

# **FIDELIDADE PARTIDÁRIA À LUZ DA SEPARAÇÃO DE PODERES: ATIVISMO JUDICIAL (IN)CONSTITUCIONAL? - DEBATE ACERCA DOS LIMITES ENTRE O PRINCÍPIO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA E DA SOBERANIA POPULAR**

## **PARTISAN LOYALTY IN THE LIGHT OF SEPARATION OF POWERS: JUDICIAL ACTIVISM (IN)CONSTITUTIONAL? - DISCUSSION ABOUT THE BOUNDARIES BETWEEN THE PRINCIPLE OF PARTISAN LOYALTY AND POPULAR SOVEREIGNTY**

*Júlia Maia de Meneses Coutinho<sup>1</sup>*

*Filomeno Moraes<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

A proposta deste escrito é, mediante a problemática que envolve a fidelidade partidária, qual seja, a ativação do instituto em detrimento da liberdade do parlamentar, levantar a discussão sobre se o objeto de estudo, que ora se comporta como condição imprescindível para a manutenção da atividade do eleito e ora como violência à liberdade de convicção e pensamento, não estaria, por meio de um ativismo judicial (in)constitucional, exorbitando o princípio da separação de poderes. Assim, o artigo promove a investigação do instituto em meio a sua zona de tendências e descompassos, haja vista que sua avaliação percorre desde uma condição de indispensabilidade ao fortalecimento das instituições representativas, até a exorbitância da atuação jurisdicional, quando age de modo a fragilizar a legitimidade democrática, ao impor a sanção de perda de mandato, e fere a separação de poderes, ao se observar que a Resolução nº 22.610/07 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), acolhida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), é matéria eleitoral e merece a observância da competência da União. Enfrentando-se estes conflitos, deságua-se na necessidade final da pesquisa, que é promover um juízo de atuação do instituto perante a atividade política, por meio da limitação entre os princípios da fidelidade partidária e da soberania popular.

**Palavras-chave:** (In)Fidelidade Partidária. Separação de Poderes. Ativismo Judicial (In)Constitucional. Soberania Popular.

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Publicidade e Propaganda pela Faculdade Integrada do Ceará - FIC (2006.2) e MBA em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2008.2). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2013.2), tendo exercido a função de Pesquisadora Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Edson Queiroz (PROBIC/FEQ) durante os anos de 2010 a 2013, cuja linha de pesquisa foi intitulada como “A Reforma Política e o Aperfeiçoamento da Democracia”, realizada no Núcleo de Pesquisa (NUPESQ), na Área de Direito Constitucional, do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da UNIFOR. É pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Metodista (previsão de conclusão 2014.2) e Mestranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós Graduação em Direito - PPGD da Universidade de Fortaleza - UNIFOR (previsão de conclusão 2016.1).

<sup>2</sup> Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional/Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPER) e docente-livre em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará.

## ABSTRACT

The purpose of this writing is, by issues involving partisan loyalty, which is, activation of the institute over the freedom of parliamentary stand, discuss a subject matter that sometimes behaves as essential for maintaining the activity condition of the elected and sometimes as violence against freedom of belief and thought, if it would not be through a (in)constitutional judicial activism, exceeding the principle of separation of powers. Thus, the article promotes a research of the institute within your zone trends and imbalances, given that its review has traveled starting from a condition of indispensability to the strengthening of representative institutions, until the exorbitant judicial act when it acts so as to undermine the democratic legitimacy to impose the penalty of removal from office, and hurts the separation of powers to be noted that Resolution nº 22.610/07 of the TSE, upheld by the Supreme Court, is electoral matters and deserves the respect of the competence of the Union Facing. Considering these conflicts, it finishes in the final need of research, which is to promote a judgment of the institute action against political activity by limiting party loyalty and principles of popular sovereignty.

