



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Fidelidade partidária - Titularidade do mandato eletivo

Karen Marinho Rodrigues

Rio de Janeiro
2009

KAREN MARINHO RODRIGUES

Fidelidade partidária: Titularidade do mandato eletivo

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Marcelo Pereira e Prof^a Néli L. C. Fetzner.

Rio de Janeiro
2009

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
I - A DEMOCRACIA.....	11
1.1) Origem histórica.....	11
1.2) Conceito de Democracia.....	12
1.3) Formas de Democracia.....	14
1.4) Da Teoria da Representação.....	15
1.5) O Parlamento.....	17
1.5.1) O Bicameralismo e a estrutura do parlamento.....	17
1.5.2) O Papel do Parlamento.....	18
1.5.3) A Democracia e o bicameralismo.....	19
1.6) Princípios do Direito Eleitoral.....	20
1.6.1) Princípio da lisura das eleições.....	20
1.6.2) Princípio do aproveitamento do voto.....	21
1.6.3) Princípio da moralidade eleitoral.....	22
1.6.4) Princípio da responsabilidade solidária entre os candidatos e os partidos políticos.....	23
2- PARTIDOS POLÍTICOS.....	25
2.1 – Origem.....	25
2.2 – Conceito.....	26
2.3 – Natureza Jurídica.....	28
2.4 – Coligação.....	28
2.5 – Princípios constitucionais e fundamentos ligados aos partidos políticos.....	29

2.5.1 – Princípio da liberdade partidária.....	30
2.5.2 – Princípio da autonomia dos partidos políticos.....	31
2.5.3 – Princípio da fidelidade partidária.....	32
2.6- Monopartidarismo, bipartidarismo e o pluripartidarismo	35
3 – MANDATO ELETIVO.....	37
3.1 – Teoria do mandato imperativo.....	38
3.2 – Teoria do Mandato representativo.....	41
3.3 – Teoria do Mandato partidário.....	42
3.4 – Sistemas eleitorais.....	44
3.4.1 – Sistema majoritário.....	44
3.4.2 – Sistema proporcional.....	46
3.4.3 – Sistema misto.....	48
4 – FIDELIDADE PARTIDÁRIA E A TITULARIDADE DO MANDATO ELETIVO.....	50
4.1 – Origem histórica do princípio da fidelidade partidária.....	50
4.2 - Inconstitucionalidade da Resolução nº 22.610 do TSE.....	58
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

A principal discussão sobre o tema da fidelidade partidária baseia-se na titularidade do mandato eletivo, bem como nos aspectos controvertidos do princípio da fidelidade partidária, que tem sua aplicação diretamente ligada ao Estado democrático de direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Para concorrer a um mandato eletivo, aquele que estiver em gozo dos seus direitos políticos deverá filiar-se a um partido político e obter uma legenda a fim de participar do processo eletivo.

Desde a promulgação da CRFB/88, a jurisprudência havia se firmado no sentido de que a mudança de partido político pelo candidato diplomado não ocasionaria a perda do mandato eletivo. Este entendimento baseava-se principalmente na tese de que o mandato eletivo pertencia ao candidato eleito como representante popular.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal inovou ao decidir, de forma política, no sentido de que o mandato eletivo pertence ao partido político e que a violação ao princípio da fidelidade partidária importará na perda do mandato.

Ocorre que a eleição dos representantes pela população se dá na pessoa do candidato e não do partido político, motivo pelo qual a mudança de partido após a diplomação não se justifica como sanção para ensejar a perda do mandato.

Isso porque o Estatuto partidário poderá prever outras sanções para o filiado infiel que não importem em violação ao sistema da democracia representativa.

Busca-se demonstrar neste trabalho que a titularidade do mandato eletivo pertence ao candidato eleito e não ao partido político.

Objetiva-se trazer à discussão a influência do princípio da fidelidade partidária no sistema eleitoral de livre escolha dos representantes em confronto com o Estado democrático de direito e com a teoria do mandato representativo.

Ao longo desta pesquisa, serão analisados os seguintes tópicos:

No primeiro capítulo será analisar-se-á a democracia, sua origem e formas.

O segundo capítulo terá enfoque nos partidos políticos, importantes instrumentos no sistema eleitoral brasileiro.

No terceiro capítulo trata-se do mandato eletivo, em especial, sobre a evolução e as teorias que visam a conceituar e garantir o alcance do mandato, bem como descreve as divergências na doutrina sobre a titularidade do mandato eletivo.

Por fim, no quarto capítulo fala-se especificamente do princípio da fidelidade partidária, com enfoque nos entendimentos jurisprudenciais sobre a titularidade do mandato eletivo.

A possibilidade de o mandato eletivo pertencer ao partido político ou ao candidato; A polêmica da decisão do STF à qual se atribuiu motivação política ou jurídica e se há violação de algum princípio constitucional e, por fim, a possibilidade de mudança do sistema de coeficiente partidário para a garantia de uma fiel aplicação do princípio da democracia representativa. A metodologia será pautada pelo método da pesquisa qualitativa parcialmente exploratória.

1. A DEMOCRACIA

1.1 – Origem histórica

A democracia é forma racionalista de governo e está presente, na maioria dos Estados Modernos, como é o caso do Estado Brasileiro, caracterizando-se como o governo do povo, pelo povo e para o povo.

A primeira manifestação de democracia¹ surgiu na época das antigas repúblicas gregas e possuía uma característica peculiar bem diferente da democracia brasileira, qual seja, era idealizada e praticada de forma direta. A democracia direta² consistia no fato de que o povo era governado por si mesmo, sendo certo que suas deliberações eram feitas por meio de assembléias gerais realizadas periodicamente em praças públicas.

Tal situação era possível, pois o Estado-cidade, denominado *polis* na Grécia era pequeno e restringia-se apenas aos limites da sociedade urbana.

Com o crescimento das sociedades urbanas, não foi mais possível o exercício da democracia na forma direta, motivo pelo qual, houve o surgimento da chamada democracia sob a forma indireta, através da qual seu exercício passou a ser transferido aos representantes eleitos e mandatários do povo.

Hoje, a democracia e representação política tornaram-se expressões equivalentes.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.297/298.

² Idem.

1.2 – Conceito de Democracia

A palavra democracia tem sua origem na Grécia Antiga e surgiu da união dos termos, *demo*=povo e *kracia*=governo. Esse sistema de governo foi desenvolvido em Atenas, chamada de berço da democracia, embora fosse uma forma bem limitada de participação popular.

De acordo com o pensamento político de Aristóteles e Platão, citados na obra de Paulo Bonavides³ a democracia não era considerada apenas como uma forma de governo, sendo reputada como uma forma de boa organização da cidade, além de uma técnica de estruturação do poder, sendo uma forma de vida não só da sociedade, mas do próprio homem em sociedade.

Bonavides⁴ ensina ainda, que segundo Aristóteles havia três formas de governo, quais sejam, a monarquia, que é o governo realizado por uma só pessoa, a aristocracia que é o governo das minorias e enfim, a democracia, sendo esta determinada por meio do governo da maioria.

A Democracia no conceito de Hans Kelsen,⁵ “significa identidade entre governantes e governados, entre o sujeito e o objeto do poder, governo do povo sobre o povo”.

Em realidade, a democracia é considerada pelo maior número de pessoas e não pelo governo da totalidade da população, uma vez que o corpo eleitoral é formado através dos cidadãos que exercem os chamados direitos políticos ou de cidadania.

³BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores. 2004. p.298.

⁴ Idem.

⁵KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Vera Barkow e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993.p.35.

É interessante mencionar o conceito de Karl Loewenstein, citado na doutrina de Paulo Bonavides, que definiu a ideologia da democracia como ⁶ “um sistema coerente de idéias e crenças, que explicam a atitude do homem perante a sociedade e conduzem à adoção de um modo e comportamento, que reflete essas idéias e crenças que lhe são conformes”.

Ultrapassado o raciocínio da classificação tríplice de aristóteles, a democracia não é mais considerada como forma de governo, sendo certo que atualmente duas são as formas de governo existentes, quais sejam, a Monarquia e a República, subdivididas em várias modalidades. A democracia é uma modalidade da forma republicana que pode ser aristocrática ou democrática.

Em sendo a democracia um conceito que determina um governo do povo, dentro desse conceito compreendem-se os direitos e as garantias eleitorais, as condições e as causas de elegibilidade e os mecanismos protetivos previstos na legislação eleitoral que servem para impedir as candidaturas viciadas e que atendem com os princípios da moralidade e da legitimidade do sistema eleitoral.

Neste sentido, só haverá o aperfeiçoamento da democracia se toda a população tiver acesso às informações e for devidamente instruída sobre as lições de cidadania, seus direitos e deveres, e ainda que os candidatos a mandatários políticos sejam instruídos sobre as regras eleitorais.

A democracia é que confere a oportunidade de todos os membros da sociedade participarem livremente e com consciência eleitoral, em sentido individual ou coletivo, do processo eletivo.

⁶BONAVIDES, Op. cit. p.298.

1.3 – Formas de Democracia

A democracia possui dois sentidos, o formal ou em sentido estrito e o substancial ou em sentido amplo. No primeiro sentido, a democracia é um sistema de organização política que compete à maioria do povo a direção geral dos interesses coletivos, assegurando aos cidadãos a participação efetiva na formação do governo, traduzido pela forma clássica de que “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”.

Em sentido substancial, a democracia é uma ordem constitucional que se baseia na garantia e reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Os direitos fundamentais são o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade, sendo esses presentes na Constituição, porém inaplicáveis de imediato. O Estado democrático de direito deve ter aplicação imediata, não sendo mera ilusão para um futuro próximo, devendo os bens e valores eleitos pelo legislador constituinte originário ser considerados verdadeiros direitos.

Dentro das formas de democracia ainda pode-se visualizar: A democracia liberal que se caracteriza por um sistema de livre iniciativa, em que o Estado não intervém na ordem econômica e financeira, não é adotada pela maioria dos Estados democráticos, pois seria uma utopia, uma vez que sempre se caracteriza uma atuação intervencionista do Estado, ainda que mínima.

Em contraposição a esse conceito está a social-democracia ou democracia social, que tem como principal característica a adequação da ordem econômica e financeira aos

parâmetros de justiça social, em que a liberdade de iniciativa deve respeitar principalmente, a valorização do trabalho humano.

1.4 – Da Teoria da Representação.

