

FIDELIDADE PARTIDÁRIA

1. Considerações iniciais

O debate político e judicial sobre a fidelidade partidária ganhou relevo quando o Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), formulou ao Tribunal Superior Eleitoral a Consulta 1.389/DF, sendo Relator o Ministro César Asfor Rocha, consubstanciada na seguinte indagação: *“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?”*.

O Tribunal Superior Eleitoral, na Sessão de 27/3/2007, respondeu positivamente à supracitada consulta, em pronunciamento assim ementado: *“Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação.*

Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa" (Resolução 22.526/2007).

Com base em tal Resolução, o Partido Popular Socialista - PPS, o Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, e o Democratas - DEM) impetraram mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, contra decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, que indeferiu requerimentos formulados pelas referidas agremiações, nos quais postulavam fosse declarada a vacância dos Deputados Federais que haviam mudado de filiação partidária (MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia; MS 26.890, Rel. Min. Celso de Mello).

2. Reflexões acerca dos partidos políticos

Examinando a questão *sub judice*, principio consignando que me associo àqueles que entendem que, numa democracia representativa como a nossa,

os partidos políticos desempenham um papel fundamental, porquanto, no dizer de Canotilho, são *"organizações aglutinadoras dos interesses e unificação de certas classes e grupos sociais impulsionadores da formação da vontade popular"*.¹

Com efeito, a partir do advento do Estado Social, no final da Primeira Grande Guerra, a lei deixou de ser a expressão de uma anônima vontade geral, no sentido rousseauiano da expressão, conforme queriam os ideólogos do Estado Liberal de Direito dos séculos XVIII e XIX, passando a representar o resultado da vontade política de uma maioria parlamentar, formada a partir de vontades fragmentárias preexistentes no seio de sociedade.²

No Brasil, como se sabe, os partidos políticos sofreram as vicissitudes da alternância cíclica entre regimes democráticos e ditatoriais, que impediu, com raras exceções, que

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 308.

² SILVA Daniela Romanelli da. *Democracia e Direitos Políticos*. Campinas: Editor-Autor, 2005, p. 62.

desenvolvessem uma base ideológica consistente,³ capaz de libertá-los do fenômeno que Maurice Duverger, trilhando a senda aberta por Robert Michels, identificou como o domínio oligárquico dos dirigentes partidários, cujo apanágio é “*o apego a velhas fisionomias e o conservadorismo*”.⁴

Os partidos de quadros e de massas, vinculados às camadas populares, com matizes ideológicos mais pronunciados, surgiram apenas numa fase mais recente da História do País, como consequência do processo de industrialização, que se acelerou a partir do término da Segunda Guerra Mundial.

Em que pesem, porém, as imperfeições que ainda caracterizam o sistema partidário brasileiro, não há dúvida de que, hoje, os partidos políticos são indispensáveis ao processo democrático, não apenas porque expressam a multiplicidade de interesses e aspirações dos

³ FLEISCHER, David. Os Partidos Políticos. In: AVELAR, Lucia e CINTRA Antonio Otávio (orgs.). *Sistema Político Brasileiro: Uma introdução*. São Paulo: UNESP, 2004, p. 249.

⁴ DUVERGER, Maurice. *Os partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, pp. 197.

distintos grupos sociais, mas, sobretudo, porque concorrem para a formação da opinião pública, o recrutamento de líderes, a seleção de candidatos aos cargos eletivos e a mediação entre o governo e o povo.⁵

3. O advento da democracia participativa

É bem verdade, como assentei em sede doutrinária,⁶ que a participação do povo no poder, atualmente, não ocorre mais apenas a partir do indivíduo, do cidadão isolado, ente privilegiado e até endeusado pelas instituições político-jurídicas do liberalismo, dentre as quais se destacam os partidos políticos.

O final do século XX e o início do século XXI certamente entrarão para a História como épocas em que o indivíduo se eclipsa, surgindo em seu lugar as associações, protegidas

⁵ SILVA, Daniela Romanelli, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano". In: Carlos Mário da Silva Velloso, Roberto Rosas e Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coords.). *Princípios Constitucionais Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra Martins*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.381.

constitucionalmente, que se multiplicam nas chamadas “organizações não-governamentais”, voltadas para a promoção de interesses específicos, tais como a proteção do meio ambiente, a defesa do consumidor ou o desenvolvimento da reforma agrária.

