006).

Também sustentou estar descrito implicitamente na legislação ordinária, que em várias passagens reafirma que no sistema proporcional vota-se em partidos e não em pessoas, e que em diversas situações devolve os votos às agremiações partidárias, conforme se vê nos seguintes dispositivos:

Código Eleitoral (Lei nº. 4.737/65):

Art. 108. Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido. (Essa era a redação dada pela Lei nº 7.454/85 que vigorava à época da decisão do TSE, mas que foi alterada posteriormente pela Lei nº 13.165/15 passando a ter a seguinte redação: Art. 108. Estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.)

Art. 175. (...), § 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados; § 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.

Art. 176. Contar-se-á o voto apenas para a legenda, nas eleições pelo sistema proporcional: I - se o eleitor escrever apenas a sigla

partidária, não indicando o candidato de sua preferência; II - se o eleitor escrever o nome de mais de um candidato do mesmo Partido; III - se o eleitor, escrevendo apenas os números, indicar mais de um candidato do mesmo Partido; IV - se o eleitor não indicar o candidato através do nome ou do número com clareza suficiente para distingui-lo de outro candidato do mesmo Partido.

Lei dos partidos Políticos (nº 9.096/95):

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

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

Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.

Lei das eleições (nº 9.504/97):

Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições. § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos: (...) III - prova de filiação partidária; (...).

Desta forma, o Parlamentar que deixar a agremiação pela qual se elegeu, perde o seu mandato em favor do partido não por uma punição propriamente, mas sim pelo reconhecimento de que, se a vaga legislativa não foi conquistada só pelo Parlamentar, então não pode haver direito subjetivo de sua manutenção no cargo.

Após o resultado da Consulta, as agremiações Partido Popular Socialista (PPS), Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e Democratas (DEM) reivindicaram junto ao Presidente da Câmara dos Deputados vinte e três vagas de Parlamentares que se desfiliaram destas durante o mandato – após as eleições de 2006 – para que pudesse assumir os seus suplentes.

Em decorrência do indeferimento desses pedidos no Legislativo, os mesmo Partidos impetraram os Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 no Supremo Tribunal Federal, repetindo o pedido de vacância dos cargos eletivos dos Deputados infiéis ao partido pelo qual se elegeram.

Os Deputados que tiveram seus mandatos questionados por esses partidos se defenderam com base nos seguintes argumentos:

1) Existência de prévia manifestação do STF sobre a inexistência de hipótese de perda do mandato por infidelidade partidária em nosso ordenamento. Rol taxativo do art. 55 CF/88; 2) Impossibilidade do Judiciário emendar a Constituição admitindo nova hipótese de perda do mandato; 3) Inaplicabilidade da tese da renúncia tácita ou presumida ao mandato, por falta de elemento volitivo de abandonar o exercício; 4) Adoção pelo ordenamento pátrio do princípio segundo o qual a regra que restringe direitos deve vir expressa e só abrange os casos que especifica. Portanto, não pode o Judiciário, por meio de interpretação ampliativa, restringir o direito dos parlamentares de livre exercício do mandato, alterando a vontade do constituinte originário; 5) Incompetência do TSE para se pronunciar sobre matéria de reserva constitucional, não tendo sua Resolução força vinculante; 6) Inexistência no estatuto dos partidos impetrantes de previsão punitiva para a desfiliação partidária; 7) Trocas partidárias efetuadas dentro das exceções previstas na Resolução do TSE, referentes à perseguição política do partido de origem ou alteração da ideologia e conduta do partido; 8) No caso específico de alguns Deputados egressos do PPS, suas desfiliações teriam se processado em face da fusão do PPS com o PNM e PHS. Alegaram, assim, desobrigação em permanecer na agremiação que, devido à fusão, teria sofrido mutação em seu conteúdo programático e ideológico (LAMANAUSKAS, 2010, p. 208).

Assim, em outubro de 2007, a Corte Constitucional, por maioria de votos, corroborando com o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, reafirmou que os mandatos dos cargos proporcionais pertencem de fato aos Partidos Políticos. Também entenderam que tal mandamento é extraído não do estrito texto da Lei Maior, mas sim de princípios e valores nela constantes, definindo, contudo, que a Fidelidade Partidária somente poderia ser exigida após o dia 27/03/2007 (data em que o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a exigência desse instituto pelo ordenamento jurídico pátrio), sob os argumentos a seguir transcritos:

(...) A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO GESTO DE DESRESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO. - A exigência de fidelidade partidária traduz e reflete valor constitucional impregnado de elevada significação político-jurídica, cuja observância, pelos detentores de mandato legislativo, representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular) quanto aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (vínculo partidário). - O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por justas razões, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem - desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas -, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política. A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais - notadamente o direito de oposição - que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V). - A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, "in fine"), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições (...). (MS 26603/DF. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 04/10/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008).

Os acórdãos proferidos nos julgamentos dos Mandados de Segurança nº 26.602 e nº 26.604 também refletem argumentos semelhantes, conforme se vê da íntegra das ementas anexadas ao final do trabalho (anexo 1).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, contudo, que há casos em que a fidelidade partidária não pode ser exigida, havendo alguns motivos que justifiquem a permanência do mandato eletivo ao Parlamentar que troca de agremiação,

recomendando ao Superior Tribunal Eleitoral que regulamentasse essas hipóteses e o procedimento de perda do mandato eletivo.

Nesta ocasião, foram vencidos os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, os quais sustentaram que não há norma constitucional expressa que autoriza perda do mandato eletivo pela troca da legenda partidária, inclusive, tendo o legislador constituinte optado por retirar tal previsão, que era expressamente descrita na Carta Magna anterior, da nova Constituição Federal, não elencando tal hipótese do rol taxativo do seu já citado artigo 55.