Um dos fundadores da teoria do poder constituinte, Emmanuel Joseph Sieyès⁷, citado na obra de Marco Aurélio Bellizze, apresentou uma nova teoria da elegibilidade, sendo esta criticada por seu caráter censitário, pois por meio desta teoria o autor mencionava que só poderiam votar aqueles que possuíssem determinado patamar de renda ou que contribuíssem tributariamente, deixando de fora do exercício do direito ao voto aqueles trabalhadores que não eram contribuintes.

Segundo a sua teoria da representação, Sieyès determinava que o interesse comum deveria ser formado pela soma dos interesses individuais, como o objetivo de assembléia representativa de uma nação, mencionando que ⁸ “o direito de fazer-se representar só pertence aos cidadãos por causa das qualidades que lhes são comuns e não devido àquelas que o diferenciam”.

A noção de representação é de extrema importância para o entendimento da democracia, principalmente no que tange à democracia representativa, em que o povo exerce sua participação de maneira indireta, por meio dos seus representantes eleitos, legitimados mandatários políticos, sob o processo de captação da vontade popular exercido por meio do

⁷OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. *Abuso de poder nas eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.14,15. *apud* SIEYÈS, 1988, p.144

⁸Idem.

voto direto e secreto, sendo esta condição para a legitimação do poder exercido pelos representantes, como é o caso do sistema adotado em nosso país.

A cidadania é compreendida como direito público subjetivo à participação política, por meio do exercício do direito de sufrágio e da elegibilidade, nos termos do preceito contido no artigo 14, *caput* da CRFB/88.

No caso de haver violação ao sistema representativo, que consiste no direito de livre escolha pelos cidadãos dos seus representantes, ficará atingida a espinha dorsal do próprio sistema, instalando-se um círculo vicioso em que os representantes do povo passam a patrocinar interesses diversos daqueles esperados pelos mandantes, o que ocasionará uma verdadeira crise no sistema democrático, decorrente da falta de investidura, que contaminará todo o exercício do mandato parlamentar⁹.

Os conflitos entre a representatividade e a democracia surgem cada vez mais e o objetivo primordial deste trabalho é o de analisar se o sistema representativo está sendo utilizado corretamente e a quem pertence a titularidade do mandato eletivo conferido pelos cidadãos aos representantes eleitos, matéria que será posteriormente enfocada.

⁹ OLIVEIRA, Op. cit. P.18.

1.5 – O PARLAMENTO

1.5.1 – O Bicameralismo e a estrutura do parlamento

O parlamento pode apresentar dois tipos de estrutura, quais sejam, a monista e a dualista, de acordo com a análise de ser constituído por uma ou duas casas representativas respectivamente.

Nos Estados Federais, como no caso do Brasil, é mais usual a estrutura do bicameralismo, ou seja, a presença de dois órgãos constitutivos do parlamento, um primeiro representando os Estados-membros, chamado segunda câmara ou câmara alta e outro que representa os cidadãos, denominando-se primeira câmara ou câmara baixa.

O bicameralismo contemporâneo constitui na estrutura do corpo parlamentar uma nota de destaque, uma vez que possui duas assembleias políticas distintas e autônomas, vinculadas entre si pela função representativa e unidas para uma total convergência de fins. Neste sentido a essência do bicameralismo consiste na possibilidade de uma casa rever a decisão da outra, ambas cooperando para o aperfeiçoamento das regras normativas.

Segundo ¹⁰ Paulo Bonavides:

Até mesmo nos sistemas federais a justificativa da segunda câmara para representar as unidades componentes da Federação tem perdido importância e significado. Aliás Jefferson e Washington não viam nessa função o fim exclusivo da forma dual de organização do corpo parlamentar, conforme se infere da imagem até certo ponto moderna e antecipadora com que os dois estadistas, à mesa do café, figuram graficamente o sentido de um parlamento bicameral: O Senado a simbolizar o pires que faz esfriar o café, vertido da xícara, ou seja, da Câmara dos Deputados (ou Câmara dos representantes nos Estados Unidos).

¹⁰BONAVIDES, Op cit. p.287.

Essa citação histórica reproduz as duas casas em termos de duplicação, sendo uma cópia que reproduz basicamente as prerrogativas da outra.

1.5.2 – O Papel do Parlamento.

Após a crise de transição do Estado liberal ao Estado social, o parlamento como instituição retornou com força na maioria dos Estados que praticam uma forma democrática de governo.

Dentre as funções básicas de qualquer organização parlamentar democrática estão a de legislação e o controle. O parlamento, por ser uma instituição livre, não só controla os atos do Governo, mas também confere legitimidade aos sistemas políticos.

Neste sentido, não restam dúvidas sobre a importância do parlamento para o Estado democrático de direito, principalmente na modalidade presidencialista, cuja função é investigar os atos que configuram a política do poder, como, por exemplo, no que tange à instauração das Comissões Parlamentares de Inquérito.

O Congresso torna-se o ponto de convergência das estratégias do governo incorporadas, antecipadamente, em discursos administrativos, visando à correção das influências negativas que atuam sobre as atividades econômicas.

1.5.3 – A Democracia e o bicameralismo

No ponto de vista político, verifica-se que o bicameralismo ainda segue as origens inglesas conservadoras do século XVIII, uma vez que a dualidade representativa do parlamento torna-se apenas uma expressão quantitativa de representação, acarretando uma análise moderada dos projetos de lei eventualmente surgidos, com uma carga de emoção e passionalidade, cujos efeitos talvez não ficassem isentos, caso as matérias submetidas à sua análise fossem examinadas por uma só câmara.

A justificativa da adoção do bicameralismo, como técnica de organização do parlamento, consiste na necessidade do sistema federativo em conciliar duas ordens representativas que possuem fontes distintas, caracterizadas pela união da vontade nacional, proveniente da manifestação do povo e dos Estados-membros. A Câmara alta surge de modo indispensável na forma federativa da união dos Estados-membros a fim de servir como forma de representação desses entes federativos.

Outro fundamento para a adoção do sistema bicameralista é a necessidade do estabelecimento de um contrapeso entre a Câmara alta, representante dos Estados-membros, e a Câmara baixa, representante do povo, composta por membros eleitos pelo titular do poder, por eleições diretas, que são o principal instrumento do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, o ramo do Congresso mais atingido pela crise do sistema bicameralista é o Senado, que vem sofrendo abalos em razão do declínio do princípio federativo brasileiro.

1.6 – Princípios do Direito Eleitoral

Com a finalidade de que o sistema democrático tenha real efetividade dentro do processo eleitoral, devem ser observados alguns princípios que garantem a legitimidade das eleições, quais sejam:

1.6.1 – Princípio da lisura das eleições

O princípio da lisura das eleições deve ser observado por todos os agentes que atuam perante a justiça eleitoral, quais sejam, os juízes, o Ministério Público, os Partidos Políticos, os candidatos e, até mesmo, o eleitor, que deve atentar para que não seja corrompido com promessas de campanha e de recompensa em troca de votos, o que caracteriza no abuso do poder econômico praticado por alguns candidatos.

O abuso do poder econômico, as eleições corrompidas, viciadas e fraudulentas atingem diretamente a soberania popular pautada em um sistema democrático de direito, que é tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio no artigo 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil, que assim preceitua¹¹: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Este princípio está expressamente previsto na Lei Complementar nº 64/90, conhecida popularmente como a lei das inelegibilidades, em seu artigo 23 que assim preceitua:

¹¹BRASIL. CRFB de 5 de outubro de 1988.

O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções de prova produzida, atentando para as circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

1.6.2 – Princípio do aproveitamento do voto

A atuação da Justiça Eleitoral deve ser pautada no princípio do aproveitamento do voto, visando a preservar sempre, que possível, a vontade soberana da população, na apuração dos votos e na diplomação dos candidatos eleitos.

O artigo 219 do Código Eleitoral, Lei nº 4737/65, serve como fundamento de interpretação para extrair esse princípio, quando menciona que na aplicação da lei eleitoral, o juiz deve abster-se de se pronunciar sobre as nulidades, no caso da não demonstração de prejuízo, sendo claro que tal dispositivo adota o chamado princípio do *in dubio pro voto*.

Isso significa dizer que em não havendo prejuízo para a legitimidade e a lisura do processo eleitoral, deve sempre prevalecer a vontade soberana popular traduzida pela votação constante das urnas eleitorais, em face de uma nulidade.

Neste sentido, o legislador optou por adotar o princípio da sanatória das nulidades, pois admite a não declaração de uma nulidade, mesmo que absoluta, quando as partes não a impugnarem no momento adequado os possíveis vícios e fraudes eleitorais, conforme preceitua o artigo 149 do Código Eleitoral¹².

¹² BRASIL. Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965.

Em verdade, conforme Marcos Ramayana¹³: “O princípio do aproveitamento do voto deve ser correlacionado com o da lisura das eleições, pois se a fraude, a corrupção e os vícios captativos do processo eleitoral forem evidentes, entendemos que o órgão jurisdicional poderá conhecê-los de ofício nos prazos das ações eleitorais (AIME, AIJE, Captação de Sufrágio e RCD)”.

A título de exemplo, o princípio do aproveitamento do voto pode ser aplicado para evitar a declaração de nulidade de parte dos votos contidos em uma urna, se for possível a separação dos votos nulos e dos votos válidos, ou seja, aqueles não contaminados pela fraude.

1.6.3 – Princípio da moralidade eleitoral.

A moralidade é um princípio ético que não deve ser aplicado somente no processo eleitoral, mas também em qualquer relação jurídica tratada por todos os ramos do direito.

O artigo 14, parágrafo 9º da CRFB, traz expressamente o princípio da moralidade a ser aplicado para verificação das condições pessoais do candidato, isso é, se esse é probo e desta maneira pode exercer a titularidade de um mandato eletivo, que lhe foi conferido pela vontade popular.

A controvérsia que surge em razão desse dispositivo está no fato de a redação da Constituição mencionar que incumbe à Lei Complementar estabelecer os casos de inelegibilidade que impedirão o candidato de exercer o mandato eletivo com base na moralidade.

¹³ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 5.ed. Niterói; RJ: Impetus. 2006. p.33.

Neste sentido, o Tribunal Superior Eleitoral editou o verbete nº 13 das Súmulas do referido tribunal, prevendo que o princípio da moralidade eleitoral para fins de exame das candidaturas, não é auto-aplicável, sendo necessário que tal matéria seja regulamentada através de lei complementar que ainda não existe.

O entendimento esposado pelo Tribunal não parece estar embasado de fundamento jurídico, uma vez que a moralidade administrativa trata de conceito jurídico subjetivo e indeterminado, que deve ser verificado pelo julgador no caso concreto, atentando-se para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo impossível ao legislador trazer todos os casos em que situações podem ser consideradas imorais e que conseqüentemente violem o processo democrático das eleições.