Esse fato, aliado às deficiências da representação política tradicional, deu origem a alguns institutos, que diminuem a distância entre os cidadãos e o poder, com destaque para o plebiscito, o referendo, a iniciativa legislativa, o veto popular e o *recall*, dos quais os três primeiros foram incorporados à nossa Constituição (artigo 14, I, II e III, da CF).

4. A importância da fidelidade partidária

Não há negar que a democracia representativa, exercida por meio de mandatários recrutados pelos partidos políticos, por

indispensável,⁷ subsiste integralmente em nosso ordenamento político-jurídico, embora complementada pelo instrumental próprio da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, da CF).⁸

Com efeito, segundo a nossa Carta Magna, a soberania popular (art. 1º, I, da CF) é exercida fundamentalmente por meio do sufrágio universal (art. 14, caput, da CF), constituindo a filiação partidária *conditio sine qua non* para a investidura em cargo eletivo (art. 14, § 3º, IV, da CF).

Mas para que a representação popular tenha um mínimo de autenticidade, ou seja, para que reflita um ideário comum aos eleitores e candidatos, de tal modo que entre eles se estabeleça um liame em torno de valores que

⁷ MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. São Paulo: IBRASA, 1958, p. 49, observa o seguinte: "desde que é impossível a todos, em uma comunidade que exceda a uma única cidade pequena, participarem pessoalmente tão-só de algumas porções muito pequenas dos negócios públicos, segue-se que o tipo ideal de governo perfeito tem de ser o representativo."

⁸ "Todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

transcendam os aspectos meramente contingentes do cotidiano da política, é preciso que os mandatários se mantenham fiéis às diretrizes programáticas e ideológicas dos partidos pelos quais foram eleitos.

*"Sem fidelidade dos parlamentares aos ideários de interesse coletivo" - ensina Goffredo Telles Júnior -, "definidos nos respectivos programas registrados, os partidos se reduzem a estratégias indignos, a serviço de egoísmos disfarçados; e os políticos se desmoralizam."*⁹

A fidelidade partidária, porém, conquanto represente um passo importante para o fortalecimento do sistema partidário brasileiro, não constitui, ao contrário do que imaginam alguns, uma panacéia universal, cumprindo ter presente a lúcida advertência feita pelo Ministro Nelson Jobim, em conferência que proferiu sobre o assunto:

⁹ TELLES JÚNIOR. Goffredo. A Democracia Participativa. In: *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, vol. 100, 2005, 117.

*"Falar-se em fidelidade partidária, sem ter a consciência real do que se passa no processo de escolha dos candidatos é um equívoco. Precisamos ter noção do que se passa, para colocar sobre a mesa a discussão de temas como distrito eleitoral, sistema de eleições mistas etc.; debater claramente esse tipo de situação para entendermos o que se passa em termos político eleitorais no País."*¹⁰

5. O princípio da segurança jurídica

Feitas essas considerações, é preciso saber se a inegavelmente bem inspirada Resolução do TSE 22.526/2007, de 27/03/07, resultante de consulta formulada, **em tese**, pelo antigo Partido da Frente Liberal, pode aplicar-se aos parlamentares que figuram como litisconsortes nos presentes mandados de segurança, e que trocaram de partido **antes** da interpretação dada por aquela Corte aos princípios constitucionais que entendeu aplicáveis à espécie.

¹⁰ JOBIM, Nelson. Direito e processo eleitoral no Brasil. In: Malheiros, Antônio Carlos e outros (Coords.). *Inovações do Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, s/d, p. 195.