Argumentaram, ainda, que o Poder Judiciário não poderia criar mais uma hipótese de causa extintiva do mandato eletivo, sob pena de usurpar a competência do Poder Legislativo (de Constituinte derivado), afrontando, assim, princípios democráticos e valores essenciais do Estado de Direito, sem contar que a legitimidade do mandato eletivo não reside apenas nos partidos políticos, mas principalmente no povo, que é o verdadeiro titular do poder político do Estado, e que foi quem escolheu aqueles representantes (SANTOS, 2007, p. 5).

Além desses pontos, ressaltaram que exigir a Fidelidade Partidária fere a segurança jurídica, já que os Parlamentares que mudaram de agremiação partidária o fizeram confiando nas Leis e na interpretação do Supremo Tribunal Federal vigentes à época, no sentido de não haver fidelidade partidária na atual Constituição brasileira.

Contudo, como tais argumentos não prevaleceram, após as citadas decisões da Suprema Corte, o Tribunal Superior Eleitoral, de acordo com a sugestão do próprio Supremo Tribunal Federal, editou a Resolução 22.610, de 25/10/2007 (anexo 2), disciplinando o processo de perda de mandato eletivo bem como o de justificação de desfiliação partidária, que são as seguintes: o partido sofrer fusão ou ser incorporado por outro; ocorrer mudança substancial ou desvio do programa partidário; acontecer grave discriminação pessoal do mandatário; e ainda, a criação de novo partido. Nestes casos, a troca de partido é aceita por estar devidamente justificada.

Contra tal Resolução, foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade no ano de 2008 (nº 3.999/DF e nº 4.086/DF), ambas de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que foram julgadas improcedentes com base nos mesmos argumentos exarados na ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança mencionados.

Após essas reiteradas decisões no sentido de haver fidelidade partidária em nosso sistema constitucional e que, portanto, a vaga obtida nas eleições não pertencia ao Parlamentar, não podendo ele deliberadamente trocar de partido e levar consigo o seu cargo sob qualquer pretexto, restou definir a quem de fato pertencia a vaga no Parlamento, e no julgamento do Mandado de Segurança nº 30.260, em abril de 2011, a Suprema Corte entendeu ser a coligação a detentora da cadeira parlamentar, devido sua natureza de superpartido, nos seguintes termos:

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. ORDEM DE SUBSTITUIÇÃO FIXADA SEGUNDO A ORDEM DA COLIGAÇÃO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE PERDA DO OBJETO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. (...) 3. As coligações são conformações políticas decorrentes da aliança partidária formalizada entre dois ou mais partidos políticos para concorrerem, de forma unitária, às eleições proporcionais ou majoritárias. Distinguem-se dos partidos políticos que a compõem e a eles se sobrepõe, temporariamente, adquirindo capacidade jurídica para representá-los. 4. A figura jurídica derivada dessa coalizão transitória não se exaure no dia do pleito ou, menos ainda, apaga os vestígios de sua existência quando esgotada a finalidade que motivou a convergência de vetores políticos: eleger candidatos. Seus efeitos projetam-se na definição da ordem para ocupação dos cargos e para o exercício dos mandatos conquistados. 5. A coligação assume perante os demais partidos e coligações, os órgãos da Justiça Eleitoral e, também, os eleitores, natureza de superpartido; ela formaliza sua composição, registra seus candidatos, apresenta-se nas peças publicitárias e nos horários eleitorais e, a partir dos votos, forma quociente próprio, que não pode ser assumido isoladamente pelos partidos que a compunham nem pode ser por eles apropriado. 6. O quociente partidário para o preenchimento de cargos vagos é definido em função da coligação, contemplando seus candidatos mais votados, independentemente dos partidos aos quais são filiados. Regra que deve ser mantida para a convocação dos suplentes, pois eles, como os eleitos, formam lista única de votações nominais que, em ordem decrescente, representa a vontade do eleitorado. 7. A sistemática estabelecida no ordenamento jurídico eleitoral para o preenchimento dos cargos disputados no sistema de eleições proporcionais é

declarada no momento da diplomação, quando são ordenados os candidatos eleitos e a ordem de sucessão pelos candidatos suplentes. A mudança dessa ordem atenta contra o ato jurídico perfeito e desvirtua o sentido e a razão de ser das coligações. 8. Ao se coligarem, os partidos políticos aquiescem com a possibilidade de distribuição e rodízio no exercício do poder buscado em conjunto no processo eleitoral. 9. Segurança denegada. (MS 30260, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 29-08-2011 PUBLIC 30-08-2011 RTJ VOL-00220-01 PP-00278).

Posteriormente e, até o momento, a última manifestação relevante do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária ocorreu em maio de 2015, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5081/DF, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, na qual se reafirmou que o instituto da fidelidade partidária não pode ser exigido para os cargos majoritários (Senador, Presidente da República, Governador e Prefeito), invalidando à luz da Constituição, portanto, certos dispositivos da Resolução nº 22.610/07 do TSE que faziam referência à perda destes cargos pela infidelidade partidária, assim definindo o Tribunal:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO. (...) 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput). 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade. (ADI 5081, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 18-08-2015 PUBLIC 19-08-2015).

Sustentou o Ministro Barroso em seu voto que os sistemas eleitorais proporcional e majoritário são significativamente diferentes, já que no primeiro, mesmo que o eleitor vote no candidato (pois usamos a lista aberta para determinação da ordem de eleição), o que importa para distribuição dos cargos são os votos obtidos pelos partidos políticos, valendo a regra do quociente eleitoral, ao passo que no segundo o que determina o voto do eleitor é sua identificação com o candidato, valendo a regra da maioria (ADI 5081/DF, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, inteiro teor, pp. 7-8).