1.6.4 – Princípio da responsabilidade solidária entre os candidatos e os partidos políticos.

Esse princípio vem expresso no artigo 241 do Código Eleitoral que tem a seguinte redação: “Toda propaganda eleitoral será realizada sob a responsabilidade dos partidos ou de seus candidatos, e por eles paga, imputando-se-lhes solidariedade nos excessos praticados pelos candidatos e seus adeptos”.

Há responsabilidade solidária, pois tanto o Partido Político, pessoa jurídica de direito privado, como o candidato, pessoa natural, deverão responder pelos abusos e excessos praticados durante o período de propaganda eleitoral, perante as esferas cível e administrativa.

Isso porque, tanto o partido político como o candidato, são beneficiados pelas práticas de propaganda ilegal, motivo pelo qual, ambos devem responder por essas práticas.

A responsabilidade solidária entre os candidatos e partidos na hipótese em epígrafe se verifica ao traçar um paralelo com o sistema eleitoral brasileiro, em que o voto em um candidato corresponde a dois votos, um na legenda partidária e outro na pessoa do candidato, votos esses que são podem ser dissociados um do outro.

2 – PARTIDOS POLÍTICOS

2.1 – Origem

Considerando os ditames políticos da sociedade moderna, há necessidade de que a população se organize para o exercício dos seus direitos políticos. Essa organização se efetiva por meio dos partidos políticos, pessoas jurídicas de direito privado, de essencial atuação no sistema democrático de direito.

Os partidos políticos tiveram sua origem ainda na antiguidade clássica, sendo certo que à época se aproximavam muito mais da idéia de classes sociais.

Na cidade de Atenas¹⁴, o processo de eleição se dava por meio de sorteio e não pelo atual sistema de votação, motivo pelo qual a atuação dos partidos políticos tornava-se desnecessária.

Os filósofos da antiguidade costumavam utilizar a palavra partido para designarem classes sociais.

Aristóteles¹⁵ tratava da diferenciação entre os partidos dos ricos e dos nobres em oposição ao partido popular, sendo certo que em realidade, referia-se às classes sociais e não a idéia de partidos políticos existentes na atualidade.

Na verdade, as agremiações partidárias com a concepção semelhante os dias atuais, começam a surgir na Inglaterra, no momento da revolução. Com a aprovação do *Bill of Rights* houve o início de uma máquina política inserida no parlamento, essa que trouxe a idéia dos

¹⁴ AIETA, Vânia Siciliano. *Tratado de Direito Político*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Tomo IV p.02. citando Aristóteles.

¹⁵ Idem.

partidos políticos, surgidos em razão dos movimentos de contestação aos excessos praticados pelo poder monárquico-absolutista¹⁶. Nesse momento, também surgiram idéias liberais que pregavam a liberdade do indivíduo frente ao Estado.

No Brasil, o embrião dos partidos políticos se deu com o surgimento dos grupos de opinião, que não possuíam a característica da estabilidade para serem caracterizados como verdadeiras agremiações políticas. Há notícias do surgimento do primeiro partido no ano de 1831, denominado Liberal, seguido da formação do chamado partido Conservador¹⁷.

Antes disso, em 1822 surgiu o primeiro partido brasileiro de fato, qual seja, o Partido da Independência.

Somente no ano de 1870 surgiria o chamado Partido Republicano, o qual veio a desempenhar papel decisivo no fim do Império e na formação do Estado democrático brasileiro, que passou a ser federativo e Republicano inspirado nos Estados Unidos da América¹⁸.

Atualmente o Brasil possui vinte e sete agremiações partidárias, conforme lista publicada no site do Tribunal Superior Eleitoral.

2.2 – Conceito

A denominação partido origina-se do verbo partir, que em francês significa dividir em parte. De acordo com Djalma Pinto¹⁹ já significou facção, bando, grupo de luta, porém,

¹⁶ Idem. p.3.

¹⁷ Idem. p.33/37.

¹⁸ Idem. p.54.

¹⁹ PINTO, Djalma. *Improbidade Administrativa e responsabilidade Fiscal: noções gerais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.98.

nos dias atuais, é expressão que designa a aglutinação de indivíduos unidos por uma visão comum de poder.

José Jairo Gomes²⁰ leciona que:

compreende-se por partido político a entidade formada pela livre associação de pessoas, cujas finalidades são assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo, e defender os direitos humanos fundamentais.

Em verdade, os partidos políticos consistem na reunião de pessoas, com os mesmos ideais políticos, que se unem na luta pelos mesmos interesses no futuro da nação.

Na mesma obra, José Jairo Gomes²¹ transcreve as palavras de Cretella Júnior que define os partidos políticos como:

Organizações destinadas a congregar eleitores que participam dos mesmos interesses ou das mesmas ideologias ou da mesma orientação política, em relação aos problemas fundamentais do país, os partidos políticos são definidos como associações de cidadãos, homens e mulheres, maiores ou não, unidos por um *idem sentire et velle* político geral, associações estavelmente organizadas, que desenvolvem atividades continuadas, externas ou públicas, dirigidas ao escopo de exercer influências sobre decisões políticas, ou, mais brevemente, com acordos entre certo número de cidadãos, para procederem em comum, nas eleições dos governantes, e na fiscalização do poder que estes exercem.

A principal finalidade das agremiações partidárias é reunir diversas pessoas que se encontram ligadas pelos mesmos princípios e ideais partidários, em especial a lealdade e lutam para eleger os representantes que compartilham dos mesmos pensamentos e ideais políticos.

²⁰GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.77.

²¹Idem.

2.3 – Natureza Jurídica

Já existiu controvérsia entre a doutrina clássica sobre a natureza jurídica do partido político, se de pessoa jurídica de direito público ou privado, porém a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 retirou qualquer dúvida do ordenamento jurídico brasileiro, ao prever no artigo 17, parágrafo 3º que os partidos políticos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil, sendo certo que exige apenas como peculiaridade o registro de seu estatuto perante o Tribunal Superior Eleitoral.

Reforçando esse entendimento está à disposição prevista no artigo 1º da Lei 9096/95, conhecida como lei dos partidos políticos, que assim dispõe: “O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição federal.”

2.4 – Coligação

A coligação partidária segundo Djalma Pinto²² “consiste em uma reunião de partidos, em determinado pleito, para buscarem juntos a conquista do poder político.”

²²PINTO, Djalma. *Improbidade Administrativa e responsabilidade Fiscal*: noções gerais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.125.

Os partidos políticos podem formar uma coligação a fim de concorrerem às eleições majoritária e proporcional. A coligação tem denominação própria e funciona como se fosse uma só agremiação partidária atuando durante determinado pleito eleitoral.

De acordo com o artigo 5º, inciso I da resolução nº 21.608/2004 a coligação é representada por uma pessoa designada pelos partidos que a integram, esta que tem atribuições semelhantes à de um presidente de um partido político.

Em regra, os partidos políticos integrantes de uma coligação perdem a legitimidade para atuar de forma isolada.

A natureza transitória das coligações faz com que sua atuação esteja restrita à duração do período eleitoral, iniciando-se com a formalização do pedido de registro dos candidatos integrantes dos partidos que a compõe vigorando até a diplomação dos eleitos.

2.5 – Princípios constitucionais e fundamentos ligados aos partidos políticos

A principal atribuição dos partidos políticos é assegurar a defesa dos interesses fundamentais do indivíduo, sendo instrumento primordial na garantia do Estado Democrático de Direito, em especial o princípio da isonomia, uma vez que através das agremiações partidárias garante-se aos cidadãos comuns, desde que devidamente filiados, a possibilidade de concorrer a cargos eletivos, tornando-se legitimados mandatários do povo.

A condição de elegibilidade principal é a filiação partidária, prevista no artigo 14, parágrafo 3º, inciso V da CRFB/88, etapa que deve anteceder ao registro de candidatura. No Brasil, não é possível a denominada candidatura avulsa, aquela sem estar filiado a um partido,

exigindo-se, portanto a prévia inscrição como membro de um partido, no prazo de pelos mesmos um ano antes das eleições.

2.5.1 – Princípio da liberdade partidária

Corolário principal dos partidos políticos o pluralismo político, a liberdade de criação das agremiações partidárias está prevista no artigo 17 da CRFB/88, que possui a seguinte redação:²³ 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 (...).

A finalidade precípua dos partidos políticos é garantir a efetividade dos interesses da república federativa do Brasil, que prevê o pluripartidarismo, sendo livre, portanto, a qualquer brasileiro, a escolha da organização partidária na qual melhor se identifique de acordo com os ideais políticos apresentados.

A Constituição Federal, conforme redação do artigo 17, *caput* supramencionado, estabeleceu ainda limites ao princípio da liberdade partidária, sendo certo que o partido político para ser reconhecido deve apresentar caráter nacional, estando impedido de receber recursos financeiros de entidades governamentais estrangeiras, sendo certo que tem o dever de prestar contas de seus gastos à Justiça Eleitoral²⁴.

²³BRASIL. CRFB/88, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 de out. 2009.

²⁴Idem.

O princípio da liberdade partidária está intimamente ligado ao sistema pluralista, uma vez que o primeiro possibilita a criação e a manutenção no Estado democrático de novos partidos políticos.

2.5.2 – Princípio da autonomia dos partidos políticos

O artigo 17 parágrafo 1º da CRFB/88 estabelece o princípio da autonomia dos partidos no sentido de definir a sua estrutura interna, organização e funcionamento, isso porque, o pluralismo político somente se concretiza por organizações livres.

A autonomia assegurada ao partido faz com que possa livremente disciplinar a sua atuação, inclusive no que tange às sanções a serem aplicadas aos seus filiados, que devem estar previstas no estatuto, estas que devem sempre observar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Essa autonomia visa a garantir a própria garantia do Estado Democrático de Direito, que somente se concretiza por meio da liberdade de manifestação e associação.

2.5.3 – Princípio da fidelidade partidária

Esse princípio é o principal enfoque deste trabalho e será melhor analisado no Capítulo IV, quando for tratada a titularidade do mandato eletivo, porém cabe, neste momento, tecer algumas considerações.

Conforme já explicitado acima, a filiação partidária é um pressuposto constitucional relevante, uma vez que impossibilita o exercício das chamadas candidaturas avulsas.

O mandato eletivo, que será descrito com mais clareza no Capítulo III desta pesquisa, somente pode ser outorgado a nacionais que estejam devidamente vinculados a agremiações partidárias.