Em primeiro lugar cumpre assentar que no ápice da hierarquia axiológica de todas as constituições figuram alguns princípios, explícitos ou implícitos, identificados pelo festejado jurista alemão Otto Bachoff como preceitos de carácter pré-estatal, supralegal ou pré-positivo, que servem de paradigmas às demais normas constitucionais, que não podem afrontá-los sob pena de nulidade.¹¹

Dentre tais princípios sobressai o valor “segurança”, que alicerça a gênese da própria sociedade. Com efeito, pelo menos desde meados do século XVII, a partir da edição do *Leviatã* de Thomas Hobbes, incorporou-se à Teoria Política a idéia de que, sem segurança, não pode existir vida social organizada, passando a constituir um dos pilares sobre os quais se assenta o pacto fundante do Estado, inclusive para legitimar o exercício da autoridade.

¹¹ BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Atlântida Editora, 1977, pp. 62-64.

Em nosso texto constitucional, esse valor encontra abrigo em *locus* privilegiado. De fato, dentre as cláusulas pétreas listadas no artigo 60, § 4º, da Carta Magna sobressai a especial proteção que o constituinte originário conferiu aos direitos e garantias individuais, em cujo cerne encontram-se o direito à vida e à segurança, expressamente mencionados no *caput* do art. 5º, sem os quais sequer se pode cogitar do exercício dos demais.

E por segurança, à evidência, deve-se compreender não apenas a segurança física do cidadão, mas também a segurança jurídica, com destaque para a segurança político-institucional.

Ainda que a segurança jurídica não encontre menção expressa na Constituição Federal, trata-se de um valor indissociável da concepção de Estado de Direito, *“já que do contrário”* - como adverte Ingo Wolfgang Sarlet - *“também o ‘governo de leis’ (até pelo fato de serem expressão da*

vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades".¹²

Na mesma linha Paulo de Barros Carvalho ensina o seguinte:

"A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípio, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais. Isso contudo em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos sua projeção sobre o meio social. Se nos detivermos num direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas como as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tecitura do todo; então será possível emitirmos um juízo de

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada* - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence Carmem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 90.

realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo." ¹³

A segurança jurídica, pois, insere-se no rol de direitos e garantias individuais, que integram o núcleo imodificável do Texto Magno, dela podendo deduzir-se o subprincípio da *proteção na confiança nas leis*, o qual, segundo Canotilho, consubstancia-se

"na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesiva da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos". ¹⁴

Para o constitucionalista português, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança significam que

"o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. In: *Ciência Jurídica*. Ano VIII, Volume 58, Julho/Agosto de 1994, pp. 55-51.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 372-373.

incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligamos efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nas mesmas normas".¹⁵

6. Fidelidade partidária: o estado da questão

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

De fato, lembramos todos, que a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária foi introduzida no Brasil, pela Emenda Constitucional nº 1, editada pela Junta Militar, em 17/10/1969,

¹⁵ *Idem, loc.cit.*

que alterou a redação do art. 152 da Constituição de 1967.¹⁶

Mas recordamos também que, em 1985, de forma consentânea com o clima de redemocratização que imperava no País, a Emenda Constitucional nº 24, deu nova redação ao mencionado dispositivo constitucional, suprimindo as hipóteses de perda de mandato por infidelidade partidária, assegurando, ademais, a mais ampla liberdade de criação de partidos políticos, respeitados o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais, dentre outros valores.¹⁷

A Assembleia Constituinte de 1988, não se afastou do espírito que presidiu a elaboração da EC nº 24/85, adotada no ambiente de redemocratização, deixando de incluir no rol do

¹⁶ "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."

¹⁷ "Art. 152. É livre a criação de partidos políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana (...).".

art. 55 da Carta Magna, que trata da perda de mandato de Deputado e Senador, qualquer sanção por infidelidade partidária.¹⁸

Isso levou José Afonso da Silva a concluir que a Constituição de 1988

*“não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando no art. 15, declara vedada a cassação dos direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo.”*¹⁹

É que o dispositivo em comento proíbe, de forma expressa, a cassação de direitos políticos,

18 “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.”