Relembrou, ainda, que o anúncio da existência de fidelidade partidária em nosso ordenamento decorreu da interpretação sistêmica da Constituição, e que “no sistema proporcional há fundamento constitucional consistente para a sua construção jurisprudencial; porém, no sistema majoritário não há” (ADI 5081/DF, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, inteiro teor, p.17), visto que nesse último não é possível o mecanismo de transferência de votos (quando, por exemplo, um Deputado que recebe votação expressiva consegue eleger consigo outros menos votados), mas sim o que importa são os votos nominais recebidos pelo candidato, o que implica dizer que para a soberania popular ser respeitada não deve incidir a fidelidade partidária.

Assim, vê-se de toda essa análise que a definição da fidelidade partidária, bem como as regras eleitorais e processuais dela decorrentes, foram feitas quase que de maneira exclusiva pelo Poder Judiciário, mediante provocação de Parlamentares e Partidos Políticos com representação no Congresso, ou seja, entes que poderiam ter tentado definir as regras desse importante tópico da política pelas vias tradicionais, propondo projetos, gerando debates e decidindo pela regulamentação que a todos interessasse. Contudo, as dificuldades e o tempo que leva o processo legislativo não eram compatíveis com a necessidade de uma rápida decisão, o que os fizeram optar pela judicialização da questão, provocando uma decisão ativista dos julgadores.

3.4 O comportamento do Poder Judiciário pode ser enquadrado nos conceitos de judicialização da política e de ativismo judicial?

Conforme levantamento de dados no site da Câmara dos Deputados, antes da questão ser novamente judicializada, várias propostas de Emendas à Constituição (anexo 3) e outras espécies legislativas (anexo 4) foram apresentadas no Congresso Nacional com o objetivo de instituir normas de fidelidade partidária em nosso ordenamento.

Contudo, nenhuma dessas proposições geraram debates significativos ou foram levadas adiante, o que demonstra a dificuldade de normatizar o tema pelas vias da política tradicional, muito embora fosse necessário criar regras para fortalecimento dos partidos políticos e para desencorajar a prática corriqueira de troca partidária após as eleições, em atendimento aos anseios sociais de moralização da política.

Somente após o chamamento e intervenção do Poder Judiciário a partir do ano de 2007, tal questão política foi colocada em pauta, foi debatida e efetivamente resolvida, o que evidencia que houve judicialização da política no caso em comento, eis que o Poder Judiciário, usando da sua prerrogativa de dar a palavra final na interpretação constitucional, de maneira ativista, fez emergir o imperativo da fidelidade partidária e a consequente hipótese de perda do mandato eletivo por infidelidade na Constituição Federal.

O reconhecimento desta possibilidade se deu a partir de uma interpretação principiológica da Constituição Federal, já que esta não a trouxe de forma expressa em seu texto, conforme sustentou o Ministro Cezar Peluso na ocasião da resposta à consulta formulada no Tribunal Superior Eleitoral:

E, neste passo, estou convencido de que, por força de imposição sistêmica do mecanismo constitucional da representação proporcional, as vagas obtidas por intermédio do quociente partidário pertencem ao partido. Daí, aliás, a irrelevância absoluta da circunstância de já não constar do ordenamento vigente nenhuma

norma expressa ao propósito (TSE, CTA 1398, Relator(a): Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2007, DJ 28-05-2007, inteiro teor, p. 12).

Assim, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a necessidade de se instituir a fidelidade partidária para manutenção do cargo eletivo, entendimento este corroborado pela Suprema Corte, através de toda uma argumentação pautada no cumprimento de princípios Constitucionais. Vale lembrar que as manifestações destes Tribunais se deram após serem provocados por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, ou seja, entes legitimados a atuarem no âmbito do Legislativo, mas que por razões aqui não investigadas, não tiveram suas demandas atendidas na arena tradicional.

Provavelmente, problemas práticos relacionados ao burocrático processo legislativo e à falta de vontade política os impediram de levar adiante a discussão do tema na arena competente, fazendo-os optar pela atuação nas vias do Judiciário, uma nova possibilidade, muito mais célere e eficiente, de ação daqueles grupos que não são ouvidos nas instituições majoritárias.

Portanto, sem fazer juízo de valor sobre o mérito da decisão do Judiciário, criticada por supostamente usurpar a competência legislativa, o que se conclui é que houve uma transferência do processo decisório do Poder Legislativo para o Judiciário, confirmando, pelos argumentos apresentados ao longo do trabalho, que houve judicialização da política no caso em comento.

Noutro giro, analisando os acórdãos que instituíram a fidelidade partidária no Brasil (todos anexados ao final do trabalho), vê-se que os julgadores tinham plena consciência de que não encontrariam fundamento para suas decisões nos limites textuais da Constituição, mas mesmo assim mantiveram-se firme no propósito de fazer valer princípios democráticos contidos na Lei Maior que visam moralizar a prática política, criando, para tanto, mais uma hipótese de perda do mandato parlamentar, qual seja, deixar imotivadamente o partido político pelo qual se elegeu.

Interessante notar que, em nome da segurança jurídica, os efeitos da decisão que reconheceu e passou exigir fidelidade partidária foram modulados, eis que contrariava a jurisprudência anterior da Corte Constitucional, mas que tal decisão não afrontou norma expressa, tendo sido construída com base em princípios constitucionais, em decorrência da passividade do Congresso Nacional que nunca tratou do tema.

Justamente por isso, conclui-se que também está presente o fenômeno do ativismo judicial, já que o Tribunal Superior Eleitoral mas sobretudo o Supremo Tribunal Federal, adotando uma posição pró-ativa, não só reconheceram a existência da fidelidade partidária no Brasil implícita nos princípios constitucionais vigentes, alterando, assim, a jurisprudência dessas Cortes, como também regulamentaram o processo de perda do mandato eletivo dos parlamentares infiéis, criando hipóteses de justificação de desfiliação do Partido.

Para tanto, aproveitaram-se do poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral extraído do artigo 23 do Código Eleitoral, *in verbis*:

Art. 23. Compete, ainda, 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.

Contudo, o poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral é muito restrito, englobando tão somente matéria eleitoral e sem extrapolar os limites impostos pela legislação hierarquicamente superior, sobretudo pela Carta Maior.