Apesar da importância dos partidos políticos, em verdade esses vem sendo enfraquecidos no Brasil, principalmente em razão da grande quantidade de agremiações existentes, bem como pela falta de comprometimento verdadeiro com os ideais partidários que eles próprios divulgam.

O artigo 23 da Lei 9096/95²⁵ dispõe sobre o princípio em apreço, sendo certo que preceitua a responsabilidade pela violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida de acordo com o Estatuto de cada partido.

Para candidatar-se ao exercício de um mandato eletivo, o candidato deverá estar devidamente filiado a uma agremiação partidária, no prazo de pelo menos um ano antes das eleições, segundo disposto no artigo 18 da Lei 9096/95, sendo vedado, inclusive, que o candidato esteja filiado a mais de um partido político simultaneamente. A este denomina-se o princípio da unicidade de filiação partidária, vigente no Direito Eleitoral Brasileiro.

²⁵BRASIL. Lei 9.096 de 20 de setembro de 1995.

A duplicidade de filiação é ato ilícito do candidato eleito a um mandato eletivo, que filiado a um novo partido político, deixou de proceder a desvinculação ao partido anterior, até o dia imediatamente posterior à nova filiação, conforme previsto no artigo 22, parágrafo único da Lei 9096/95.

Apesar do dispositivo legal acima mencionado, a jurisprudência mais recente do Tribunal Superior Eleitoral, vem entendendo que se afasta a dupla filiação, se a Justiça Eleitoral for comunicada sobre a desfiliação do partido anterior antes do prazo que os partidos tem para o envio da relação de filiados, prevista no artigo 19 da Lei 9096/95.

Neste sentido, segue a jurisprudência²⁶:

[...] A jurisprudência mais recente do TSE é no sentido de que não se configura a dupla filiação se comunicada a desfiliação partidária à Justiça Eleitoral e à agremiação antes do envio da relação de que trata o art. 19 da Lei dos Partidos Políticos. (...) A comunicação de desfiliação partidária à Justiça Eleitoral e à agremiação partidária, se realizada antes do envio das listas de que trata o art. 19 da Lei nº 9.096/95, afasta a configuração de duplicidade de filiação. Agravo regimental a que se nega provimento. (...). Essa orientação consubstancia aquela que melhor se ajusta ao princípio da autonomia partidária, assegurado pelo art. 17, § 1º, da Constituição Federal. (RITSE, art. 36, § 7º.

Esse parece ser um posicionamento que viola disposição legal, uma vez que o artigo 22, parágrafo único da Lei 9096/95²⁷, prevê a obrigação do eleitor que filiou-se a novo partido de comunicar ao juiz e a respectiva Zona Eleitoral, no dia imediato ao da nova filiação.

O não cumprimento da disposição legal supratranscrita importará, ainda, na dupla filiação, passando ambas a serem consideradas nulas de pleno direito.

Em sentido diametralmente oposto está a decisão a seguir, da lavra do Ministro Relator Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, que sustenta pela aplicação na íntegra do artigo 22 da Lei 9096/95²⁸:

²⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AI n. 9843. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Publicado no DJE de 27.10.2009.

²⁷ BRASIL. Lei 9.096 de 20 de setembro de 1995.

[...] Nos termos do parágrafo único do art. 22 da Lei 9.096/95, quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido político e ao Juiz Eleitoral para cancelar sua filiação, sob pena de ser configurada dupla filiação e consideradas nulas as filiações para todos os efeitos. 2. Havendo previsão expressa de nulidade no parágrafo único do art. 22 da Lei 9.096/95, não é possível a aplicação do princípio da finalidade (arts. 243 e 244 do CPC, subsidiariamente), especialmente, após a revogação da Súmula 14 do TSE (Resolução TSE 21.885, de 17/08/2004) e o fortalecimento do princípio da fidelidade partidária (Resolução TSE 22.610/2007), razão pela qual a data da remessa da lista de filiados pelo novo partido não altera o prazo expressamente referido na legislação acima mencionada (parágrafo único do art. 22 da Lei 9.096/95)(...).

No caso de dupla filiação, as duas serão consideradas nulas, o que irá gerar a falta de uma das condições de elegibilidade para o candidato que é a filiação a uma agremiação partidária.

A infidelidade partidária e as suas conseqüências, conforme já explicitado acima, é matéria que deve estar prevista no estatuto de cada partido político. A esse é denominado o princípio da legalidade partidária, pelo qual a tipicidade das hipóteses de infidelidade deve estar prevista no estatuto de cada partido, sob pena da impossibilidade de ser imposta uma sanção ao infiel.

2.6 – Monopartidarismo, Bipartidarismo e o pluripartidarismo.

Conforme previsão expressa no artigo 17, caput da Constituição Federal, o Brasil adotou o sistema do pluripartidarismo, sendo certo que além das vinte e sete agremiações já existentes, é lícito o surgimento de novos partidos, desde que atendam todos os requisitos legais para a sua criação.

²⁸BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE n. 29064. Relator: Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. Publicado no DJE de 16.04.2009.

Os partidos políticos são importantes instrumentos de opinião pública, apesar de as ideologias atuais estarem um pouco fracassadas, em especial, pela diversidade de partidos políticos existentes, situação que faz com que seja impossível, ao eleitor, verificar as reais diferenças ideológicas entre as agremiações políticas existentes.

O monopartidarismo, segundo Vânia Siciliano Aieta²⁹, aparece nas ditaduras de direita, em especial, naquelas de modelo fascista e também nos países de inspiração marxista. Tal modalidade costuma propiciar as conhecidas ‘tomadas de poder’, uma vez que não existe uma disputa política aberta.

A existência de um partido único é plenamente incompatível com o estado democrático Brasileiro.

Leciona ainda³⁰ que o bipartidarismo é baseado na alternância de vocação majoritária, sendo certo que este pode ser natural ou centrípeto. No primeiro caso, surge de uma radicalização ideológica e de um enfrentamento natural dos partidos, que produzem um conflito.

O principal exemplo mundial de adoção do sistema do bipartidarismo são os estados Unidos da América, que divide suas tendências entre o Partido Democrata e o Partido Republicano.

Cabe esclarecer que, no sistema americano, o ordenamento jurídico existente não impõe que a militância política seja realizada necessariamente por um partido político, admitindo-se, inclusive, a chamada candidatura avulsa.

Por fim, o sistema pluripartidário ou multipartidário³¹, adotado pelo Brasil, consagra-se na existência de uma diversidade de agremiações políticas. Nesse sistema as diferenças ideológicas e programáticas entre os partidos é bem menor, não se assemelhando em nada à

²⁹ AIETA, Vânia Siciliano. *Tratado de Direito Político*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Tomo IV p.196/204.

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

disputa acirrada existente no bipartidarismo, hipótese em que as ideologias diversas são facilmente verificadas.

Nos sistemas pluripartidários, os partidos precisam divulgar amplamente as suas diretrizes políticas, situação que fragiliza, em muito, o chamado princípio da fidelidade partidária, que surgiu com a finalidade de punir os filiados nos quais atuassem em desacordo com as normas e ideologias políticas do partido no qual é integrante.

3 – MANDATO ELETIVO

A representatividade política se corporifica por meio do processo de escolha pelo povo dos seus representantes, principal corolário da democracia representativa. A representatividade é o vínculo jurídico existente entre os governantes e os governados.

Incumbe ao povo, titular soberano do poder, a escolha dos seus representantes por um processo eleitoral calcado nos princípios da lisura e da moralidade, devendo ser coibido todo o ato que vise a macular a livre vontade popular.

A Democracia somente estará presente, quando for garantido ao representado a possibilidade de atuar na tomada de decisões, seja de forma direta ou indireta. A atuação na Democracia representativa ocorre através do exercício do mandato eletivo, conferido pelo povo, aos seus representantes eleitos.

Apesar da titularidade do poder ser destinada ao povo, aos poucos o mandato eletivo vem se desvirtuando de sua concepção, sendo certo que a tomada de decisões políticas vem se concentrando nas mãos de poucos, processo de inevitável concentração de poder.

Os representantes eleitos pelo povo vem cada vez mais se desvirtuando da essência do mandato e passam a atuar conforme a vontade individual, esquecem por completo de garantir os direitos fundamentais da população.

Convém ressaltar que há três teorias doutrinárias que visam a esclarecer sobre a natureza do mandato eletivo, abordadas a seguir:

3.1 – Teoria do mandato imperativo

A Teoria do mandato imperativo foi capitaneada por Rosseau³², o principal defensor de tal modalidade de mandato eletivo.

De acordo com Orides Mezzaroba³³ a origem do mandato imperativo encontra-se no fim na idade média, quando os mandatários assumiam essa função pela delegação das corporações de ofício, dos burgos ou dos locais de origem.

Naquela época, a concepção de mandato eletivo estava adstrita à noção de mandato no universo privado, modelo que determinava, ao representante político, atuar de acordo com determinado comportamento.

Paulo Bonavides³⁴ expressa sobre o caráter privado do mandato imperativo, conforme descrito a seguir:

Pelo aspecto meramente formal, o mandato imperativo, ao ter ingresso numa determinada ordem constitucional, como a de certos regimes semi-representativos, se converte em mais um aspecto ilustrativo daquela tendência, já notada por eminentes juristas, segundo a qual certos institutos do direito público têm inversamente caído sob o efeito de uma 'jurisprivatização', observada pelo menos com vistas a algumas características formais.

Neste sentido, o mandato imperativo se assemelhava ao conceito do contrato de mandato do direito privado, por meio do qual, o mandatário deve seguir estritamente as determinações e os poderes outorgados pelo mandante, no instrumento do mandato, qual seja, a procuração.

³²AIETA, Vânia Siciliano. *Tratado de Direito Político*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. Tomo III. p.107. citando Rosseau.

³³MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p.71.

³⁴BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 9ed., Rio de Janeiro: Forense. 1993. p.317.

Conforme Vânia Siciliano Aieta³⁵, no do mandato imperativo, o mandatário não possuía quaisquer poderes sobre as decisões políticas a serem tomadas, restringindo-se a cumprir as determinações impostas por seus mandantes.

Apesar das semelhanças, o mandato imperativo não pode ser visto apenas como um contrato, em razão da total impossibilidade de identificação do verdadeiro mandatário político, pois, os representados estão devidamente cobertos pela existência do voto secreto.

Rosseau citado na obra³⁶ de Darcy Azambuja foi o principal pensador que defendia o mandato imperativo e considerava que o povo era o único soberano e a sua vontade era a expressão viva da soberania, sendo certo que ninguém poderia almejar em suprimir a vontade soberana do povo, salvo o próprio povo.

