

**ANÁLISE CRÍTICO-CONSTITUCIONAL  
ACERCA DA INFIDELIDADE PARTIDÁRIA  
(RESOLUÇÃO TSE 22.610)**

**ANALYSIS CRITICAL AND  
CONSTITUTIONAL FROM INFIDELITY IN  
POLITICAL PARTY (TSE RESOLUTION  
22.610)**

**Claudio José Amaral Bahia**

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP  
Mestre em Direito Constitucional pelo Centro  
de Pós-Graduação da ITE/Bauru  
Professor do Programa Stricto Sensu em Direito (Mestrado),  
mantido pelo Centro de Pós-Graduação  
da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru  
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela  
Faculdade de Direito de Bauru/ITE  
Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Bauru/ITE  
Advogado

**Ana Carolina P. Abujamra**

Mestranda em Direito Constitucional pela ITE/Bauru  
Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Pós-Graduação  
mantido pela Instituição Toledo de Ensino, em Bauru  
Professora de Direito Processual Civil I do Direito OAPEC em  
Santa Cruz do Rio Pardo  
Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro  
Universitário Toledo de Ensino de Araçatuba  
Advogada

E-mail: [anacarolabujamra@yahoo.com.br](mailto:anacarolabujamra@yahoo.com.br)

**SUMÁRIO:** INTRÓITO; 2 A CONSTITUIÇÃO -  
CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES; 2.1 A FIDELI-  
DADE PARTIDÁRIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASI-  
LEIRAS; 2.1.2 A LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS  
E A FIDELIDADE PARTIDÁRIA; 3 DA NATUREZA

JURÍDICA DA RESOLUÇÃO TSE N.º 22.610 E DA SUA INCONSTITUCIONALIDADE QUANTO A COMPETÊNCIA LEGIFERANTE; 3.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N.º 22.610 POR OFENSA À GARANTIA PÉTREIA ESTABELECIDA NO ARTIGO 5.º, II, DA CARTA MAGNA; 3.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N.º 22.610 POR INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE; 4 CONSIDERAÇÃO FINAL ACERCA DA RESOLUÇÃO TSE N.º 22.610: DA NECESSIDADE DE "JUSTA CAUSA" PARA DESFILIAÇÃO; 5 CONCLUSÕES; 6 REFERÊNCIAS.

**CONTENTS:** 1 INTRODUCTION; 2 THE CONSTITUTION - PRELIMINARY CONSIDERATIONS; 2.1 PARTY LOYALTY IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONS; 2.1.2 THE LAW OF POLITICAL PARTIES AND PARTY LOYALTY; 3 THE LEGAL STATUS OF RESOLUTION TSE No. 22.610 AND RESPECT TO YOUR UNCONSTITUTIONALITY LEGISLATING COMPETENCE; 3.1 UNCONSTITUTIONALITY OF RESOLUTION NO OFFENSE TO No. 22.610 BY PETRA WARRANTY SET FORTH IN ARTICLE 5º, II, THE MAGNA CARTA; 3.2 UNCONSTITUTIONALITY OF RESOLUTION NO INFRINGEMENT TO 22.610 BY PRINCIPLE OF EQUAL; 4 FINAL CONSIDERATION OF RESOLUTION ON TSE No. 22.610: THE NEED FOR "CAUSE" FOR DISAFFILIATION; 5 CONCLUSIONS; 6 REFERENCES.

**Resumo:** A Resolução TSE 22.610, editada em outubro de 2007, pelo preclaro Min. Cezar Peluso, causa certo furor na comunidade jurídica, haja vista, a presença latente de inconstitucionalidade, quando da tentativa de se disciplinar o processo de perda de cargo eletivo (fidelidade partidária), bem como a desfiliação partidária. Muitas polêmicas surgiram e surgem, principalmente pelo fato de que muitos de seus dispositivos, como serão abaixo demonstrados, apresentam, ainda que por via reflexa, graves violações a direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Constituição. Fidelidade partidária. Direito Político. Inconstitucionalidade. Desfiliação.

**Abstract:** The TSE Resolution 22610, published in October 2007, by Min Cezar Peluso, cause some fear in the juridical community, given the presence of latent unconstitutional, when the attempt to discipline the process of loss of elective office (party loyalty) and the nonaffiliated party. Many controversies have arisen and arise, mainly due to the fact that many of their devices, as will be demonstrated below, show, though by reflex, serious violations of fundamental rights.