19 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 386-387.

estabelecendo, taxativamente, as hipóteses de sua perda ou suspensão, sem qualquer menção à hipótese de infidelidade partidária.²⁰

Na mesma linha de entendimento Clèmerson Merlin Clève afirma que, no sistema constitucional brasileiro, a circunstância de o parlamentar

*“não perder o mandato em virtude de filiação a outro partido ou em decorrência do cancelamento da filiação por ato de infidelidade é eloqüente. Ainda que doutrinariamente o regime do mandato possa sofrer crítica, é indubitado que, à luz do sistema constitucional em vigor, o mandato não pertence ao partido.”.*²¹

O tema também não é novo nesta Corte. Com efeito, quando do julgamento do MS 20.927, da relatoria do Ministro Moreira Alves, o Plenário posicionou-se no seguinte sentido:

²⁰ “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”.

²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Novo regime constitucional dos partidos políticos. Fidelidade partidária vinculando votação em processo de impeachment. Revisibilidade dos atos partidários pelo Judiciário. Competência da Justiça Eleitoral. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 24. São Paulo: RT, 1998, p. 217-218.

"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."

Ao fundamentar o seu voto condutor, ressaltou o Ministro Moreira Alves o quanto segue:

"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 ao voto da legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, 'a'; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55".

À ocasião o Ministro Sepúlveda Pertence declarou:

“Continuo a pensar, Senhor Presidente – cada vez que vejo a dedução das razões da posição oposta mais me convenço de que se funda ela na idealização e no transplante, para o nosso regime positivo de representação proporcional, de uma ortodoxia do sistema, pensada em termos abstratos, que a nossa Constituição não conhece. Ortodoxia que se manifesta nesta Casa, que se manifestou no desenvolvimento das discussões do caso precedente, através do eminente Ministro Paulo Brossard, quando S.Exa. acabou por declinar que, para ele, o sistema iria ao ponto de sancionar com a perda do mandato também o titular que se desvinculasse da legenda pela qual se elegeu. No entanto, na minha convicção restou inabalada, com todas as vênias, a premissa de que parti: a falta, em nosso direito constitucional vigente, de base para decretar a perda de mandato de titular, convicção que agora acaba de receber valiosos subsídios do eminente Ministro Moreira Alves.”

Recentemente, o Plenário desta Corte nos autos do MS 23.405, manifestou-se sobre o tema em acórdão assim ementado:

“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.”

Naquela oportunidade, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, consignou que:

“Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob 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.”

7. A mudança de partido em face da Justiça Eleitoral

Ao contrário do que se possa imaginar, os parlamentares que figuram como litisconsortes neste *mandamus* e outros políticos em idêntica situação, não trocaram de partido às escondidas, clandestinamente, mas mediante comunicação oficial à Justiça Eleitoral, nos termos da legislação aplicável.

Com efeito, na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano, a Justiça Eleitoral é informada pelos órgãos de direção partidários, da relação dos nomes de todos os seus filiados, da qual deverá constar a data de filiação, o número dos títulos eleitorais e das seções em que estão inscritos para efeito de candidatura a cargos eletivos (Art. 19, da Lei 9.096/95).

Isso porque, para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido, pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições (art. 18, da Lei 9.096/95).

Ademais, para desligar-se do partido político a que pertença, o filiado deve apresentar, obrigatoriamente, comunicação escrita ao órgão de direção partidária e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral (Art. 21 e 22, parágrafo único, da Lei 9.096/95).

Esse procedimento, aliás, é minuciosamente regulamentado pela Resolução 21.574/2003, do Tribunal Superior Eleitoral, estabelecendo o seu art. 4º que os dados assim coletados serão encaminhados àquela Corte, no prazo de 15 dias, *"para análise e identificação de irregularidades, o que ocorrerá nos sete dias subseqüentes."*

Ressalte-se que, pela legislação eleitoral brasileira, o filiado não precisa informar à Justiça Eleitoral, o motivo pelo qual se desligou do partido, mas tão-somente comunicar o seu desligamento da agremiação.

Tanto é assim que o Sistema de Filiação Partidária Informatizado da Justiça Eleitoral, denominado "FILEX" não possui um módulo de desfiliação. Para tal procedimento, basta que o usuário digite a opção "exclusão" do filiado sem qualquer justificativa.