Nos termos do mandato imperativo, os representantes eleitos pela população eram meros mandatários da vontade popular, estando impedidos de tomar quaisquer decisões na esfera política. Em verdade, agiam como meros procuradores, sendo certo que seria necessária a ratificação prévia da população para que os seus atos pudessem ser validados.

Apesar da impossibilidade fática do povo se autogovernar, isso não afastava a imposição do conceito de mandato imperativo. Em se tratando da soberania, Rosseau³⁷ sustentou que essa resulta da soma das diferentes frações oriundas da vontade de cada indivíduo. Esse posicionamento deu origem a chamada Teoria da Soberania Fracionada.

Neste sentido, o referido pensador teria idealizado que a soberania popular sai oriunda da soma de múltiplas soberanias individualizadas, que, ao final, unidas chegariam a um denominador comum.

Com o início da Revolução Francesa, a tese da soberania fracionada passou a ser criticada pelos doutrinadores da época, surgindo, então, a Teoria da Soberania Nacional

³⁵ AIETA. Op cit. p.108.

³⁶ AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 6.ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987. p.251.

³⁷ AIETA, Op. Cit. p.110.

sustentada por Sièyès³⁸, doutrina esta que atendia mais aos interesses da burguesia liberal, que surgiria com maior ascensão nesta época.

Essa teoria trazia como a representação da vontade popular a idéia de nação, entidade distinta do povo, em razão da preocupação da época de que as classes populares conquistassem a igualdade de representatividade.

A mudança de posicionamento da doutrina, da época, surgiu em razão do medo que se tinha de que as populações menos favorecidas chegassem ao poder e tivessem maior representatividade de opinião, em relação às populações mais nobres.

Somente no início do século XX, a vontade do povo voltou a ter maior atenção no cenário político mundial. Nos termos dos ensinamentos de Paulo Bonavides³⁹, nessa época os princípios da soberania popular e do sufrágio universal surgiram como maior força na organização do poder político democrático.

Nesse momento, também entraram em cena com maior atuação os partidos políticos, que passaram a exercer uma maior fiscalização de opinião dos eleitores em relação à atuação do respectivo mandatário político.

O desenvolvimento das agremiações partidárias fez com que transmudasse o conceito individual de representação, descrito na teoria do mandato imperativo, para uma concepção coletiva, sendo certo que um grupo de eleitores reunidos por ideais comuns, passaria a fiscalizar o mandato eletivo conferido aos seus representantes políticos.

Com o passar dos tempos e visando a tecer críticas ao conceito de mandato eletivo trazido pela teoria do mandato imperativo, surgiu a chamada Teoria do mandato representativo, que será melhor tratada no item a seguir:

³⁸ AIETA, Op. Cit. p.111. citando Emmanuel Joseph Sièyès.

³⁹BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 9ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.316.

3.2 – Teoria do Mandato representativo

Essa teoria surgiu com a principal finalidade de tecer críticas ao modelo do mandato imperativo, sendo certo que era impossível a concretização da identidade entre a vontade do povo e a do governo.

A essência dessa teoria surge a partir do processo de conscientização da população no sentido de que era impossível o exercício da chamada democracia direta, que foi melhor tratada no capítulo I deste trabalho, em razão da diversidade de eleitores, dos estados e dos problemas políticos a serem enfrentados por uma nação.

Conforme ensinado por Orides Mezzaroba⁴⁰ com o surgimento da teoria da representação política o mandato eletivo passou a ser vislumbrado como um instituto de direito público, divorciando-se por completo da sua origem privada.

A teoria do mandato representativo pressupõe a passagem da soberania nacional para o órgão representativo, sendo certo que os representantes não estão obrigados a cumprir fielmente as diretrizes estabelecidas pelos representados.

O representante eleito goza de autonomia para o exercício do mandato que lhe fora outorgado, e livre de qualquer interferência popular na sua atuação como mandatário do povo.

Esse tipo de representação política deve ser alvo de críticas, uma vez que pressupõe que a atuação do representante político sempre estará despida de interesses particulares, atuando sempre de acordo com o interesse coletivo, situação praticamente impossível, pois garantir interesses privados é da própria essência do ser humano.

⁴⁰MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p.75.

O surgimento formal do mandato representativo originou-se com a Constituição Francesa de 1791. De acordo com esse diploma legal,⁴¹ os representantes eleitos pelos departamentos não seriam mais de nenhum departamento em particular, mas sim de toda a nação.

Hoje, há uma tendência doutrinária de críticas ao mandato representativo, em especial para aqueles que sustentam que a titularidade do mandato eletivo pertence à agremiação partidária e não ao candidato, com fundamento em especial no princípio da fidelidade partidária, que será melhor analisado do Capítulo IV.

Vânia Siciliano Aieta⁴² sustenta a preocupação com o modelo do mandato representativo, em razão da fragilidade dos partidos políticos refletida principalmente no parlamento.

3.3 – Teoria do Mandato partidário

O mandato partidário surgiu do conceito de democracia partidária capitaneada por Hans Kelsen⁴³, doutrina que tem a tendência de introduzir o partido político como centro do direito público.

De acordo com esse posicionamento doutrinário, o mandato eletivo está diretamente ligado ao princípio da fidelidade partidária, que se funda na possibilidade da decretação da perda do mandato daquele candidato eleito por uma agremiação partidária, que mudar injustificadamente de partido, após as eleições.

⁴¹MEZZARROBA, Op. cit. p.75.

⁴²AIETA, Op. Cit. p.123.

⁴³AIETA, Op. cit. p.113 citando Hans Kelsen.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁴ sustenta que o mandato partidário é fulcrado na perspectiva da democracia partidária, pela qual o partido passa a ser a peça chave da estrutura democrática, sendo o verdadeiro responsável pelas bases políticas e indispensável para a eleição dos representantes políticos.

Isso porque para que um eleitor possa se candidatar ao cargo eletivo ele precisa estar devidamente filiado a uma agremiação partidária, pois, no Brasil, não se admite a candidatura avulsa.

De acordo com esse modelo de mandato, o partido político seria o instrumento responsável por agrupar as vontades dos indivíduos por meio de suas ideologias políticas desenvolvidas e ainda o verdadeiro candidato por meio de seus programas divulgados à população.

A essência dessa teoria defendida por Hans Kelsen⁴⁵ está na idéia de que no chamado Estado de Partidos os eleitores não escolhem os candidatos ao mandato eletivo e sim votam em uma ideologia política, um programa partidário.

Apesar de ser uma teoria defendida por doutrinadores de peso, não parece ser o melhor posicionamento sustentar que as agremiações partidárias são os verdadeiros candidatos e não as pessoas naturais a ela filiadas, isso porque, diante da conjuntura política atual e da diversidade de partidos existentes, não há como se sustentar que alguém vote apenas na ideologia partidária.

⁴⁴FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.78.

⁴⁵AIETA, Vânia Siciliano. *Tratado de Direito Político*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Tomo III p.136. *apud* KELSEN, Hans.

3.4 – Sistemas eleitorais

Entende-se por sistemas eleitorais, segundo Marcos Ramayana⁴⁶ “o conjunto de técnicas legais que objetiva organizar a representação popular, com base nas circunscrições eleitorais (divisões territoriais entre estados, municípios, distritos, bairros, etc.)”.

Existem duas espécies de sistema eleitoral no direito brasileiro, quais sejam o sistema majoritário e o proporcional, conceitos que são imprescindíveis para que visualizar a forma de eleição dos representantes políticos brasileiros.

3.4.1 – Sistema majoritário

No sistema majoritário considera-se eleito aquele candidato que receber o maior número de votos dos eleitores, sendo indispensável a análise da vontade da maioria para a outorga do mandato eletivo.

No Brasil, o sistema majoritário é aplicado nas eleições para escolha dos Senadores e Chefes do Poder executivo, Presidente, Governador e Prefeito, de acordo com os artigos 44, 77, parágrafo 2º e artigos 28 e 29, inciso II, todos da CRFB/88, respectivamente.

O sistema majoritário é subdividido em duas modalidades o simples e o absoluto, No primeiro, é considerado eleito aquele que simplesmente obtém o maior número de votos em relação aos demais participantes do pleito. Tal sistema é aplicado nas eleições para o senado

⁴⁶RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 8ªed. Niterói: Impetus, 2008. p.162.

federal, bastando, na hipótese, a maioria simples ou relativa, para que o candidato seja considerado vencedor, nos termos do disposto no artigo 46 da CRFB/88.

A segunda modalidade é o sistema da maioria absoluta, por meio do qual é considerado vencedor aquele candidato, que obtenha, no primeiro turno de votação, a maioria absoluta dos votos válidos, excluindo-se os brancos e os nulos.

Nesse sistema aquele candidato que receber a maioria absoluta dos votos válidos é que será considerado o vencedor no certame. A maioria absoluta é caracterizada pela metade dos votos integrantes do eleitorado, mais um voto.

Todavia, conforme leciona José Jairo Gomes⁴⁷ “se o total de votantes encerrar um número ímpar, a metade será uma fração. Nesse caso, deve-se compreender por maioria absoluta o primeiro número inteiro acima da fração mais um”.

No sistema eleitoral brasileiro, caso nenhum dos postulantes ao mandato eletivo consiga atingir este percentual, é realizado um segundo turno de votação, dele participando apenas os dois candidatos mais votados no primeiro turno, sendo eleito aquele que obtiver a maior votação.

A maioria absoluta é aplicada para as eleições de Presidente da República, Governador e para a eleição de Prefeito nos municípios com população acima de 200 mil eleitores, conforme previsão nos artigos 29, inciso II e 77, ambos da CRFB/88 e artigo 3º, parágrafo 2º da Lei 9.504/97.

⁴⁷GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2008. p.98.

3.4.2 – Sistema proporcional

O sistema proporcional, diferente do analisado anteriormente, não leva em consideração somente a quantidade de votos obtida pelo candidato, mas também aqueles votos obtidos na legenda partidária, tanto é, que no Brasil, muitos dos candidatos eleitos não são os mais votados.

As vagas a serem ocupadas são distribuídas em função da votação recebida por cada partido. Assim ensina Pinto Ferreira⁴⁸:

a representação proporcional é um sistema através do qual se assegura aos diferentes partidos políticos no parlamento uma representação correspondente à força numérica de cada um. Ela objetiva assim fazer do parlamento um espelho tão fiel quanto possível do colorido partidário nacional.