**Keywords:** Constitution. Allegiance party. Right Politician. Unconstitutionality. Nonaffiliated.

## 1 INTRÓITO

A Resolução 22.610, de 25 de outubro de 2007, do Tribunal Superior Eleitoral, causou e tem causado furor na comunidade jurídica, posto que esta derrubou o entendimento firmado de há muito, considerando que a migração partidária levada a efeito pelo eleito, sem justa causa e após 27 de março daquele ano<sup>1</sup>, produziria o efeito de lhe retirar o mandato anteriormente conquistado nas urnas, pelo voto direto, haja vista que tal pertenceria a agremiação pela qual havia ele disputado dito pleito eleitoral.

A edição da referida Resolução, muitas polêmicas surgiram principalmente no que diz respeito a sua compatibilidade com o texto constitucional de 1988, haja vista que vários de seus dispositivos, ainda que por via reflexa, acabaram por apresentar graves violações a direitos fundamentais, o que se cumpria a todo custo evitar.

## 2 A CONSTITUIÇÃO - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Constituição do latim *constitutio*, tem entre outros significados, o de ação de formar um conjunto; é o conjunto de regras e leis fundamentais; princípios estabelecidos por um país para servir de base à sua organização política e firmar os direitos e deveres de cada um dos cidadãos; lei fundamental, código supremo, magna carta ou carta magna, estatuto básico, lei suprema.

A Constituição é a lei soberana do povo que abriga em seu todo, normas consideradas fundamentais e absolutas, em relação ao tempo e ao espaço. Em seu texto, os governantes ou os poderes públicos encontram limites às suas atividades públicas e políticas e

<sup>1</sup> Data em que exarado o julgamento da Consulta n.º 1.938 - Classe 5.ª - Distrito Federal (Brasília), feita pela então Partido da Frente Liberal perante ao TSE.

não podem se afastar das normas que lhes foram traçadas.

Em meio a tantas regras já traçadas e tão bem delineadas em um texto escrito como a Constituição Brasileira, era de se esperar um mínimo de respeito por parte daqueles que deveriam zelar por sua integridade. Mas o que se vê é a profunda incapacidade dos mesmos, em quem se confia os votos e com eles a representação das vontades, de manter distante a vaidade pessoal. O desrespeito à Constituição é reflexo do desrespeito que os governantes parecem nutrir pelo povo, e do povo por ele mesmo.

## 2.1 A fidelidade partidária nas constituições brasileiras

O direito eleitoral e partidário experimentou robusto desenvolvimento nos anos seguintes à Primeira Guerra Mundial, posto que acreditava-se que democracias não entrariam em conflito. Evoluem, então, os conceitos de justiça eleitoral, sistema proporcional de votação e, claro está, de partido político.

O partido político, progressivamente, passa a ajustar-se às leis constitucional e ordinária. Do ponto de vista interno, o partido vai organizar-se, adequar-se o seu funcionamento, proceder à elaboração de seus programas e proposta para a sociedade, ocupar seu lugar no terreno político, enfim, definir seus fins e meios e integrar-se na coletividade. Externamente, passará a se harmonizar com as outras instituições do Estado. Por exemplo, assuntos que poderiam ser resolvidos no foro interno, como a fidelidade partidária, passam a ser objeto de lei.

O afã normativo do estado abrange praticamente todas as áreas relativas às agremiações partidárias, deixando pouca ou nenhuma liberdade para os afiliados. Sugere, inclusive, uma justiça especial, a justiça eleitoral, que paulatinamente irá abranger não apenas o período eleitoral que a originou, mas regulamentar e disciplinar toda a vida dos partidos.

Do ponto de vista da estrutura político-partidária, o Brasil é caso

único no mundo. No país existem concomitantemente fatores que, em outras nações, seriam considerados excludentes ou conflitantes. Assim, tem-se regime presidencialista; legislativo bicameral com prerrogativas exclusivas; sistema eleitoral diferenciado em função dos cargos e vagas disputados e estrutura partidária com escassa densidade e graus extremamente baixos de fidelidade e disciplina partidária.

Fazendo um breve histórico, talvez pelo fato de até o final da década de 60, do século passado, o número de mudanças de partido, pelo menos quantitativamente, não ser muito expressivo, o certo é que tanto a Constituição do Império, como as Constituições da República de 1891, 1934, 1937 e 1946 não cogitaram da fidelidade partidária nos respectivos textos. A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 inovou ao se referir, ao instituto da disciplina partidária. Foi, porém, a Emenda Constitucional nº 1/69, à Constituição Federal de 1967, que deu status constitucional ao instituto da fidelidade partidária, ao transformar o art. 149 em art. 152, acrescido de parágrafo único. A Emenda Constitucional nº 11/78, à Constituição de 1967, manteve, no texto da Constituição, o instituto da fidelidade partidária, com uma pequena abertura somente para aqueles que se desligassem do partido pelo qual foram eleitos para participar da constituição de novo partido político. O maior exemplo, em Minas Gerais, da utilização da ressalva constitucional foram o Senador Tancredo Neves e o Deputado Magalhães Pinto que deixaram os partidos sob cuja legenda se elegeram, para participarem, como fundadores, da constituição de um novo partido, o então PP – Partido Popular. Graças à ressalva do texto constitucional, não perderam os respectivos mandatos de Senador e Deputado Federal (RAMOS, 2007). Porém, com a Emenda Constitucional nº 25/85, à Constituição Federal de 1967, o instituto da fidelidade partidária e a sanção prevista, foram pura e simplesmente, retirados do texto constitucional.