Forçoso é convir, pois, que a mudança de partido por candidatos eleitos foi regulamentada pela Justiça Eleitoral, não tendo ela feito, ao que se saiba, qualquer objeção à referida prática desde a Emenda Constitucional nº 24/1985, a qual, como visto, suprimiu a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária prevista na Carta de 1967, entendimento ratificado pelos constituintes de 1988.

Essa prática, ademais, importa repisar, encontrava-se solidamente amparada não só na doutrina dominante, como também em pacífica jurisprudência desta Suprema Corte.

Apenas na Sessão realizada em 27/3/2007 é que o Tribunal Superior Eleitoral manifestou entendimento diverso, ao responder afirmativamente à Consulta 1.398/DF, que deu origem à Resolução 22.526/2007.

8. A migração partidária e a proteção da confiança

Durante mais de 20 anos, pelo menos, candidatos eleitos por determinada agremiação política têm migrado para outras siglas, sem qualquer restrição, seja por parte dos partidos políticos, incumbidos de regular a matéria em seus estatutos, por força de previsão constitucional (art. 17, § 1º, da CF), seja por parte da Justiça Eleitoral, que sempre se amoldou ao entendimento doutrinário e jurisprudencial prevalente.²²

Não é por outra razão que Karl Larenz enfatiza a importância dos precedentes pretorianos, nos quais identifica um verdadeiro *"Direito judicial"*, ao afirmar que

"existe uma grande possibilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os

²² MS 20.916, Rel. Min. Carlos Madeira; MS 20.927, Rel. Min. Moreira Alves; MS 23.405, Rel. Min. Gilmar Mendes.

*consultores jurídicos das partes litigantes, das firmas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, serão considerados, decorrido largo tempo, Direito vigente. Disto se forma em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito legal, um Direito judicial (...)."*²³

Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do TSE sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos parlamentares que pautaram suas ações pelo entendimento acadêmico e pretoriano até agora dominante.

Não se propugna com isso, é evidente, a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da atividade legislativa, pois as decisões judiciais

²³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª ed., 1983, pp. 521/522.

e as leis não podem ficar alheias à evolução social e ao devir histórico. Mas é preciso que respeitem as situações consolidadas, sob pena de grave solapamento da confiança dos cidadãos nas instituições, com todas as conseqüências nefastas que isso pode acarretar para o convívio social.

9. Das possíveis conseqüências da retroação da Resolução do TSE

Um estudo feito pelo cientista político Carlos Ranulfo Melo sobre a questão da fidelidade partidária revela números, no mínimo, impressionantes:

"Entre 1985 e 6 de outubro de 2001, quando foi encerrado o prazo de filiação partidária tendo em vista as eleições de 2002, nada menos do que 846 parlamentares, entre titulares e suplentes, mudaram de partido na Câmara dos Deputados. A movimentação pode ser percebida em todas as legislaturas. Em média, 28,8% dos que assumiram uma cadeira na Câmara dos Deputados trocaram de legenda durante o mandato.

(...)

Um total de 138 congressistas (16,3% entre os migrantes) trocou de partido pelo menos duas vezes em uma mesma legislatura, outros 3,5% (30 deputados) pelo menos três vezes, enquanto dez congressistas migraram quatro vezes. Uma vez computadas todas as mudanças realizadas pelos deputados, chega-se a um total de 1035 migrações." ²⁴

Embora restrito a um marco temporal determinado, a pesquisa revela uma tendência de migração partidária que, em termos percentuais, certamente manteve-se inalterada nas legislaturas subseqüentes.

De fato, a confirmar essa hipótese, o Relator da Consulta do PFL formulada ao TSE, o Ministro César Asfor Rocha, registra que

"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

²⁴ Melo, Carlos Ranulfo F. *Migração Partidária na Câmara dos Deputados. Causas, conseqüências e possíveis soluções*. In: BENEVIDES, Maria Victória, VANUCCHI, Paulo e KERCHE, Fábio (orgs). São Paulo: Perseu Abramo, 2003, p. 322.

filiaram a outros grêmios partidários e somente seis se filiaram a Partidos Políticos que integraram as coligações partidárias que os elegeram."

Estamos, pois, cogitando de um número indeterminado de parlamentares, que possivelmente supera a casa do milhar, os quais - a se levar o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral às últimas conseqüências - exerceram o seu mandato de forma ilegítima, à semelhança daqueles que, na atual legislatura, trocaram de partido.