Apesar da adoção do sistema proporcional no Brasil, não parece o mais adequado para que seja demonstrada a vontade popular na escolha dos seus representantes, isso porque como já mencionado anteriormente, muitos dos candidatos mais votados não conseguem obter êxito nas eleições, em detrimento dos menos votados, que são diplomados, em razão da contagem dos votos da legenda partidária.

De acordo com Djalma Pinto⁴⁹, o sistema proporcional foi introduzido no Brasil pelo código eleitoral de 1932 com o objetivo de viabilizar a participação da minoria no Parlamento e receber status constitucional pela primeira vez, na Carta de 1934, no artigo 23⁵⁰: “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e

⁴⁸ PINTO, Djalma. *Improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.181/182 *apud* FERREIRA, Pinto.

⁴⁹ Idem. p.182

⁵⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 11 de dezembro de 2009.

sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar”.

Atualmente está previsto no artigo 45 da CRFB⁵¹ e é adotado para a escolha dos integrantes da Câmara Federal, Câmaras Municipais e Assembléias Legislativas estaduais.

No referido sistema, considera-se eleito aquele candidato em que a agremiação partidária a qual está filiado obtiver um número mínimo de votos, denominado quociente eleitoral. Nesse sentido, a distribuição das cadeiras é feita em função da votação obtida por cada partido político.

O quociente eleitoral é obtido por meio da divisão do número de votos apurados, pelo número de vagas a serem preenchidas na respectiva casa legislativa, desprezando-se a fração se igual ou inferior a 0,5, arredondando-se para um no caso de fração superior, conforme previsão no artigo 106 do código eleitoral.

Após a obtenção do quociente eleitoral, deve ser apurado o quociente partidário, que é aquele que vai determinar o número de cadeiras a serem preenchidas pelos candidatos de cada partido político.

Para a obtenção do quociente partidário deve ser dividido o total de votos obtido na legenda de cada agremiação pelo quociente eleitoral, desprezando-se eventual fração.

Neste sentido, aquele partido que obtiver um maior número de votos na legenda, ocupará um maior número de cadeiras na casa legislativa, podendo chegar à situação em que um candidato que tenha obtido apenas um voto, ocupe uma das vagas destinadas àquela agremiação.

Somente para fins de exemplificação, caso citado por Djalma Pinto⁵², em razão do sistema proporcional, no ano de 2002, o já falecido Deputado Enéas, eleito pelo estado de São

⁵¹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 11 de dezembro de 2009.

⁵²PINTO, Djalma. *Opcit.* p.195.

Paulo obtivera mais de 1.500.000 votos para a Câmara Federal e com isso refletiu no número dos votos da legenda da agremiação partidária PRONA a qual estava vinculado, motivo pelo qual com a sua eleição os demais candidatos daquele partido ocuparam mais cinco vagas na câmara, chegando-se à injustiça de se eleger um candidato que obtivera apenas 218 votos.

Sendo assim resta explícito que esse sistema viola o mandato representativo, bem como a democracia representativa, pois a eleição do supracitado candidato não traduz a vontade popular.

3.4.3 – Sistema misto

Adotado na Alemanha e no México, o sistema misto⁵³ é formado pela combinação de elementos dos sistemas majoritário e proporcional. No dia das eleições são apresentadas aos eleitores duas listas de votação, uma majoritária, restrita ou distrito, e outra proporcional, abrangendo toda circunscrição. Primeiro os eleitores votam em um dos candidatos indicados pela agremiação partidária para aquele distrito, sistema majoritário, e, na segunda, o eleitor emite o voto de legenda, ou seja, vota em um partido político, sistema proporcional.

Segundo José Jairo Gomes⁵⁴ a composição do parlamento, nesse caso, será feita pela soma dos eleitos nas duas listas de votação mencionadas, quais seja, a lista distrital e a partidária.

Pelo sistema majoritário o candidato eleito será aquele que obtiver mais votos, considerando-se a maioria absoluta ou relativa.

⁵³GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008. p.103.

⁵⁴Idem. p.104.

4 – FIDELIDADE PARTIDÁRIA E A TITULARIDADE DO MANDATO ELETIVO.

4.1 – Origem histórica do princípio da fidelidade partidária

Durante todo o regime democrático de direito até o ano de 2007, não parece ter havido qualquer preocupação específica com o denominado princípio da fidelidade partidária.

Historicamente, a primeira previsão legal desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu na época do regime militar, com a edição da emenda Constitucional nº 01 de 1969⁵⁵, que previu expressamente nos artigos 35, inciso V e artigo 152, parágrafo único desse diploma legal, a perda do mandato eletivo daquele que deixasse a legenda partidária pela qual foi eleito.

Com o início da redemocratização do país, o instituto da fidelidade partidária foi retirado do ordenamento jurídico constitucional, uma vez que a Emenda Constitucional nº 25/85 revogou a previsão legal de perda do mandato eletivo por infidelidade partidária.

Na Constituição vigente, o princípio da fidelidade partidária é expressamente previsto na Constituição Federal, artigo 17, parágrafo 1º, que estabelece que incumbe, ao estatuto do partido político, estabelecer normas e disciplinar sanções para aqueles que atuarem em desacordo com os idéias partidários.

⁵⁵ CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Todas as Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1978, 3.ed. p.25/26

De acordo com José Jairo Gomes⁵⁶: Esse princípio confere novos contornos à representação política, pois impõe que o mandatário popular pautar sua atuação pela orientação programática do partido pelo qual foi eleito.”

O artigo 25 da Lei 9096/96 prevê que o estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades impostas aos seus filiados, inclusive no que tange ao 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.

Diante dessa disciplina legal, o princípio da fidelidade partidária ficou restrito ao âmbito interno e administrativo dos partidos políticos, não havendo qualquer dispositivo legal que traga a previsão de que, ao filiado infiel, possa gerar a perda do mandato eletivo.

Isso porque, o artigo 55 da Constituição Federal que prevê as causas de perda do mandato parlamentar para Deputados e Senadores, não disciplina no seu rol que a mudança de partido político, conduta considerada infiel, possa gerar a perda do mandato, diferente da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 que previa expressamente no artigo 35, inciso V a perda do mandato eletivo pela prática de atos de infidelidade partidária, a seguir transcrito⁵⁷:

Art. 35. Perderá o mandato o deputado ou senador:

(...)

V – que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152.

O artigo 152, parágrafo único da Emenda Constitucional nº 01 de 1969 disciplinava a perda do mandato eletivo no Senado federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias

⁵⁶ GOMES, Op. cit. p.80.

⁵⁷ CAMPANHOLE, Op. cit. p.25/26.

Legislativas e nas Câmaras Municipais daquele que se opusesse às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixasse o partido sob cuja legenda fosse eleito.

Segundo o supracitado artigo, a perda do mandato seria decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa ao titular do mandato.

Antes do advento da Constituição federal de 1988, o Tribunal Superior Eleitoral vinha entendendo pela aplicação dos artigos 35, inciso V e 152, parágrafo único, ambos da Emenda Constitucional nº 01/1969, conforme se verifica por meio do julgado a seguir transcrito⁵⁸:

OS ATUAIS SENADORES, DEPUTADOS FEDERAIS, DEPUTADOS ESTADUAIS E VEREADORES, FILIADOS AO PDS, PP, PDT, PTB, PT OU PDR, NAO PODEM DEIXAR OS SEUS RESPECTIVOS PARTIDOS, SEM PERDEREM O SEU MANDATO, MESMO NAO TENDO SIDO ELEITOS SOB AS REFERIDAS LEGENDAS. ISTO, PORQUE O PRINCIPIO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA, INSCRITO NO ART.152, PARAGRAFO 5, DA CONSTITUICAO FEDERAL, NAO FOI REVOGADO.

Entendia o TSE, inclusive pela mitigação do princípio da fidelidade partidária e impossibilidade de perda do mandato eletivo, quando o partido no qual o candidato foi eleito fosse extinto, ante a falta de uma elementar essencial para a configuração de uma infração partidária. Nesse sentido está o julgado a seguir transcrito⁵⁹:

[...] A) OS PARLAMENTARES ELEITOS SOB LEGENDA DE PARTIDOS POLITICOS ATUALMENTE EXTINTOS NAO ESTAO SUJEITOS AO PRINCIPIO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA PREVISTO NO PARAGRAFO QUINTO DO ARTIGO 152 DA CONSTITUICAO FEDERAL, VEZ QUE FALTA UMA ELEMENTAR ESSENCIAL A CONFIGURACAO DA INFRACAO PARTIDÁRIA PUNIVEL (...).

⁵⁸BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. CONSULTA n. 6319. Relator: Min. Décio Meirelles de Miranda. Publicado no DJE de 02.02.1982.

⁵⁹BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. CONSULTA n. 6962. Relator: Min. Sérgio Gonzaga Dutra. Publicado no DJE de 11.07.1984.

Com o advento da CRFB/88, o posicionamento de que a troca de partido gerava a perda do mandato eletivo deixou de ser adotado, isto porque a nova ordem constitucional não repetiu os dispositivos que autorizavam tal hipótese, posicionamento que há muito tempo vinha sendo sustentado no Supremo Tribunal Federal, de 1989 até 2007, conforme se verifica por meio do seguinte julgado⁶⁰:

Ementa - MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDARIA. 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 PARTIDARIA PELO QUAL SE ELEGEU. - A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FIDELIDADE PARTIDARIA AOS PARLAMENTARES EMPOSSADOS SE ESTENDE, NO SILENCIO DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI, AOS RESPECTIVOS SUPLENTE. - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.

Esse entendimento era fundamentado no sentido de que o mandato eletivo pertencia ao candidato eleito, verdadeiro mandatário do povo, e não ao partido político de modo que, se o titular do mandato contrariasse as orientações partidárias e ainda, se depois de eleito, mudasse de partido, não poderia perder o mandato eletivo do qual era titular. Esse é o posicionamento que visa ser defendido neste trabalho, que foi muito bem defendido pelo Ministro Moreira Alves no julgado acima transcrito.

Isso porque, em decisão meramente política, o TSE, ao responder à Consulta nº 1.398 de 27 de março de 2007, formulada pelo Partido da Frente Liberal – PFL (atual Democratas – DEM) entendeu que os mandatos conquistados pelos deputados federais da

⁶⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 20927. Relator: Min. Moreira Alves. Publicado no DJE de 11.10.1989.

eleição de 2006, assim como todos os eleitos pelo sistema da representação proporcional pertencem aos respectivos partidos políticos e não mais aos parlamentares.