O instituto da fidelidade partidária volta a figurar no texto constitucional com a promulgação da atual Constituição da República, em seu art. 17, § 1º. A Constituição de 1988 não prevê

qualquer sanção decorrente da infidelidade partidária, remetendo a matéria para os estatutos dos respectivos partidos, excluída a possibilidade de perda do mandato em razão da infidelidade partidária.

A História Política Brasileira registra um caso exemplar de fidelidade partidária. O Deputado Mário Martins, eleito Deputado Federal pela UDN (União Democrática Nacional) passou a divergir da atuação do Partido pelo qual fora eleito: conclusão: desligou-se do partido e renunciou ao mandato.

### **2.1.2 A lei dos partidos políticos e a fidelidade partidária**

A Lei 9.069/95 dispõe sobre os partidos políticos e regulamenta dispositivos da Constituição Federal, em seu art. 15 da referida Lei estabelece que o estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre: "fidelidade e disciplina partidária, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa". O capítulo V, cuida da fidelidade e da disciplina partidária, no qual se inclui o art. 23, que estabelece que: "A responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo órgão competente, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido".

Por sua vez, o art. 24, da Lei 9.096/95 estabelece que: "Na Casa Legislativa, o integrante da bancada do partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto".

É a consagração, na Lei dos Partidos Políticos, do instituto da fidelidade partidária.

Quanto às sanções decorrentes da infidelidade partidária, cuida o art. 26, da Lei 9.096/95. Cumpre ressaltar que não há mais, no Direito Brasileiro, a sanção de perda do mandato decorrente da infidelidade partidária. Os casos de perda de mandato estão

previstos no art. 55 da Constituição da República e os mesmos não podem ser ampliados por lei infraconstitucional ou pelo estatuto dos partidos políticos.

A pena máxima que o estatuto do partido político pode estabelecer, mesmo no caso de flagrante infidelidade partidária, é a desfiliação ou a expulsão. Isto importa em dizer que, no Brasil, o mandato voltou a pertencer ao candidato eleito e não ao partido político sob cuja legenda se elegeu, embora, contraditoriamente, o inciso V, do §3º, do art. 14, da Constituição Federal estabeleça como condição de elegibilidade "a filiação partidária", e da necessidade desta para concorrer as eleições.

Outro ponto relevante a ser destacado, não a título de crítica, mas de constatação, é que, não obstante o sistema político-partidário vigente, indicar que o mandatário deve estar filiado em um determinado partido político, culturalmente, os cidadãos, em grande parte, votam nas pessoas e não nos ideais e nas agremiações.

Tal fato deveria ter sido levado em consideração, de modo mais acurado, pela Suprema Corte, quando da decisão proferida nos writs onde se discutia a problemática da fidelidade partidária. É bem verdade que muito se tem reclamado da ineficácia do Poder Legislativo em editar as espécies normativas necessárias à regulamentação das temáticas que envolvem os principais problemas da sociedade, cuja inoperância reiterada, aliada as inúmeras denúncias de corrupção e de malversação de dinheiro público que assolam a credibilidade de nossos parlamentares.

Dia após dia, acabaram, sem sombra de dúvidas, por conclamar uma participação mais ativa do Judiciário em tais questões, obrigando-o a sair, então, de seu estado natural de inércia, para, em muitas vezes, participar das soluções pertinentes como verdadeiro órgão legislador. Assim, não se discute, dentro dos moldes que permeiam e formatam o denominado Estado Constitucional, que desfruta o Poder Judiciário de legitimidade, em situações específicas e relevantes, para sanar lacunas legislativas

que se apresentem como verdadeiros entraves a consecução e a concretização dos direitos pertencentes aos cidadãos brasileiros.

Ora, é cediço que um dos caracteres que garantem a sadia separação entre as funções do poder de há muito vociferada por Montesquieu, é a existência da possibilidade de controle recíproco dos atos emanados por cada um deles. Tal controle, como dito linhas acima, é imprescindível à garantia da legitimidade e da razoabilidade dos atos de qualquer dos entes estatais, pois tende a assegurar o perfeito equilíbrio das funções do poder. Das espécies de controle intra-estatais existentes, a que mais se destaca diz respeito ao chamado controle jurisdicional, sendo certo que a fiscalização da legalidade dos fatos e atos do Estado compõe uma de suas suas funções precípua.