Ora, é certo que os presentes mandados de segurança não dizem respeito aos parlamentares que atuaram em legislaturas passadas e que não foram reeleitos. Mas não se pode perder de vista que os atos por eles praticados poderiam ser havidos como irremediavelmente nulos, assim como os dos litisconsortes destes mandados de segurança, visto que, no momento em que trocaram de partido, os seus mandatos já pertenceriam, de pleno direito, aos respectivos suplentes.

Acontece que, desde o advento da Constituição de 1988, até a presente data, foram aprovadas nada menos do que 55 Emendas ao Texto Constitucional vigente. Muitas delas tratam de direitos e garantias fundamentais, da reestruturação das instituições políticas nacionais e da criação ou modificação de tributos, dentre outros temas da mais alta relevância.

E, como é cediço, o processo legislativo de emendas ao texto constitucional requer a observância de formalidades que não podem ser desprezadas: a criação de comissões especiais para a análise da proposta, *quorum* qualificado, votações nominais, dois turnos em cada Casa Legislativa. Esses requisitos são absolutamente incontornáveis, sob pena de nulidade do ato dele resultante por vício de natureza formal.

Mesmo a aprovação de leis complementares e ordinárias, ou ainda a deliberação acerca de medidas provisórias, exigem o cumprimento de ritos próprios em que a participação individualizada de

cada parlamentar, nas comissões permanentes e nas sessões plenárias, constitui condição essencial para a higidez do processo legislativo.

Se levarmos às últimas conseqüências, repito, o entendimento consubstanciado na Resolução 22.526/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, segundo a qual a perda de mandato por infidelidade partidária decorreria implicitamente do texto constitucional, vigente desde 5 de outubro de 1988, certamente nos defrontaremos com um problema, para dizer o mínimo, de difícil, senão impossível, solução, representado pelo exercício ilegítimo do mandato por parte de todos os parlamentares que trocaram de partido desde então.

Com efeito, não haveria como fugir da conclusão, imposta por via de conseqüência lógica, de que seriam nulos todos os atos por eles praticados durante o período em que exerceram o mandato de forma ilegítima, o que inclui, além das mudanças constitucionais e legislativas das quais

foram protagonistas, aqueles que praticaram no desempenho de funções de natureza administrativa em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Não se pode afastar, ademais, a possibilidade de que muitas das emendas constitucionais hoje vigentes não lograriam atingir o *quorum* mínimo de 3/5 de votos necessários para a sua aprovação, caso se exclua aqueles atribuíveis aos mandatários ditos “infiéis”, sendo incomensuráveis os prejuízos para a sociedade que tal situação poderia acarretar, sobretudo em razão da enorme insegurança jurídica que disseminaria.

10. Da ausência de direito líquido e certo

Quando se cogita de fidelidade partidária há de se ter em mente não apenas a exigência de que os membros dos distintos partidos políticos adiram à ideologia e às diretrizes programáticas

explicitadas nos respectivos estatutos, mas também que aqueles se mantenham fiéis a esse ideário.

Devem, ademais, propiciar aos seus filiados um tratamento equânime no que toca às oportunidades de participação nas disputas por espaços na própria estrutura de poder da agremiação e para que possam concorrer aos diferentes cargos políticos nas eleições proporcionais ou majoritárias.

Tal foi, certamente, a razão pela qual o Ministro Cezar Peluso, ao responder afirmativamente à Consulta 1.398/DF, ressaltou o seguinte em seu voto:

*“Algumas **exceções** devem, contudo, ser asseguradas em homenagem à própria necessidade de resguardo da relação eleitor-representante e dos princípios constitucionais da liberdade de associação e de pensamento. São elas, v.g., a existência de **mudança significativa de orientação programática do partido**, hipótese em que, por razão intuitiva, estará o candidato eleito autorizado a desfiliar-se ou transferir-se de partido, conservando o mandato. O mesmo pode dizer-*

se, *mutatis mutantis*, em caso de comprovada **perseguição** política dentro do partido que abandonou" (grifos no original).