A pergunta formulada pelo PFL na Consulta supramencionada foi a seguinte: “Os partidos e as 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?”⁶¹

Diante dessa pergunta do Tribunal Superior Eleitoral entendeu que o mandato eletivo pertence ao partido político, no qual o candidato foi eleito, sendo certo que a troca de legenda caracteriza ato de infidelidade partidária, que sujeitará ao infrator a perda do mandato, conforme se evidencia por meio da Ementa do julgado seguinte⁶²:

CONSULTA. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. CANDIDATO ELEITO. CANCELAMENTO DE FILIAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PARTIDO. VAGA. AGREMIÇÃO. RESPOSTA AFIRMATIVA. Preservação, vaga, titularidade, partido político, eleição proporcional, candidato eleito, cancelamento, filiação partidária, transferência, partido político diverso, eleição, sistema proporcional, cálculo, quociente eleitoral, quociente partidário, dependência, voto, contagem, legenda, coligação partidária, identificação, diploma, condição de elegibilidade, representação partidária, subordinação, filiado, ideologia, diretriz, órgão partidário, responsabilidade, campanha eleitoral, recursos financeiros, prestação de contas, propaganda eleitoral, horário gratuito, rádio, televisão, previsão, Constituição, Brasil, estatuto partidário, inclusão, normas, fidelidade partidária, disciplina partidária, princípio constitucional, valor, norma jurídica, interpretação, direito público, diferença, direito privado, falta, previsão legal, equivalência, proibição, impossibilidade, integração, mandato eletivo, patrimônio, caráter privado, prevalência, interesse público, perda, cargo, descaracterização, sanção, ato, titular, incompatibilidade, continuação, exercício, diferença, ato ilícito, fundamento, diversidade, norma constitucional, voto uninominal, critérios, acessório, predominância, valoração, partido político, essencialidade, democracia, manutenção, vinculação, parlamentar, conservação, caráter excepcional, mandato parlamentar, relevância, alteração, programa partidário, perseguição, justa causa, desligamento. (CVA) Voto Vencido: Inexistência, norma constitucional, norma infraconstitucional, previsão, perda, mandato eletivo, parlamentar, filiação partidária, partido político diverso, impossibilidade, dedução, sistema proporcional, condição de elegibilidade, valoração, vinculação, partido político, desnecessidade, fundamentação, decisão, princípio constitucional, ausência, caráter expresso, falta, dúvida, Constituição, Brasil, retirada, cassação, mandato parlamentar, infidelidade partidária, hipótese, enumeração, exaurimento, inaplicação, artigo, Lei dos Partidos Políticos, diversidade, matéria, regulamentação.

⁶¹BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. CONSULTA n. 1398, Resolução n 22526. Relator: Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. Publicado no DJE de 08.05.2007.

⁶²BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. CONSULTA n. 1398, Resolução n 22526. Relator: Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. Publicado no DJE de 08.05.2007.

A referida decisão utilizou como argumentos os artigos 14, parágrafo 3º, inciso V e art. 17, parágrafo 1º, ambos da Constituição federal, uma vez que a filiação partidária é requisito de elegibilidade, sendo necessário que aquele que tem a intenção de candidatar-se a cargo eletivo esteja devidamente filiado a um partido político, pelo menos um ano antes das eleições.

O artigo 17, parágrafo 1º da CRFB/88, estabelece ainda que os partidos políticos tem autonomia para disciplinar regras e disciplinas sobre fidelidade partidária.

Os Ministros do TSE utilizaram ainda como fundamento da referida decisão os artigos 108, 175, parágrafo 4º e 176, todos do Código Eleitoral (Lei 4737/65) que disciplinam sobre o quociente partidário e os votos de legenda no sistema eleitoral proporcional.

Apesar da inteligência da fundamentação utilizada na decisão proferida, por maioria pelo Tribunal Superior Eleitoral, a decisão do Ministro Marcelo Ribeiro que votou divergente, respondendo negativamente à consulta, possui melhor fundamentação legal e jurídica.

O voto divergente do Ministro⁶³ fundou-se nos precedentes mais antigos do Supremo Tribunal Federal, em especial no julgamento do Mandado de Segurança nº 23405 e no próprio artigo 55 da CRFB/88 que trata das hipóteses de perda do mandato eletivo, que para ele segue um rol exaustivo, não podendo o poder judiciário ampliar para aplicá-lo à situações não previstas no texto legal, esclarecendo ainda que a infidelidade partidária geraria apenas uma sanção administrativa *interna corporis*, ou seja, no âmbito do próprio partido político, mas jamais, a perda do mandato eletivo.

Interessante citar o Mandado de Segurança nº 23405 do STF, do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22 de março de 2004, que também sustentava pela impossibilidade de

⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 23405. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 23.04.2004.

perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, diante da falta de previsão legal neste sentido, ora transcrito⁶⁴:

EMENTA: 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.

É certo que o “troca-troca” de partidos era uma conduta comum utilizada pelos titulares de mandato eletivo, que eram eleitos quando filiados a um partido, e tão logo eleitos resolviam mudar de partido, situação que gerava para o partido a perda de um membro na bancada do poder legislativo, porém a saída utilizada pelo Tribunal Superior Eleitoral para coibir tais práticas não foi técnica.

A intenção do Tribunal Superior Eleitoral era estabelecer uma punição àqueles candidatos que eleitos por uma legenda, resolvessem repentinamente e sem justo motivo, mudar de agremiação partidária, porém tal disciplinamento de perda do mandato somente poderia ser realizado por meio de previsão constitucional, assim como prevê o artigo 55 da CRFB/88.

Considerando que o artigo 55 da CRFB/88 não prevê a mudança de partido ou a infidelidade partidária como causa de perda do mandato, como era previsto na Emenda Constitucional nº 01 de 1969, a Resolução do TSE é inconstitucional, pois criou hipótese de restrição dos direitos do mandatário político não prevista por lei. Para que a perda do cargo pela infidelidade partidária fosse legítima, necessária seria a edição de uma Emenda Constitucional que incluísse tal causa no rol do artigo 55 da CRFB/88.

⁶⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 23405. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 23.04.2004.

É verdade que, diante do sistema eleitoral adotado no Brasil, necessário se faz para que um indivíduo possa concorrer a um cargo eletivo que ele esteja devidamente filiado a um partido político, porém, isto não faz com que o mandato eletivo seja de titularidade do partido político.

Isso porque, diante da multiplicidade de partidos hoje existente fica muito difícil a diferenciação dos ideais de cada partido, em especial para os eleitores, que não votam mais de acordo com a simpatia em uma legenda partidária e sim votam na pessoa do candidato, que tem a intenção de que o representem no cenário político nacional, muitas vezes sem ter qualquer conhecimento sobre qual partido político eles integram.

Sendo assim, restou evidenciado que a decisão do Tribunal Superior Eleitoral foi meramente moralizadora, porém não revestida de fundamento jurídico para embasar a sua decisão, que tem o escopo claramente político.

Instado a se manifestar sobre a questão da titularidade do mandato eletivo já decidida pelo TSE, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos mandados de segurança nº 26602, 26603 e 26604, publicado no Informativo nº 482 decidiu por maioria, em manter a decisão do TSE no sentido de que a titularidade do mandato eletivo pertencia ao partido político, sendo certo que segundo o Ministro Celso Mello, a vinculação entre o candidato e o partido político prolonga-se para depois das eleições.

Deve ser ressaltado, que, mesmo no Supremo Tribunal federal, a decisão não foi unânime, e o Ministro Eros Grau, sustentou de forma correta que a Constituição federal não prescreve a perda do mandato eletivo do parlamentar que solicita o cancelamento de filiação partidária, ou que eleito por uma legenda, se transfira para outra. Esclareceu ainda que a emenda Constitucional nº 01/69 expressamente previa tal hipótese, a qual veio a ser suprimida pela Emenda Constitucional nº 25/85.

Conforme sustentou o Ministro Joaquim Barbosa, o titular do poder é o povo, em nome do qual agem os seus representantes, razão pela qual fica muito difícil admitir que a fonte de legitimidade de todo o poder estivesse em nome dos partidos políticos, pois segundo ele, isso levaria ao alijamento do eleitor do processo de manifestação de sua vontade soberana.

Depois da Consulta acima mencionada (Consulta nº 1.398), o Tribunal Superior Eleitoral, mais uma vez, de maneira equivocada ao responder à Consulta nº 1423/2007, em 16/10/2007, manifestou-se novamente no sentido de que o mandato eletivo pertencia ao partido político, nesse momento disciplinando que o princípio da fidelidade partidária também deveria ser aplicável aos titulares de mandato eletivo eleitos pelo sistema majoritário, quais sejam, Prefeito, Governador, Presidente da República e Senador.

Nesta decisão o TSE, por unanimidade, seguindo o voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, citado na obra de José Jairo Gomes⁶⁵ assim concluiu: “uma arbitrária desfiliação partidária implica renúncia tácita do mandato, a legitimar, portanto, a reivindicação da vaga pelos partidos.”

Apesar da repercussão favorável na imprensa nacional, bem como dos aplausos dos partidos políticos as decisões de que a mudança de partido político gera a perda do mandato eletivo não são revestidas de boa técnica interpretativa, uma vez que criaram hipótese de perda do mandato eletivo não prevista na Constituição Federal.

Considerando que já houve previsão no ordenamento jurídico brasileiro sobre a hipótese de perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, caso fosse a intenção do poder constituinte originário tal hipótese, teria a previsto expressamente no rol taxativo do artigo 55 da CRFB/88⁶⁶ que prevê as hipóteses de perda do mandato.

⁶⁵GOMES, Op. cit. p.81,82.

⁶⁶BRASIL. CRFB de 5 de outubro de 1988.

A falta de lei em sentido formal gera uma situação de insegurança jurídica, uma vez que a qualquer momento pode haver uma mudança na composição das cortes, o que pode gerar a uma mudança de posicionamento.

4.2 – Inconstitucionalidade da Resolução nº 22.610 do TSE

A Resolução nº 22.610 do TSE de 25 de outubro de 2007 visa a disciplinar os processos de perda do mandato eletivo, bem como de justificação da desfiliação partidária.

De acordo com esse diploma, aquele candidato que trocar imotivadamente de partido, após o pleito, poderá perder o mandato em razão do ajuizamento da ação para a decretação da perda do cargo.

No caso do parlamentar não justificar sua saída entre os motivos ressalvados no artigo 1º, §1º da supracitada resolução, (incorporação ou fusão do partido; criação de novo partido; mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário ou grave discriminação pessoal), terá o partido interesse de agir na causa, sendo que sua eventual inércia transmitirá ao Ministério Público Eleitoral ou ao terceiro com interesse jurídico a legitimidade concorrente (artigo 1º, § 2º da resolução).