Tanto isso é verdade que, nos denominados Estados Constitucionais, como é o caso do Brasil, a Administração encontra-se sujeita ao fiel cumprimento de sua própria legislação, restando afastada de há muito tempo, a errônea premissa do "*the king can do not wrong*", emergindo daí, inclusive, sua responsabilização do pelos danos que causa a terceiros, via de regra, determinada pelo Poder Judiciário.

Nesse eito, poder-se-ia dizer que, em tese, a função judicial em sua essência, apresenta um ponto de sanidade do Estado, pois sua atividade se caracteriza e deve caracterizar-se, justamente, pela sua natureza exclusivamente jurídica, despida de qualquer compromisso ou intenção política conjuntural, visando apenas à salvaguarda e a atualização dos valores constitucionais existentes, ao passo que o exercício da função legiferante, como não poderia deixar de ser, está diretamente vinculada ao povo, inclusive à passionalidade dos clamores sociais.

Daí emerge que aos olhos do Poder Judiciário, a validade da lei já não está em si própria, mas na sua conformidade e compatibilidade com os objetivos e os princípios constitucionais.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis levanta, pois, delicados problemas de delimitação entre o poder legislativo e o poder judicial, cuja análise, perpassa pela estrita obediência ao decantado princípio da separação dos poderes.

Assim, não há como se descurar que o Judiciário pró-ativo, por óbvio, também encontra limitação de atuação nos ditames do texto constitucional republicano, de modo que não se pode confundir complementação de lacunas ou obscuridades com verdadeira criação inovadora de dispositivos, efeitos e contingências que até então não se mostravam presentes no seio do ordenamento jurídico pátrio.

O que se tem verificado com mais intensidade nos últimos tempos, é, em nome do princípio democrático, a paulatina substituição das pautas legislativas pelas judiciais. Ocorre que, não raras vezes, essa substituição pode se mostrar perigosa, produzindo efeitos de incerteza e insegurança no agir, o que se cumpriria a todo custo evitar.

Essa perigosa flexibilidade de limites e parâmetros do atuar judicante, teve seu início, de modo mais severo, com o *leading case* referente à cidade de Mira Estrela, mais precisamente no que pertine ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 6.º de sua Lei Orgânica, cujo dispositivo estabelecia que a Casa de Leis da referida urbe seria composta de 11 vereadores, muito embora, à época, o citado município contasse com 2.596<sup>2</sup> habitantes.

Outra demonstração preocupante e que também das hipóteses de ativismo judicial, agora no âmbito da Corte Superior Eleitoral<sup>3</sup>, se materializa no *decisum* que, por maioria de votos, houve por bem em acrescentar, de modo interpretativo, a exegese contida na alínea "g" do inciso I do artigo 1.º da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, bem como na Súmula 01/TSE, a necessidade de análise, por parte da Justiça Eleitoral, da idoneidade

<sup>2</sup> STF, RE 197.917.

<sup>3</sup> TSE, Recurso Ordinário n.º 912.

da ação anulatória de contas proposta pela parte interessada, como sendo condição *sine qua non* para a aplicação da condição legal suspensiva veiculada nos citados dispositivos de regência<sup>4</sup>.

Somente uma ordem jurídica edificada de maneira a equilibrar os valores “liberdade” e “segurança”, tende a ser aceita pela sociedade onde aplicada, conseguindo, assim, conciliar e ordenar as divergências de interesses diuturnamente verificáveis entre os homens e entre estes e a sociedade e os respectivos conflitos consequentes de tais relacionamentos.

Todavia, é cediço que a jurisprudência somente incide (ou ao menos deveria incidir) sobre fatos ocorridos após sua formação, daí porque as relações jurídico-processuais formadas sob o império do anterior pensamento judicial devem (ou ao menos deveriam) ser resolvidas segundo os seus comandos.

É preciso que se deixe indene de dúvidas que a mudança da postura jurisprudencial e de posicionamento jurídico se mostra salutar; entretantes, quando de inaugural entendimento sobre determinada matéria, mormente dentre aquelas dotadas de caráter fundamental, devem ser aplicados os consagrados princípios da não-surpresa e da irretroatividade dos posicionamentos jurisprudenciais.