**Keywords:** (In)Partisan Loyalty. Separation of Powers. Judicial Ativism (In)Constitucional. Popular Sovereignty.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A redemocratização brasileira, de que resultou a Constituição Federal de 1988, tornou perceptível um maior cuidado em conservar o homem como cidadão, principalmente no concernente a sua forma de atuar no processo eleitoral e político no Brasil. De tal sorte, aos poucos, se foi observando a busca por uma democracia política pautada na liberdade de expressão, nos direitos de voto e dos cidadãos disputarem os cargos públicos em eleições livres e diretas.

Em adição, para que ocorra a consolidação da democracia, faz-se necessária a existência do elemento primordial das bases populares, ou seja, a soberania popular, capaz de promover a organização democrática e a luta social, haja vista o fato de que, quanto maior a participação popular, menor a distância entre igualdade política e igualdade social. Assim, a soberania popular atua como força motriz da liberdade política.

Tal elemento conduz à observância paralela de um avanço em termos democráticos, no que diz respeito aos principais postos do Executivo e do Legislativo, ocupados mediante eleições de competição ampla, bem como o direito de voto estendido aos analfabetos e jovens de 16 a 18 anos; além disso, o importante componente dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, que são independentes e harmônicos entre si.

Por meio de tais bases democráticas perceptíveis, há de se mencionar, como consequência de tal fato, a noção de que o processo eleitoral aparece como figura da legitimação do poder, mesmo em meio a diversas crises políticas, pois, apesar de tudo, há um Estado Democrático de Direito e, conforme aborda Bobbio (2000, p. 435), “o que caracteriza um sistema político democrático não é o princípio de maioria, mas o sufrágio universal, ou, se quisermos, o princípio de maioria aplicada a votações conduzidas com o sufrágio universal”.

Destarte, pode-se inferir que a democracia é um objeto dotado de influência no sistema político-eleitoral brasileiro, capaz de favorecer elementos importantes, como os princípios da soberania popular e da representação, ambos positivados constitucionalmente.

Os princípios cadenciados anteriormente devem manter o equilíbrio do binômio governabilidade e qualidade da democracia, para não incorrer no descrédito lastimável da desmoralização da democracia representativa, consoante apontado por Benevides (2003, p. 84), quando lembra que, “no Brasil, o desprezo pelos partidos só não é maior devido ao desconhecimento das siglas, direcionando-se o desamor diretamente a eles, os políticos e parlamentares, vistos, na melhor das hipóteses, como inúteis; na pior, como corruptos”. Isto garante, pois, que a “história dos partidos políticos brasileiros é acidentada e tumultuada”, (MOTTA, 2008, p. 116). Esse posicionamento deve ser acrescido ao de Sartori (1983, p. 48), na ideia de que

Não se deve encarar os partidos como se fossem representantes perfeitos dos interesses sociais, como eles passivamente refletissem – tal como um espelho – as demandas populares. Na realidade as relações entre as organizações partidárias e a sociedade são mais complexas [...].

Com efeito, a própria cultura brasileira reflete um profundo mal-estar em relação aos partidos e suas estruturas partidárias, pois esses elementos não compartilham de um conjunto de memórias, percepções e critérios (LAMOUNIER, 1989, p. 19). Waldron (2003) expande esse mal-estar, ainda, para a atividade legislativa como um todo (negociata, troca de favores e procedimentos eleitorais).

Atuando, sobremaneira, diante dos fatos expressos a modo de intróito, é perceptível que o conceito de fidelidade partidária se relaciona diretamente com a democracia, inclusive inúmeras foram e são as iniciativas postas em tramitação no Congresso Nacional em relação a esse instituto.

## **2 FIDELIDADE PARTIDÁRIA E SEPARAÇÃO DE PODERES: LIMITES E DISCUSSÕES**

A fidelidade partidária é um dos elementos constitutivos da reforma política e, sob esse prisma, Benevides (2003, p. 85) ensina que deve “buscar sempre a maximização da expressão da vontade popular nos processos eleitorais e o aumento da transparência e eficácia dos instrumentos de combate à corrupção”. Assim, a fidelidade partidária surge para oferecer maior equilíbrio ao tripé partido, eleitores e eleitos.