A partir desta nova regulamentação sobre a fidelidade partidária, Surgem controvérsias sobre a constitucionalidade da referida Resolução que serão analisadas a seguir:

Em primeiro lugar a supracitada resolução afrontou o princípio da anualidade, previsto no artigo 16 da CRFB/88⁶⁷, que dispõe pela não aplicabilidade da lei que alterar o

⁶⁷BRASIL. CRFB de 5 de outubro de 1988.

processo eleitoral, às eleições seguintes, se tal modificação ocorrer menos de um ano antes do pleito a fim de que não haja surpresa tanto para os eleitores, como para os candidatos.

A referida Resolução violou ainda o princípio da irretroatividade das leis, uma vez que foi publicada em 30 de outubro de 2007, porém está previsto em seu artigo 13, que tal diploma é aplicado aos casos de desfiliação partidária requeridos após 27 de março de 2007, no que tange aos mandatários eleitos pelo sistema proporcional e após 16 de outubro de 2007, em relação aos eleitos pelo sistema majoritário, possibilitando assim, que situações pretéritas fossem atingidas por nova regulamentação legal.

Nesse sentido, além de criar hipótese de perda do mandato eletivo, em afronta ao rol taxativo previsto no artigo 55 da CRFB/88, ainda trouxe a aplicação absurda da retroatividade de um diploma legal.

A Resolução nº 22.610/07 consiste em ato normativo primário, com força de lei ordinária, claramente inconstitucional, pois tratou de matéria reservada à norma constitucional, que jamais poderia ter aumentado as hipóteses de perda do mandato eletivo, expressamente previstas no artigo 55 da CRFB/88.

Nos termos do artigo 1º, parágrafo único do Código Eleitoral, Lei 4737/65⁶⁸, a competência legislativa do TSE deve ser restrita a expedir instruções com a finalidade de garantir a fiel execução das normas eleitorais, não podendo criar normas de índole constitucional, sob pena de exorbitar a sua competência delegada.

O poder normativo do TSE está previsto expressamente no artigo 25 do Código Eleitoral, sendo certo que em nenhum dos seus dezoitos incisos traz qualquer menção à possibilidade de disciplinar sobre hipóteses de perda do mandato eletivo.

⁶⁸BRASIL. Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965.

Nesse sentido, é interessante citar as lições de Tito Costa sobre as atribuições da Justiça Eleitoral⁶⁹:

Além de suas atribuições judicantes, a Justiça Eleitoral, por meio do Tribunal Superior Eleitoral, possui competência normativa ou regulamentar e, até mesmo, de certa forma, legislativa, resultante esta, da competência privativa desse órgão para expedir instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, ou tomar quaisquer providências para a execução da legislação eleitoral, bem como estabelecer a divisão eleitoral do País. Também, ao responder às consultas que lhe sejam dirigidas, sobre matéria eleitoral, em tese, a Justiça Eleitoral está exercendo atividade normativa e regulamentar, completada pela competência, que lhe advém da lei, para elaborar seu próprio Regimento Interno.

De acordo com análise das explicações doutrinárias acima transcritas é inegável a competência do Tribunal Superior Eleitoral para a edição de normas, dotadas de força executiva, porém ao trazer a mudança de partido político, sem justificativa, como hipótese de perda do mandato eletivo, além das situações previamente descritas no artigo 55 da CRFB/88, o TSE afrontou o princípio da separação dos poderes, com fulcro no artigo 2º da CRFB/88, um dos pilares básicos do Estado democrático de direito.

A normatização conferida ao Tribunal Superior Eleitoral no artigo 1º, parágrafo único do Código Eleitoral, está restrita aos preceitos relacionados garantir a fiel execução da legislação eleitoral infraconstitucional, não podendo ultrapassar para atingir situações previstas em normas constitucionais.

A supracitada resolução viola ainda, outro dispositivo constitucional, qual seja, o artigo 22, inciso I da CRFB/88 que prevê a competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral e processual, sendo, portanto, norma formalmente inconstitucional.

O doutrinador Marcos Ramayana⁷⁰ ensina quanto à natureza jurídica das resoluções em matéria eleitoral, nos seguintes termos:

⁶⁹TITO, Costa. *Recursos em matéria eleitoral*. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.30.

⁷⁰RAMAYANA, Marcos. *Código Eleitoral Comentado*. 3ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006. p.15.

como atos normativos secundários suas naturezas devem ser puramente interpretativas e, assim, os excessos do poder regulamentar ensejam o controle da legalidade do ato expedido. Todavia, se uma específica resolução eleitoral for analisada como ato normativo autônomo sem paradigma em nenhuma lei, mas reveladora de fruto de inovação legiferante poderemos verificar a invasão de competência legislativa (artigos 22, I, e 48 da CF) e, dependendo da hipótese, ao princípio da anualidade (art. 16 da CF).

Da análise dos supracitados ensinamentos, em contraposição às normas previstas na Resolução nº 22.610/07 do TSE, não há dúvidas que o referido diploma legal prevê normas gerais e abstratas em matéria eleitoral, como a possibilidade de perda do mandato, motivo pelo qual viola a competência legislativa privativa da união para tratar sobre o tema.

Ainda sobre competência, a Resolução nº 22.610/07, em seu artigo 2º, explicita a competência do TSE para processar e julgar pedido relativo a mandato federal e do Tribunal Regional do respectivo Estado para os mandatos estaduais e municipais.

Contudo, tal previsão significa uma evidente lesão ao art. 121 da CF/88, o qual reserva à lei complementar a organização e competência dos tribunais e juízes eleitorais. Além de que, a Resolução comete verdadeira supressão de instância, ao retirar a competência dos juízes eleitorais para analisar os feitos concernentes a mandatos municipais.

Diante desses fundamentos, a Resolução nº 22.610/07 do TSE é totalmente fulminada de inconstitucionalidade, não merecendo qualquer aplicação, tanto pelo aspecto formalmente inconstitucional, como materialmente.

Em especial, a referida resolução é inconstitucional, como principal aspecto por contrariar estender o rol constitucional de hipóteses de perda do mandato eletivo, principal foco desse trabalho que visa sustentar a inaplicabilidade do chamado princípio da fidelidade partidária como forma de reconhecimento de que o mandato eletivo pertence ao partido e não ao candidato eleito.

O sistema proporcional, bem como a noção de mandato partidário analisado no capítulo III é totalmente incompatível com a realidade brasileira, que se funda no aspecto do mandato representativo, uma vez que a escolha dos representantes se funda na pessoa do candidato e jamais, nos ideais e programas partidários, conforme se sustenta e teoria do mandato partidário.

A complexidade e a diversidade de partidos existentes no sistema eleitoral brasileiro impossibilita completamente a identificação pelo eleitor dos programas e ideais de cada agremiação.

CONCLUSÃO

Diante de todos os aspectos analisados na presente pesquisa, conclui-se que apesar do entendimento do STF, reforçado pela Resolução nº 22.610 do TSE, no sentido de que o mandato eletivo pertence ao partido político, esse não parece o melhor posicionamento sobre o tema.

A imprensa nacional e os partidos políticos aplaudiram as decisões que determinaram no sentido de que a mudança de partido político gera a perda do mandato eletivo, baseadas no princípio da fidelidade partidária.

A intenção da jurisprudência foi louvável, tendo como principal finalidade impedir a troca injustificada de partido político, situação que causava uma imensa confusão nas bancadas partidárias das casas legislativas.

Porém, tais decisões não são revestidas de boa técnica interpretativa, uma vez que criaram hipótese de perda do mandato eletivo não prevista na Constituição Federal.

Conforme descrito no corpo do trabalho, a infidelidade partidária como hipótese de perda do mandato eletivo já foi prevista no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, na Emenda Constitucional nº 01/69, a referida mudança de posicionamento deveria ser prevista por meio de Emenda à Constituição.

Isso porque, o artigo 55 da CRFB/88 prevê um rol taxativo das hipóteses de perda do mandato eletivo, sendo omissa quanto à mudança de partido político e sobre a fidelidade partidária.

Além disso, o sistema eleitoral brasileiro, em especial pela diversidade de partidos políticos existentes, não se adequa à possibilidade de se atribuir o mandato eletivo ao partido político.

Os ideais partidários estão, cada vez mais, desaparecendo do cenário político atual e o eleitor, titular do poder político não tem mais identidade com o ideal de apenas uma agremiação partidária.

Os resultados conquistados nas urnas, bem como as propagandas eleitorais existentes, demonstram que os eleitores escolhem diretamente a pessoa do candidato e, caso questionados sobre a qual partido político eles pertencem, dificilmente sabem responder corretamente.

A democracia representativa, aliada à teoria do mandato representativo, estão em confronto com a possibilidade da agremiação partidária ser titular do mandato eletivo, pois com a saída de um candidato eleito o partido incluirá outra pessoa que não foi escolhida pela maioria da população, e que passará a representá-la, sem qualquer legitimidade.

Sendo assim, a pesquisa é conclusiva no sentido de que deve ser mantido o posicionamento adotado há mais de 20 anos no sentido de que o titular do mandato eletivo é a pessoa do candidato eleito pelo povo, situação que está em conformidade com a democracia representativa.

REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. *Tratado de Direito Político*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Tomo III.
- _____. *Tratado de Direito Político*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Tomo IV.
- _____. *Tratado de Direito Político*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Tomo V.
- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 6.ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 9.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- BRASIL. CRFB/88, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 de out. 2009.
- BRASIL. Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965.
- BRASIL. Lei 9.096 de 20 de setembro de 1995.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AI n. 9843. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Publicado no DJE de 27.10.2009.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE n. 29064. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Publicado no DJE de 16.04.2009.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. CONSULTA n. 6319. Relator: Min. Décio Meirelles de Miranda. Publicado no DJE de 02.02.1982.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. CONSULTA n. 6962. Relator: Min. Sérgio Gonzaga Dutra. Publicado no DJE de 11.07.1984.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 20927. Relator: Min. Moreira Alves. Publicado no DJE de 11.10.1989.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. CONSULTA n. 1398, Resolução n 22526. Relator: Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. Publicado no DJE de 08.05.2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 23405. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 23.04.2004.
- CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Todas as Constituições do Brasil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Vera Barkow e outros, São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. *Abuso de poder nas eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

PINTO, Djalma. *Improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 5.ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 8ªed. Niterói: Impetus, 2008.

TITO, Costa. *Recursos em matéria eleitoral*. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.