Tecendo comentários acerca da matéria constitucional em testilha, discorre a ilustre jurista Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, 100/101) que

As leis – inclusive as normas constitucionais – são votadas e voltadas para o futuro, aplicando-se a partir do seu momento de elaboração e promulgação. É o presente e o futuro a matéria que interessa ao criador do Direito em geral. E tanto se dá porque a segurança jurídica repousa na certeza das relações firmadas e aperfeiçoadas sob a incidência de um ordenamento

<sup>4</sup> Matéria essa discutida na ADPF 144, julgada recentemente, onde acordaram não ser possível a decretação inelegibilidade do candidato, quando houver processo em trâmite. Ou seja, há a necessidade de trânsito em julgado de sentença para que haja tal impedimento. Em seu voto, o Ministro Eros Grau, lembra de princípios como o da presunção de inocência, de culpabilidade e que inclusive, vivemos numa democracia.

que, mesmo substituído, não é prejudicado pelo que lhe sobrevém. (...) A retroatividade das leis, tal como lembrei em outra ocasião, especialmente quando concerne aos direitos fundamentais, relevo dado à liberdade, conduz ao arbítrio, à insegurança, ao abuso dos governantes, enquanto a irretroatividade constitui um baluarte da firmeza jurídica, que garante a segurança do povo no sistema organizado de vida política. (...) O sagrado princípio da não retroatividade da lei deve ser respeitado ainda mesmo no caso de interpretação (...).

É justamente sobre a ótica das discussões acima alinhavadas que se pretende levar a cabo estudo, ainda que superficial, sobre a eclosão, ao mundo jurídico, da malfadada Resolução TSE n.º 22.610.

### 3 DA NATUREZA JURÍDICA DA RESOLUÇÃO TSE N.º 22.610 E DA SUA INCONSTITUCIONALIDADE QUANTO A COMPETÊNCIA LEGIFERANTE

O Primeiramente, e pela importância, deve ser feita a correta análise do termo “resolução” nas searas constitucional e administrativa.

De fato, a Constituição Federal tratou no Título IV, Capítulo I, Seção VIII, do processo legislativo a ser dispensado pelo legislador por ocasião da elaboração das espécies normativas elencadas em seu artigo 59, traz a resolução. Esta, como bem assevera José Afonso da Silva (2006, 438), tem por escopo “[...] regulamentar matéria de interesse interno (político ou administrativo) de ambas as Casas do Congresso Nacional em conjunto ou de cada uma delas em particular. Terminada a elaboração do projeto de resolução, será esta promulgada pelo presidente do Congresso Nacional, se versar sobre matéria de interesse comum das duas Câmaras, como o Regimento Comum, sua reforma etc; se for resolução sobre matéria de interesse apenas da Câmara dos Deputados, ela começa e termina ali, com sua promulgação pelo seu presidente; se for do Senado Federal, começa nele e nele termina, com sua proclamação pelo respectivo presidente [...]”.

Já, no campo do Direito Administrativo, salienta Diogenes Gasparini (2007, 92) que a resolução “{...} é a fórmula de que se valem os órgãos colegiados para manifestar suas deliberações em assuntos de respectiva competência ou para dispor sobre seu próprio funcionamento”.

Preceitua o artigo 22, I, da Constituição Federal, que compete privativamente à União legislar, dentre outras matérias, sobre *direito processual e direito eleitoral*, atividade essa exercida através do Poder Legislativo, ou seja, do Congresso Nacional.

Como fácil de perceber, a Resolução nº 22.610 contém normas de duas naturezas: i) de ***direito material eleitoral***, quando disciplina que a desfiliação partidária, sem justa causa, ***autoriza a decretação da perda do respectivo cargo eletivo*** (cf. artigo 1º, caput) e na medida em que esclarece ***quando a dita desfiliação se considera justificada***, é dizer, os casos em que o interessado poderá assim agir sem estar sujeito à sanção em causa (cf. artigo 1º, § 1º) e, ii) de ***direito processual***, quando traça o ***iter procedimental*** a ser observado na tramitação do pedido de decretação da perda do cargo (cf. artigos 3º a 12).

Em assim sendo, é inquestionável que o diploma normativo em enfoque foi editado com usurpação do poder legiferante da União, afrontando a separação de poderes, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Deveras, à Resolução somente era lícito traçar normas tendentes a possibilitar a aplicação do direito previsto na legislação ordinária, sendo defeso, por óbvio, que através dela se criasse, modificasse, restringisse ou extinguisse esses mesmos direitos.

A exclusiva competência da União para legislar sobre a matéria em comento, aliás, não é nova no cenário normativo brasileiro, visto que foi consignada quando da edição da antiga Lei nº 1.269, de 15 de novembro de 1904, sendo alçada a dogma basilar com o advento da promulgação da *Lex Mater* de 1934, assim permanecendo até a vigente Constituição da República.