Na ocasião, o Ministro Carlos Ayres de Britto observou que em certas ocorrências, *"pode não ser caso de deserção ou traição ideológica. A migração se dá, pelo contrário, por um imperativo de resistência ideológica de membro do partido, ou seja, o candidato não deserdou dos seus ideais, que deserdou foi o partido"*.

Com efeito, o Tribunal Superior Eleitoral, excepcionou duas hipóteses nas quais não incide o princípio da fidelidade partidária: 1) *"mudança significativa de orientação programática do partido"*; e 2) *"comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou."*

Essa idéia, aliás, *mutatis mutandis*, encontra-se presente no Projeto de Lei Complementar 35/2007, do Deputado Luciano Castro (PR), aprovado pelo Plenário da Câmara dos

Deputados em 14/8/2007 por 282 (duzentos e noventa e dois votos) a favor, 34 (trinta e quatro) contra e 3 (três) abstenções, que estabelece determinadas hipóteses em que a prática da chamada "infidelidade partidária" não é passível de sanções, a saber: a *"demonstração de descumprimento pelo partido do programa ou do estatuto partidários"* ou a *"prática de atos de perseguição política no âmbito interno do partido em desfavor do ocupante de cargo eletivo."*²⁵

Verifica-se, desse modo, que determinadas situações justificam a mudança de legenda pelo candidato eleito, exigindo, antes que se conclua pela afronta ao princípio da fidelidade partidária, seja-lhe assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), os quais constituem o verdadeiro núcleo do

²⁵ "Art. 3º. As disposições desta Lei Complementar não se aplicam nos seguintes casos: I - demonstração de descumprimento pelo partido do programa ou do estatuto partidários registrados na Justiça Eleitoral; II - prática de atos de perseguição política no âmbito interno do partido em desfavor do ocupante de cargo eletivo, objetivamente provados; III - filiação visando à criação de novo partido político; IV - filiação visando a concorrer à eleição na mesma circunscrição, exclusivamente no período de 30 (trinta) dias imediatamente anterior ao término do prazo de filiação que possibilite a candidatura; V - renúncia do mandato."

devido processo legal, constitucionalmente assegurado (art. 5º, LIV, da CF), que, em sua dimensão substantiva atua por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ocorre que a via judicial eleita pelos partidos impetrantes não admite, segundo pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dilação probatória para aferir-se a eventual presença do *direito líquido e certo*, que exige, como é sabido e ressabido, para a sua aferição prova pré-constituída.²⁶

Esta Suprema Corte, em sucessivas decisões, a exemplo daquela proferida no RE 269.464-DF, Relator o Ministro Celso de Mello, já assinalou que o direito líquido e certo, capaz de autorizar o ajuizamento do mandado de segurança, “*é, tão-somente, aquele que concerne a fatos incontroversos, constatáveis de plano, mediante prova literal inequívoca*”.

²⁶ MS 22.695, rel. Min. Celso de Mello.

Assim, para que se determine a perda de mandato dos parlamentares eleitos que mudaram de legenda, é necessário verificar-se, antes, em respeito ao *due process of law* previsto na Constituição Federal, os motivos que levaram o parlamentar a trocar de partido ou em que condições tal ocorreu.

Em outras palavras, seria preciso saber, quando menos, se os parlamentares sofreram, ou não, perseguições políticas ou, então, se o partido político abandonou os ideais que prevaleciam no momento de sua filiação.

Ainda que se tenha como válida a Resolução 22.526/2007 do TSE, não há, penso eu, como determinar-se a perda automática dos mandatos dos parlamentares que integram a presente ação na qualidade de litisconsortes, ou de quaisquer outros em idêntica situação, sem instrução probatória que esclareça a real motivação que

culminou no abandono da legenda, como bem ressaltado pelo Procurador-Geral da República.

11. Conclusão

Assim, Senhora Presidente, ante as peculiaridades do caso, e em homenagem não apenas aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, bem como em atenção devido processo legal, ao direito à ampla defesa e ao contraditório, postulados sobre os quais se assentam o próprio Estado Democrático de Direito, pelo meu voto, denego a segurança.