O instituto é um elemento que integraliza a restauração do Legislativo, já que é capaz de ponderar os elementos conflitantes, que permeiam essa realidade: de um lado, a autonomia de vontade pessoal do detentor do mandato eletivo e, do outro, a vontade dos membros de seu partido. De acordo com Mendes, Coelho e Branco (2009, p.821), “parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para a manutenção do próprio mandato”. Em contrapartida, Clève (2012, p.79) exprime que “esta não poderá violentar a consciência e nem a liberdade de convicção do pensamento do parlamentar”. Eis a problemática inicial enfrentada pela Resolução nº 22.610/07, do TSE - essa dicotomia resultante do instituto da fidelidade partidária em detrimento da liberdade do parlamentar - o que justifica a relevância do tema sob análise.

Assim, a discussão problemática que comporta o instituto da fidelidade partidária resulta da Resolução nº 22.610/07, do TSE, que teve origem na Consulta nº 1.398, formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM).

Desde a Resolução, o TSE estabeleceu que a titularidade do mandato eletivo pertence ao partido político pelo qual o representante conquistou o mandato, em razão do sistema eleitoral proporcional e da fidelidade como condição indispensável à elegibilidade, amplamente acolhidos pelo entendimento do STF.

O ativismo judicial por parte do STF é justificado, por Capelletti (1993, p. 52), “pela necessidade da busca do Poder Judiciário, como forma de equilíbrio aos demais poderes”. Não obstante, faz-se importante mencionar o posicionamento de Streck (2004, p. 141):

Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais assenhem da Constituição.

Assim, torna-se evidente o ativismo judicial protagonizado pelo TSE e STF, que, enquanto cuidaram do instituto da fidelidade partidária, criaram uma hipótese de perda de mandato eletivo, que não possuía previsão no ordenamento jurídico nacional, ainda que sob o argumento de interpretação sistemática dos princípios constitucionais relacionados aos partidos políticos e ao sistema eleitoral. Além disso, é questionável se o STF poderia conceder ao TSE - e este exercer - a competência regulamentadora da perda do mandato, como foi feito, inclusive criando hipóteses de justa causa para desfiliação partidária, consoante ocorreu.

Para Mezzaroba (2004, p. 277-278), o instituto da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária não está expresso na Constituição Federal de 1988. Com isso, o autor promove a seguinte argumentação:

O mandato está vinculado ao representante, e, portanto, o instituto da fidelidade partidária só pode ser aplicado pelos Partidos de forma limitada, já que o representante só poderá ser punido com, no máximo, a expulsão da agremiação, sem, no entanto, acarretar qualquer prejuízo em relação ao mandato.

Esse fundamento emerge da decisão constitucional de fornecer aos partidos políticos a natureza de Pessoas Jurídicas de Direito Privado, perfeitamente identificada na perspectiva de Knoerr (2009, p. 141) quando defende o argumento de que os partidos não possuem natureza de órgãos estatais e que, por não serem controlados pelo Estado, deixam uma lacuna para se refletir que os “sujeitos da política eram os indivíduos e não os partidos”. Assim sendo, se comportam como elementos desprovidos de integralização estatal, o que pode ser divisado nos ensinamentos de Line (2005, p. 193), quando infere que: “[...] estudiosos, apontando para um declínio na volatilidade eleitoral e na migração partidária, têm tentado estender esse argumento até outras áreas relevantes [...]”. Eis agora o diagnóstico complementar de Leitão (2013, p. 204):

O Texto Constitucional que trata dos partidos políticos garante uma autonomia relativa, ao permitir que sejam criados e até extintos livremente, sem a interferência do Estado, mas essa liberdade de criação é balizada por quatro princípios constitucionais: soberania nacional; regime democrático; pluripartidarismo e direitos fundamentais da pessoa humana [...].