Ademais, é competente apenas para responder consultas em tese e sem força vinculante, bem como para expedir instruções referentes às matérias processuais e administrativas constantes no Código Eleitoral, não podendo criar normas de direito eleitoral, de competência legislativa privativa da União, de acordo com o art. 22, inciso I, da Constituição Federal:

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

Justamente por isso que na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito da constitucionalidade da Resolução nº 22.610/07, que regulamenta a perda do cargo eletivo por infidelidade partidária, os Ministros julgadores reconheceram a constitucionalidade apenas temporária da Resolução atacada, que deve subexistir tão somente enquanto o Congresso Nacional não regulamente o assunto, conforme argumentou o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto:

A questão que se coloca é como devem ser processadas essas tensões diante do temporário silêncio do Legislativo. Temporário, pois, como se sabe, o Congresso Nacional já conta com projetos de lei sobre a fidelidade partidária. Entendo que, em princípio, o debate legislativo é o ambiente adequado para resolver essas e outras questões, que são eminentemente políticas. Somente em situações extremas e sempre quando autorizado expressamente pela Constituição é que o Judiciário pode se manifestar sobre os critérios que orientam a manutenção ou a perda do cargo por infidelidade partidária (ADI 3999/DF, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008, DJe-071 PUBLIC 17-04-2009, inteiro teor, p. 12).

Vê-se, assim, que não só houve a judicialização da política no caso analisado, ao ser transferida a apreciação do tema para o Poder Judiciário, como também houve ativismo judicial, tendo este reconhecido a existência da fidelidade partidária no Brasil, criando a hipótese de perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, que não está expressa no texto constitucional, inclusive criando normas sobre o tema, exercendo nítido papel de Legislador.

CONCLUSÃO

A judicialização da política, entendida como a transferência do poder decisório do Executivo ou do Legislativo para o âmbito Judiciário, é um fenômeno presente não só em diversas democracias contemporâneas, mas também no contexto político-jurídico brasileiro.

Da mesma forma, o ativismo judicial, que é uma postura mais proativa do julgador com a finalidade de aplicar princípios constitucionais e assim concretizar direitos fundamentais também pode ser observado no Judiciário brasileiro, em especial na atuação da Suprema Corte.

Ambos os fenômenos são consequência da expansão e reestruturação do Judiciário brasileiro ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que previu uma ampla lista de direitos e garantias fundamentais, conferiu prerrogativas para uma atuação independente dos magistrados, facilitou o acesso à justiça, criou novos mecanismos de revisão constitucional, incorporando também o controle concentrado juntamente com o já utilizado controle difuso de constitucionalidade, dentre muitas outras inovações.

Vários são os exemplos em que se pode detectar a presença da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil, já que ambos os fenômenos estão relacionados, mas um caso bem ilustrativo, examinado nesta monografia, refere-se à regulamentação da fidelidade partidária operada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior Eleitoral, que foram provocados a tratar do tema por partidos políticos com representação no Congresso Nacional e que, por diversos motivos, não conseguiram normatizar o assunto da forma pretendida, na arena competente, que é o Poder Legislativo.

Foram muitos os projetos de leis e propostas de emendas à Constituição submetidos às Casas Legislativas após a promulgação da nova Carta buscando

instituir regras de fidelidade partidária no Brasil, sem que nenhum deles tivesse logrado obter sucesso. Esses projetos não receberam atenção especial e sequer tramitaram regularmente; porém, quando alguns partidos, especialmente o Democratas (DEM), viram-se ameaçados pela evasão dos Parlamentares que elegeram, chamaram rapidamente o Judiciário para se pronunciar sobre o assunto.

Assim, os Tribunais Superiores não só reconheceram a existência do imperativo da fidelidade partidária nas entrelinhas da Constituição, como também legitimaram a possibilidade de perda do cargo no Parlamento por descumprimento deste preceito, hipótese esta não tratada de forma expressa pelo texto constitucional, mas que foi reconhecida com base em valores e em princípios consagrados pela Carta Magna.

Desta forma, a atuação do Judiciário se deu de forma a suplementar o exercício legislativo, uma vez que o Congresso Nacional manteve-se inerte, sequer tratando do assunto, permitindo, assim, a perpetuação da prática socialmente condenável de constantes trocas partidárias por mera conveniência política do Parlamentar.

Assim, confirma-se a presença do fenômeno da judicialização da política, com a transferência da apreciação da questão que competia ao Parlamento para o Poder Judiciário, a partir da provocação de partidos que poderiam atuar no próprio Legislativo, mas que não o fizeram por defenderem interesses minoritários, não tendo força em uma arena cujo processo decisório depende da aprovação da maioria.

Também restou presente o fenômeno do ativismo judicial, já que as Cortes Superiores, através de uma interpretação principiológica da Constituição, adotaram uma posição proativa, mudando o entendimento inicial da Corte Suprema, não apenas para reconhecer a existência da fidelidade partidária no Brasil como também para regulamentar o processo de perda do mandato eletivo dos parlamentares infiéis, criando hipóteses de justificação de desfiliação do Partido, visando, assim, concretizar mandamentos constitucionais e moralizar a prática política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 3 (2014), nº 01. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 01-46. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/supremacia_ou_dialogos_judiciais_o_desenvolvimento_de_uma_juriscao_constitucional.pdf>. Acesso em: 06 set. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Revista Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar 2009. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. In: **Revista Sociologia Política**, Curitiba, n. 23, Nov. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 nov. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maurmann (org). **Judicialização da Política e Democracia**. Brasília: IDP, 2014, p. 8-41. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1542/Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20Pol%C3%ADtica%20e%20Democracia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 set. 2015.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, jul/1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREITAS, Andréa. **Infidelidade partidária e representação política: alguns argumentos sobre a migração partidária no Brasil**. Caderno CRH, v.21, n.52, p.37-45, jan./abr., 2008. Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/Andr%C3%A9a_Freitas/Papers/1477263>. Acesso em: 20 nov 2015.