Nem se diga, de outra parte, que a normatividade irradiada do artigo 23, XVIII, do Código Eleitoral, estaria a autorizar o ali denominado “Tribunal Superior” a editar normas com tais conteúdos, visto que o legislador ordinário foi absolutamente claro e preciso ao atribuir competência à Corte apenas no sentido de ***“tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”***, vale dizer, a atividade autorizada estaria a depender da *prévia existência* de legislação eleitoral, editada, por óbvio, pelo órgão legiferante constitucionalmente designado, *in casu*, o Congresso Nacional.

Em epítome, inexistindo no ordenamento jurídico pátrio qualquer legislação que expressamente proíba a desfiliação partidária, não era dado ao Egrégio Tribunal Superior Eleitoral criar hipóteses que tais, através da malsinada Resolução nº 22.610, cujo veículo normativo tem por desiderato apenas e tão-somente a adoção de providências para a ***execução*** de legislação eleitoral já ***anteriormente*** editada pelo órgão legiferante competente, até porque, *permissa venia*, não se poderia cogitar da execução ou da aplicação de algo ainda inexistente no cenário jurídico.

### 3.1 Da inconstitucionalidade da resolução n.º 22.610 por ofensa à garantia pétrea estabelecida no artigo 5.º, II, da carta magna

O dogma, *“ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”* (art.5º, II, CF), representa, a expressão máxima do regime democrático, na medida em que protege o cidadão dos abusos e das surpresas que podem ser encetados pelo Estado.

Nessa ordem de idéias, a Resolução não poderia impor verdadeira sanção, materializada na perda do cargo eletivo, a quem, à ausência de qualquer norma proibitiva, desfilou-se de sua anterior agremiação política, para juntar-se a outra, organizada segundo os preceitos constitucionais e legais de regência.

Acode considerar, que a Constituição da República elencou,

no seu artigo 55, as hipóteses em que o parlamentar deputado federal ou senador - e, por simetria, também o deputado estadual e o vereador - perderá seu mandato, *de tal rol não constando a mudança de agremiação partidária*. Tal elenco, por constar de norma manifestamente restritiva ou supressiva de direitos, deve ser considerado em *numerus clausus*, não admitindo ampliações, por elementar princípio de hermenêutica.

Mas não é só. A perda de mandato pela desfiliação partidária, outrora prevista na anterior ordem constitucional, foi deliberadamente suprimida pelo Constituinte de 1988. Segue daí que não poderia o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, através de simples Resolução, ressuscitar tal hipótese de perda de mandato eletivo, a qual se repita ainda uma vez, já se encontrava definitivamente inumada pela vontade do poder constituinte elaborador da vigente Lei Maior.

### **3.2 Da inconstitucionalidade da resolução n.º 22.610 por infringência ao princípio da igualdade**

Sem nenhuma dúvida, quando o TSE estabeleceu diferentes datas para a contagem do período de fidelidade partidária, criou desigualdades entre iguais, ferindo o princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei. Fez ainda coisa pior, ao desigualar os iguais, feriu o princípio de que a isonomia se faz igualando os desiguais, além de ter ferido o princípio da igualdade aristotélica.

Com as decisões de 27 de Março de 2007 e de 16 de Outubro de 2007, inusitadamente, o TSE criou imunidade para aqueles parlamentares que mudaram de Partido Político antes de 27 de Março de 2007. Criou a infidelidade partidária para aqueles parlamentares que mudaram de Partido Político entre 27 de Março de 2007 e 16 de Outubro de 2007. E, criou ainda, imunidade para aqueles ocupantes de cargos majoritários de mudaram de Partido Político até o dia 16 de Outubro de 2007, poupando o mandato de quatro senadores, fato amplamente divulgado pela mídia.

É inegável que com tais decisões o TSE, a título de definir fidelidade partidária, criou confusão partidária e ofendeu

abertamento dispositivo da Constituição Federal de que "todos são iguais perante a lei", ficando latente a inconstitucionalidade da fixação de prazos diferentes para a desfiliação partidária de parlamentares, por ofensa ao artigo 5.º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

### **4 CONSIDERAÇÃO FINAL ACERCA DA RESOLUÇÃO TSE N.º 22.610: DA NECESSIDADE DE "JUSTA CAUSA" PARA DESFILIAÇÃO**

Os partidos políticos (pessoa jurídica de direito privado), como dito alhures, são associações constituídas para a participação da vida política de um país, para a formação da vontade nacional, com objetivos de propagação de idéias e de conquista, total ou parcial, do poder político.