LAMANAUSKAS, Milton Fernando. **A jurisprudência eleitoral e seus reflexos no Estado democrático de direito**. 2010. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08092011-102459/>>. Acesso em: 02 out 2015.

MELO, Carlos Ranulfo Felix de. **Partidos e migração partidária na Câmara dos Deputados**, Dados, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582000000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 out 2015.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello em nome do Supremo Tribunal Federal**, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 29/04/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM29abr.Pdf>>. Acesso em: 07 fev 2016.

POZZOBON, Roberson Henrique. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito de UniRitter, Porto Alegre, n. 10, p. 97-118, 2009. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 20 nov 2015.

REINER, Lúcio. **Fidelidade partidária**. Estudo, Câmara dos Deputados, Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/107706.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015.

SANTOS, Leticia Pimenta Madeira. **A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário**. 2007. Disponível em: egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16297-16298-1-PB.pdf. Acesso em: 25 outubro 2015.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn (orgs.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M. **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**. Dados, Rio de Janeiro, v. 4, Selected Edition 2008. Disponível em: <http://socialsciences.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S001152582008000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 out. 2015.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. São Paulo, Revista Direito GV, p. 37-58, jan-jun 2012.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. São Paulo: Revista Direito GV, jul-dez 2008. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n.pdf>. Acesso em: 03 mar 2015.

VIANNA, Luiz Werneck [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: 1999.

VIEIRA, José Ribas [et al]. **Ativismo judicial, judicialização da política e garantismo no Supremo Tribunal Federal**, in: Anais do primeiro fórum de grupos

de pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

Jurisprudência:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Segurança. **MS nº 20916**. Tribunal Pleno. Impetrante: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB e outros. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. Carlos Madeira, 11/10/1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85366>>. Acesso em: 2 fev 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Segurança. **MS nº 20927**. Tribunal Pleno. Impetrante: Luiz Fabrício Alves De Oliveira. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. Moreira Alves, 11/10/1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>>. Acesso em: 2 fev 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Segurança. **MS nº 23405**. Tribunal Pleno. Impetrante: Ney Moura Teles. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 22/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85960>>. Acesso em: 2 fev 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta Pública nº 1.398**. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, 08/05/2007. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=1398&processoClasse=CTA&decisaoData=20070327&decisaoNumero=22526&noCache=0.700271940473211>>. Acesso em: 2 fev 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Segurança. **MS nº 26602**. Tribunal Pleno. Impetrante: Partido Popular Socialista – PPS. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. Eros Grau, 04/10/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 2 fev 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Segurança. **MS nº 26603**. Tribunal Pleno. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. Celso de Mello, 04/10/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em: 2 fev 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Segurança. **MS nº 26604**. Tribunal Pleno. Impetrante: Democratas – DEM. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 04/10/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 2 fev 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.610**. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Cesar Peluso, 25/10/2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>>. Acesso em: 2 fev 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 3999/DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Social Cristão – PSC. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, 12/11/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 2 fev 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 4086/DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, 12/11/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586951>>. Acesso em: 7 nov 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Segurança. **MS nº 30260**. Tribunal Pleno. Impetrante: Ministro Presidente Carlos Victor da Rocha e outros. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 27/04/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1409030>>. Acesso em: 2 fev 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 5081/DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso, 27/05/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>. Acesso em: 7 nov 2015.

ANEXO 1 – Íntegra das ementas dos julgados do Supremo Tribunal Federal relativas à fidelidade partidária

1.1 Mandado de Segurança nº 20.916, julgado em 11/10/1989

I. Mandato representativo e suplência: perda por fato superveniente a diplomação: declaração que incumbe a Presidência da Câmara respectiva e não a Justiça Eleitoral. II. Suplência de mandato representativo: situação jurídica que o abandono do partido, pelo qual haja o suplente concorrido ao pleito, não desfaz: extensão ao suplente dos efeitos do desaparecimento, a partir da EC 25/85, da sanção da perda do mandato cominada ao titular que abandonava o partido. (MS 20916, Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/1989, DJ 26-03-1993 PP-05002 EMENT VOL-01697-02 PP-00356)

1.2 Mandado de Segurança nº 20.927, julgado em 11/10/1989

MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. - em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. - a inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da constituição e da lei, aos respectivos suplentes. - mandado de segurança indeferido. (MS 20927, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/1989, DJ 15-04-1994 PP-08061 EMENT VOL-01740-01 PP-00130).

1.3 Mandado de Segurança nº 23.405, julgado em 22/03/2004

1. Mandado de Segurança. 2. Eleitoral. Possibilidade de perda de mandato parlamentar. 3. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição. 4. Controvérsia que se refere a Legislatura encerrada. Perda de objeto. 5. Mandado de Segurança julgado prejudicado. (MS 23405, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2004, DJ 23-04-2004 PP-00008 EMENT VOL-02148-03 PP-00495)

1.4 Mandado de Segurança nº 26.602, julgado em 04/10/2007

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO

ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTES. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada. (MS 26602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-02 PP-00190 RTJ VOL-00208-01 PP-00072)

1.5 Mandado de Segurança nº 26.603, julgado em 04/10/2007

MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS - RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO - INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS "INTERNA CORPORIS" - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - O INSTITUTO DA "CONSULTA" NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSULTA/TSE Nº 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIACÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE

CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) - APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQÜÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. - A Constituição da República, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios, que, revestidos de estatura jurídica incontestável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias. Precedentes. - A normação constitucional dos partidos políticos - que concorrem para a formação da vontade política do povo - tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias - e somente a estas - o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos. - A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional. A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O "SISTEMA PROPORCIONAL" - O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de "fundamento constitucional autônomo", identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, "caput" (que consagra o "sistema proporcional"), da Constituição da República. - O sistema eleitoral proporcional: um modelo

mais adequado ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, às correntes políticas, o exercício do direito de oposição parlamentar. Doutrina. - A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudula, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República. A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO GESTO DE DESRESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO. - A exigência de fidelidade partidária traduz e reflete valor constitucional impregnado de elevada significação político-jurídica, cuja observância, pelos detentores de mandato legislativo, representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular) quanto aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (vínculo partidário). - O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por justas razões, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem - desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas -, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política. A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais - notadamente o direito de oposição - que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V). - A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, "in fine"), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições. HIPÓTESES EM QUE SE LEGITIMA, EXCEPCIONALMENTE, O VOLUNTÁRIO DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO. - O parlamentar, não obstante faça cessar, por sua própria iniciativa, os vínculos que o uniam ao partido sob cuja legenda foi eleito, tem o direito de preservar o mandato que lhe foi conferido, se e quando ocorrerem situações excepcionais que justifiquem esse voluntário desligamento partidário, como, p. ex., nos casos em que se demonstre "a existência de mudança significativa de orientação programática do partido" ou "em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou" (Min. Cezar Peluso). A INSTAURAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO. - O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício da competência normativa que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo, pode, validamente, editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação, instaurável perante

órgão competente da Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da "analogia legis", mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº 64/90. - Com esse procedimento de justificação, assegura-se, ao partido político e ao parlamentar que dele se desliga voluntariamente, a possibilidade de demonstrar, com ampla dilação probatória, perante a própria Justiça Eleitoral - e com pleno respeito ao direito de defesa (CF, art. 5º, inciso LV) -, a ocorrência, ou não, de situações excepcionais legitimadoras do desligamento partidário do parlamentar eleito (Consulta TSE nº 1.398/DF), para que se possa, se e quando for o caso, submeter, ao Presidente da Casa legislativa, o requerimento de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais.

INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E LEGITIMIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PRATICADOS PELO PARLAMENTAR INFIEL.

A desfiliação partidária do candidato eleito e a sua filiação a partido diverso daquele sob cuja legenda se elegeu, ocorridas sem justo motivo, assim reconhecido por órgão competente da Justiça Eleitoral, embora configurando atos de transgressão à fidelidade partidária - o que permite, ao partido político prejudicado, preservar a vaga até então ocupada pelo parlamentar infiel -, não geram nem provocam a invalidação dos atos legislativos e administrativos, para cuja formação concorreu, com a integração de sua vontade, esse mesmo parlamentar. Aplicação, ao caso, da teoria da investidura funcional aparente. Doutrina. Precedentes.

REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.

- Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. - Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. - A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. - Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida.

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

- O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a

Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (MS 26603, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318).

1.6 Mandado de Segurança nº 26.604, julgado em 04/10/2007

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO PARTIDO DOS DEMOCRATAS - DEM CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE NA CONSULTA N. 1.398/2007. NATUREZA E TITULARIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO. OS PARTIDOS POLÍTICOS E OS ELEITOS NO SISTEMA REPRESENTATIVO PROPORCIONAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. EFEITOS DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA PELO ELEITO: PERDA DO DIREITO DE CONTINUAR A EXERCER O MANDATO ELETIVO. DISTINÇÃO ENTRE SANÇÃO POR ILÍCITO E SACRIFÍCIO DO DIREITO POR PRÁTICA LÍCITA E JURIDICAMENTE CONSEQÜENTE. IMPERTINÊNCIA DA INVOCAÇÃO DO ART. 55 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO DO IMPETRANTE DE MANTER O NÚMERO DE CADEIRAS OBTIDAS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS NAS ELEIÇÕES. DIREITO À AMPLA DEFESA DO PARLAMENTAR QUE SE DESFILIE DO PARTIDO POLÍTICO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL: MARCO TEMPORAL FIXADO EM 27.3.2007. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO E PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. Mandado de segurança contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Vacância dos cargos de Deputado Federal dos litisconsortes passivos, Deputados Federais eleitos pelo partido Impetrante, e transferidos, por vontade própria, para outra agremiação no curso do mandato. 2. Preliminares de carência de interesse de agir, de legitimidade ativa do Impetrante e de ilegitimidade passiva do Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB: rejeição. 3. Resposta do TSE a consulta eleitoral não tem natureza jurisdicional nem efeito vinculante. Mandado de segurança impetrado contra ato concreto praticado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, sem relação de dependência necessária com a resposta à Consulta n. 1.398 do TSE. 4. O Código Eleitoral, recepcionado como lei material complementar na parte que disciplina a organização e a competência da Justiça Eleitoral (art. 121 da Constituição de 1988), estabelece, no inciso XII do art. 23, entre as competências privativas do Tribunal Superior Eleitoral - TSE "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político". A expressão "matéria eleitoral" garante ao TSE a titularidade da competência para se manifestar em todas as consultas que tenham como fundamento matéria eleitoral, independente do instrumento normativo no qual esteja incluído. 5. No Brasil, a eleição de

deputados faz-se pelo sistema da representação proporcional, por lista aberta, uninominal. No sistema que acolhe - como se dá no Brasil desde a Constituição de 1934 - a representação proporcional para a eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político, sendo eles, portanto, seguidores necessários do programa partidário de sua opção. O destinatário do voto é o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida. O eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem em seu programa e ideário o norte de sua atuação, a ele se subordinando por força de lei (art. 24, da Lei n. 9.096/95). Não pode, então, o eleito afastar-se do que suposto pelo mandante - o eleitor -, com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita. Injurídico é o descompromisso do eleito com o partido - o que se estende ao eleitor - pela ruptura da equação político-jurídica estabelecida. 6. A fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento constitucional. 7. A desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. O desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente inconsequente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie. 8. É direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais. 9. É garantido o direito à ampla defesa do parlamentar que se desfilie de partido político. 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007. 11. Mandado de segurança conhecido e parcialmente concedido. (MS 26604, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-02 PP-00135 RTJ VOL-00206-02 PP-00626)

1.7 Ação Direta de Inconstitucionalidade nºs 3999/DF e 4086/DF, julgadas em 12/11/2008

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais arguidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para

dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissociase da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente. (ADI 3999, ADI 4086, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-01 PP-00099 e PP-00163 RTJ VOL-00208-03 e RTJ VOL-00218-01 PP-01024 e PP-00163).

1.8 Mandado de Segurança nº 30.260, julgado em 27/04/2011

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. SUPLENTES DE DEPUTADO FEDERAL. ORDEM DE SUBSTITUIÇÃO FIXADA SEGUNDO A ORDEM DA COLIGAÇÃO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE PERDA DO OBJETO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. A legitimidade ativa para a impetração do mandado de segurança é de quem, asseverando ter direito líquido e certo, titulariza-o, pedindo proteção judicial. A possibilidade de validação da tese segundo a qual o mandato pertence ao partido político e não à coligação legítima a ação do Impetrante. 2. Mandado de segurança preventivo. A circunstância de a ameaça de lesão ao direito pretensamente titularizado pelo Impetrante ter-se convolado em dano concreto não acarreta perda de objeto da ação. 3. As coligações são conformações políticas decorrentes da aliança partidária formalizada entre dois ou mais partidos políticos para concorrerem, de forma unitária, às eleições proporcionais ou majoritárias. Distinguem-se dos partidos políticos que a compõem e a eles se sobrepõe, temporariamente, adquirindo capacidade jurídica para representá-los. 4. A figura jurídica derivada dessa coalizão transitória não se exaure no dia do pleito ou, menos ainda, apaga

os vestígios de sua existência quando esgotada a finalidade que motivou a convergência de vetores políticos: eleger candidatos. Seus efeitos projetam-se na definição da ordem para ocupação dos cargos e para o exercício dos mandatos conquistados. 5. A coligação assume perante os demais partidos e coligações, os órgãos da Justiça Eleitoral e, também, os eleitores, natureza de superpartido; ela formaliza sua composição, registra seus candidatos, apresenta-se nas peças publicitárias e nos horários eleitorais e, a partir dos votos, forma quociente próprio, que não pode ser assumido isoladamente pelos partidos que a compunham nem pode ser por eles apropriado. 6. O quociente partidário para o preenchimento de cargos vagos é definido em função da coligação, contemplando seus candidatos mais votados, independentemente dos partidos aos quais são filiados. Regra que deve ser mantida para a convocação dos suplentes, pois eles, como os eleitos, formam lista única de votações nominais que, em ordem decrescente, representa a vontade do eleitorado. 7. A sistemática estabelecida no ordenamento jurídico eleitoral para o preenchimento dos cargos disputados no sistema de eleições proporcionais é declarada no momento da diplomação, quando são ordenados os candidatos eleitos e a ordem de sucessão pelos candidatos suplentes. A mudança dessa ordem atenta contra o ato jurídico perfeito e desvirtua o sentido e a razão de ser das coligações. 8. Ao se coligarem, os partidos políticos aquiescem com a possibilidade de distribuição e rodízio no exercício do poder buscado em conjunto no processo eleitoral. 9. Segurança denegada. (MS 30260, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 29-08-2011 PUBLIC 30-08-2011 RTJ VOL-00220-01 PP-00278).

1.9 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5081/DF, julgado em 27/05/2015

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO. 1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustrate a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput). 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade. (ADI 5081, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 18-08-2015 PUBLIC 19-08-2015).

ANEXO 2 – Resolução nº 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral

Relator: Ministro Cezar Peluso.

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:

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

§ 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 desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução.

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

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

Art. 4º - O mandatário que se desfilou 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.

Art. 9º - Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos.

Art. 10 - Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 11 - São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º, da Constituição da República.

Art. 12 - O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 13 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Parágrafo único – Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução.

Marco Aurélio – Presidente. Cezar Peluso – Relator. Carlos Ayres Britto. José Delgado. Ari Pargendler. Caputo Bastos. Marcelo Ribeiro.

Brasília, 25 de outubro de 2007.

* Republicada por determinação do art. 2º da Resolução n.º 22.733, de 11 de março de 2008.

ANEXO 3 – Tabela contendo as Propostas de Emenda à Constituição (PECs) que objetivaram instituir regras de fidelidade partidária no Brasil (1988-2007)

Proposição	Data da apresentação	Autor	Ementa
PEC 29/1995	22/3/1995	Mendonça Filho - PFL/PE	Dá nova redação aos artigos 17, 45 e 55 da Constituição Federal. Mudando dispositivos relativos à fidelidade partidária e infidelidade partidária e representação na Câmara dos Deputados de candidatos eleitos, a metade em distritos uninominais, e a outra metade por critério proporcional, alterando dispositivos da Constituição Federal de 1988.
PEC 42/1995	29/3/1995	Rita Camata - PMDB/ES.	Dá nova redação ao art. 55 da Constituição Federal. Estabelece que perderá o mandato o Deputado ou Senador que se desfiliar voluntariamente do partido sob cuja legenda foi eleito.
PEC 51/1995	6/4/1995	Murilo Pinheiro - PFL/AP.	Dispõe sobre o acréscimo do inciso VII do caput do art. 55 da Constituição Federal. Estabelece que perdera o mandato o parlamentar, Deputado ou Senador que mudar de filiação político-partidária, antes de completar, pelo menos, a metade do mandato.
PEC 60/1995	11/4/1995	Silvio Torres - PSDB/SP.	Acrescenta Inciso ao art. 55 da Constituição Federal, punindo o parlamentar que se filiar a partido político distinto daquele sob cuja legenda se elegeu.
PEC 85/1995	2/5/1995	Adylson Motta - PPR/RS	Dispõe sobre fidelidade partidária. Determina que o Deputado Federal ou Senador que se filiar a partido político diverso daquele pelo qual foi eleito perderá o mandato.
PEC 137/1995	27/6/1995	Helio Rosas - PMDB/SP.	Dispõe sobre fidelidade partidária, acrescentando parágrafos ao art. 17 da Constituição Federal. Institui a perda de mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas, na Câmara Legislativa do Distrito Federal e nas Câmaras Municipais do parlamentar que se opuser aos princípios fundamentais do estatuto partidário e que deixar o partido pelo qual foi eleito, exceto se for fundador de novo partido.
PEC 283/1995	6/12/1995	Telmo Kirst - PPR/RS	Altera o artigo 14 da Constituição Federal, recriando a fidelidade partidária, adota o voto distrital e estabelece a coincidência geral das eleições a partir do ano de 2002.
PEC 499/1997	6/8/1997	Franco Montoro -	Introduz o princípio de fidelidade partidária no ordenamento jurídico brasileiro, acrescentando