A Constituição Federal adota dois grandes princípios em matéria de organização partidária, a saber: ampla liberdade partidária (soberania nacional, regime democrático, pluripartidarismo; aos direitos fundamentais da pessoa humana, observando-se, ainda, seu caráter nacional, proibição de recebimento de recursos estrangeiros ou subordinados a estes, prestação de contas à Justiça Eleitoral, funcionamento parlamentar de acordo com a lei) e autonomia partidária.

É de especial relevo salientar que a condição *sine qua non* para a viabilidade de judicialmente ser retirado o mandato daquele que se transferiu para outro partido político após o marco estabelecido pela Suprema Corte em 27 de março de 2007 diz respeito a ausência de "justa causa" para o referido ato. Desta feita, antes de tudo, necessário se faz entender o significado da expressão "justa causa".

O próprio dispositivo, nos quatro incisos de seu §1.º, traz hipóteses que estariam a caracterizar a "justa causa" apta a perpetuar o mandato nas mãos do eleito que migrou de partido, não se perdendo de vista que o rol ali apresentado, é meramente exemplificativo, haja vista que pela própria significação apresentada



a dita expressão, se entremostra impossível, venia concedida, enclausurar em tão poucas situações, a mudança válida de partido, ainda mais ao se levar em consideração que tais atos ocorrem sempre permeados pelas mais diversas razões e nas mais diferentes condições.

Por óbvio, tem-se que o primeiro legitimado para ação que visa a retomada do mandato que até então pertencia ao parlamentar tido por infiel é da agremiação política ao qual ele anteriormente pertencia, sendo de relevo destacar que tal medida deverá, impreterivelmente, ser tomada dentro do lapso temporal de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência.

Ainda, é consabido que, sem embargo da existência de pontos manifestamente inconstitucionais, o diploma normativo que rege o procedimento sob análise é o Decreto-lei n.º 201/67, que, no seu artigo 5º, VII, disciplina que

[...]o processo, a que se refere esse artigo, deverá estar concedido dentro em 90 (noventa) dias, contados da data em que se efetivar a notificação do acusado. TRANSCORRIDO O PRAZO SEM JULGAMENTO, O PROCESSO SERÁ ARQUIVADO, sem prejuízo de nova denúncia ainda que sobre os mesmos fatos[...] (sic).

A doutrina pátria se apresenta uníssona quanto ao tema, como bem atesta o inexorável posicionamento do publicista Maurício Balesdent Barreira (p. 169), que assim se manifestou: “Em se admitindo a natureza política das infrações e a repercussão igualmente política (cassação do mandato, inelegibilidade) das sanções aplicáveis, estamos diante de um verdadeiro direito material, que induz à competência privativa da União para legislar”.

Navegando-se nessas águas, inexorável a conclusão de que o vertente procedimento de perda de mandato eletivo se dá, exclusivamente, por intermédio das regras estampadas no Decreto-lei n.º 201/67, cujo inciso VII do artigo 5.º restou, desrespeitado por essa douta Comissão.

Ademais, há que se ponderar, também, que a natureza jurídica do prazo retratado no inciso VII do artigo 5.º do Decreto-lei n.º 201/67 é manifestamente decadencial, razão pela qual impossível se entremostrava sua prorrogação, ocorrendo o perecimento do direito, de modo que não mais será lícito ao titular tentar colocá-lo em atividade.

## 6 CONCLUSÕES

Como dito por todo trabalho, o tema ora debatido, é por demais espinhoso, encontra-se diante de várias agressões ao texto constitucional.

Em relação à perda do mandato, em virtude de infidelidade partidária, para os eleitos pelo sistema proporcional, o artigo 26 encontra-se em confronto com o artigo 55 da CF/88, sendo, pois, inconstitucional, salvo interpretação conforme à Constituição para lhe dar eficácia apenas em relação a perda de função no partido ou Mesa Diretora, jamais mandato. Com isto podemos chegar às seguintes conclusões:

(a) se o mandato pertence ao partido ou coligação no sistema proporcional, qual motivo não pertenceria ao partido ou coligação, também, no sistema majoritário? Ou seja, porque Prefeito, Governador, presidente da República e Senador estão fora desta decisão, de forma a consagrar, *mutatis mutandis*, que o mandato lhes pertence? Se para concorrer ao pleito a CF/88 exige filiação partidária no seu artigo 14, §3º, qual a distinção entre o sistema majoritário e proporcional? Apenas pelo quociente eleitoral e partidário? E a igualdade;

(b) como fica a soberania popular exercida nas urnas, segundo artigo 1º, parágrafo único da CF/88? – ou seja, apesar dos 513 deputados federais eleitos em 2006, apenas 31 conseguem eleger-se por conta própria, sendo os demais pelo quociente eleitoral/partidário, não se pode olvidar que as “regras do jogo” eram estas colocadas no momento da disputa, sendo que a violação por resolução do TSE corresponderia a uma lei, que no caso concreto,

deveria respeitar o artigo 16 da CF/88, ou seja, ser válido somente para as próximas eleições;