		PSDB/SP	parágrafo primeiro ao artigo 17; alterando a Constituição Federal de 1988.
PEC 542/1997	22/10/1997	Cesar Bandeira - PFL/MA	Estabelece perda de mandato para os membros do Poder Legislativo Federal, Estadual e Municipal que trocarem de partido, alterando os arts. 17 e 55 da Constituição Federal. Permite a desfiliação partidária para participar como fundador de novo partido ou após cumprir 2 (dois) anos do mandato eletivo. Permite a desfiliação partidária para participar como fundador de novo partido ou após cumprir 2 (dois) anos do mandato eletivo.
PEC 24/1999	15/4/1999	Eunício Oliveira - PMDB/CE	Acrescenta parágrafos ao art. 17 e altera o art. 55 da Constituição Federal, dispondo sobre fidelidade partidária. Estabelece que perderá o mandato aquele que descumprir decisão partidária tomada em convenção ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito.
PEC 27/1999	28/4/1999	Cesar Bandeira - PFL/MA	Estabelece perda de mandato para os membros do Poder Legislativo Federal, estadual e municipal que trocarem de partido, alterando os arts. 17 e 55.
PEC 143/1999	27/10/1999	Freire Júnior - PMDB/TO	Dispõe sobre a fidelidade partidária. Estabelece que perderá o mandato, o parlamentar que se filiar a partido político diverso daquele pelo qual foi eleito.
PEC 242/2000	11/5/2000	Mauro Benevides - PMDB/CE	Dá nova redação aos arts. 17 e 55 da Constituição Federal, que dispõem sobre fidelidade partidária, promovendo a perda do cargo eletivo nas hipóteses de o ocupante deixar o partido pelo qual foi eleito e de grave violação da disciplina partidária.
PEC 4/2007	14/2/2007	Flávio Dino - PCdoB/MA	Dá nova redação ao art. 55 da Constituição Federal, dispondo sobre a perda de mandato de Deputados e Senadores, inclusive por infidelidade partidária. Inclui a infidelidade partidária como causa de perda de mandato; extingue o voto secreto no processo de cassação de Deputados e Senadores. Altera a Constituição Federal de 1988.

* Tabela feita pela autora deste trabalho, a partir de consulta no site da Câmara dos Deputados <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaAvancada>>

ANEXO 4 – Tabela contendo as proposições legislativas que objetivaram instituir regras de fidelidade partidária no Brasil (1988-2007)

Proposição	Data de apresentação	Autor	Ementa
PLP 127/1989 (proposta de Lei Complementar)	7/8/1989	Jorge Arbage - PDS/PA.	Altera o artigo 1º da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970 - Lei das Inelegibilidades, e dá outras providências. Dispõe sobre a inelegibilidade do titular dos cargos de Presidente da República e Vice-Presidente da República, Governador, Vice-Governador, Prefeito, Vice-Prefeito, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual, Vereador, que deixar o partido político por cuja legenda partidária tenha sido eleito.
PL 107/1991 (proposta de Lei Ordinária)	21/2/1991	Adylson Motta - PDS/RS.	Estabelece normas de domicílio eleitoral, de fidelidade partidária e dá outras providências. Visando a introduzir na legislação eleitoral o domicílio eleitoral e a filiação partidária por prazo nunca inferior a 02 anos e o restabelecimento da fidelidade partidária.
PL 3166/1997 (proposta de Lei Ordinária)	27/5/1997	Nilson Gibson - PSB/PE	Altera a Legislação Eleitoral e Partidária. Fixa critérios para constituição do fundo partidário, proíbe a realização de doação aos partidos políticos, e exige fidelidade partidária dos filiados.
PL 2610/2000 (proposta de Lei Ordinária)	21/3/2000	Freire Júnior - PMDB/TO	Dispõe sobre o funcionamento e financiamento dos partidos políticos, regulamenta o § 3º do art. 17 da Constituição Federal, modifica os arts. 18, 38 e 39 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, acrescenta parágrafo ao art. 23 da mesma Lei e revoga o art. 81 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 e o inciso III do art. 38 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Regulamenta a Constituição Federal de 1988. Estabelece critérios para eleições e perda de mandato parlamentar; aumenta os recursos orçamentários do fundo partidário e proíbe doações diretamente ao partido político.
PL 5884/2001 (proposta de Lei Ordinária)	11/12/2001	Aldir Cabral - PFL/RJ	Inclui a infidelidade partidária como causa de perda de mandato; extingue o voto secreto no processo de cassação de Deputados e Senadores. Altera a Constituição Federal de 1988.
INC 74/2007 (indicação)	27/2/2007	Ribamar Alves - PSB/MA	Sugere ao Ministro Presidente do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, a realização de um estudo técnico-específico sobre o tema "FIDELIDADE PARTIDÁRIA".

* Tabela feita pela autora deste trabalho, a partir de consulta no site da Câmara dos Deputados <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaAvancada>>