(c) a resolução do TSE, como apresentada, trata-se de ato normativo primário (que cria direito novo), porém, como sabemos, por força do CE e da Lei 9.504/97 (art.105), a resolução do TSE tem força de lei ordinária federal, jamais status constitucional. Com isto, a decisão é inconstitucional, porque o TSE atuou como legislador positivo, mas em matéria reservada a CF/88 (art. 55) e não afeta à lei ordinária federal;

(d) o artigo 55 da CF/88, não contempla nas hipóteses de perda de mandato a "infidelidade partidária nos casos previstos em lei". Desta forma, o artigo 26 da Lei 9096/95 seria inconstitucional, porquanto não presente no artigo 55 da CF/88;

(e) a perda do mandato de deputados (federais, estaduais e distritais) e vereadores eleitos pelas regras postas viola os seguintes dispositivos: e.1 - o princípio da segurança jurídica (artigo 5, caput c/c artigo 16 da CF/88 – ADI 3685/2006); e.2 - o princípio da liberdade de pensamento, de reunião, de associação e expressão (artigo 5º, IV, XVI, XVII e XX2 da CF/88); e.3 - ninguém pode ser privado de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (artigo 5º, VIII da CF/88); e.5 - norma constitucional de interpretação restritiva que prevê a perda do mandato é somente o artigo 55 da CF/88.

Assim, entende-se que até a Reforma Eleitoral regulamentar a nível constitucional, é flagrantemente inconstitucional, não podendo, assim, haver restrição de direitos políticos em matéria não prevista na Carta Suprema.

O dispositivo, no máximo, numa exegese de "interpretação conforme à Constituição Federal", poderia ser emprestado à perda de função ou cargo somente na Mesa Diretora ou Presidência da Câmara de Deputados ou Vereadores, ou do próprio partido, com a saída do parlamentar para outro partido, jamais perda do mandato.

Não se pode, assim, confundir perda do mandato com perda de função ou cargo de confiança partidária. O TSE, portanto, atuou como "legislador positivo" constitucional, adiantando a Reforma Política, criando uma hipertrofia e invadindo espaço do Poder Legislativo, violando a harmonia do sistema do *check and balance* previsto no artigo 2º da CF/88.

Não há norma constitucional, tampouco ordinária, que estabeleça a perda do mandato do parlamentar diante da situação de troca de partido ou cancelamento da filiação partidária. O artigo 26 da Lei Partidária apenas versa sobre a perda da função ou cargo e não mandato, de forma que fazer perder o mandato seria violar o artigo 55 da CF/88.

Além dos argumentos jurídicos, temos que conhecer a confusão causada pelo próprio TSE, com o máximo de respeito. Até a decisão final da inconstitucionalidade da cláusula de barreira, decidida pelo STF nas ADI's 1351 e 1354, o TSE sugeria a adoção da mesma, provocando uma insegurança jurídica enorme no seio político.

Com isto, vários parlamentares mudaram de partido, outros partidos fizeram a fusão e incorporação, pois desconheciam o que o STF decidiria. Pois bem, agora, o próprio TSE, que gerou a troca de partidos de muitos parlamentares, exige dos políticos a perda do mandato pela troca do partido?

Aceitar esta decisão seria o mesmo que consagrar uma execução de nota promissória cobrada a sangue da própria democracia.

## 8 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2007

BARREIRA, Maurício Balesdent. **Direito Municipal Aplicado**. Belo Horizonte:Del Rey, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva - Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** - Coordenadores Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha, São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. [Tradução de Carlos Nelson Coutinho].

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral da Política - a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2000. Título original: Teoria Generale Della Política.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder constituinte e direito adquirido, In: **Revista de Direito Administrativo** n. 210. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FILHO, Nagib Slaibi. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, 12.ª edição, Editora São Paulo:Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público, São Paulo, 2007

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2a Edição. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1998.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral**. 4.ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Jurídico Atlas, 2008.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais Sociais**. In: **Interpretação Constitucional**, org. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

RAMOS, Saulo. **Código da Vida. Fantástico litígio judicial de uma família: drama, suspense, surpresa e mistério**. São Paulo: Planeta, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. In: **Princípios Constitucionais**. Sergio Antonio Fabris Editor, 2003

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa; Qu'est-ce que le Tiers État?**. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. **Comentário Contextual à Constituição**. 2.ª edição de acordo com a Emenda Constitucional 52 de 8.3.2006 (DOU 9.3.2006). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.