A Resolução nº 22.610/07 do TSE disciplinou os processos de perda de mandato eletivo e de justificação de desfiliação partidária, conforme já mencionado. Pode-se criticá-la, entretanto, primeiramente, à míngua de competência para a sua edição, pois a posição ativista neste caso viola o princípio constitucional da separação de poderes, previsto no art. 2º, CF/88. Assim, o argumento de que o TSE executou apenas o seu poder normativo, sem ferir a separação de poderes, se torna insustentável, em flagrante violação ao art. 22, I, CF/88. Essa

situação é observada, consoante a inteligência de Mariano (2011, p. 63), “pela ingerência do Poder Judiciário nas esferas de competência típicas do Executivo e do Legislativo”.

Nessa linha de orientação, aponta-se à crítica de Cerqueira e Cerqueira (2008, p. 284) quando exprimem que

O TSE não pode ser legislador positivo, pois fere a CF/88, só podendo assim ‘legislar’ se se tratar de matéria infraconstitucional reservada a lei ordinária – art. 105 da Lei nº 9.504/97 e Boletim Eleitoral nº 15 de 1990 do TSE, jamais podendo legislar sobre LC (processo civil ou processo eleitoral) ou matéria constitucional, em face do art. 22, I da CF/88.

Oportunamente, destaca-se que a matéria regulamentada pela Resolução nº 22.610/07 foi remetida ao STF por meio do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI’s) nºs 3999 e 4086, segundo o qual a Resolução é constitucional até que o Congresso Nacional exerça a competência legislativa que lhe cabe.

Ao relatar as ações já citadas, o ministro Joaquim Barbosa (ADI nº 3999) alertou sobre a importância da compreensão do sistema representativo e da gravidade que representa a destituição de um parlamentar de um mandato que lhe foi outorgado pelo povo, fora da previsão constitucional, de acordo com a seguinte transcrição:

É indispensável ter-se uma compreensão não meramente retórica acerca do sistema representativo, para se compreender a gravidade que representa a destituição de um parlamentar do mandato que lhe foi outorgado pelo povo, fora das hipóteses estritamente previstas na Constituição.

Ao se tomar nota de tais palavras, percebe-se a preocupação com a afronta ao princípio da soberania popular, o que redimensiona um cuidado com a violação do que foi previsto no art. 1º, parágrafo único, CF/88, e da separação de poderes, presente no art. 2º, CF/88, ao se impor a sanção de perda de mandato eletivo para o trânsfuga, porquanto o TSE disciplinou uma matéria adstrita à competência privativa da União (art. 22, I, CF/88).

Daí se faz necessária a fidelidade do mandatário aos cidadãos que o elegeram, pois, do contrário, o que se tem é um gesto de desrespeito à vontade soberana do povo. Portanto, não se trata de uma fidelidade exclusiva ao partido, mas especialmente ao eleitor (COUTINHO, 2013, p. 133). E, ainda, se há de mencionar o fato de que “o mal-estar provocado pelo funcionamento dos partidos e do sistema partidário no Brasil” (MORAES FILHO, 2009, p. LXXVI), não está somente direcionado ao instituto da fidelidade partidária, mas sim da evolução da política no Brasil.

Assim, a ausência de uma análise que considere a realidade dos partidos políticos brasileiros pode implicar a formação de uma ditadura partidária, ou seja, se tratará a

fidelidade partidária como camisa de força, que burla o livre convencimento e reconhece apenas a existência de deveres aos filiados, sem ser necessária uma contrapartida da agremiação partidária, consoante infere Cardoso (1997, p. 62), quando consubstancia a noção de que “[...] deve-se manter permanente vigilância no sentido de se evitar o desvirtuamento das finalidades do partido político e com isso transformar a questão da fidelidade partidária em odioso instrumento de opressão dos filiados”.

A iniciativa reflete a ideia de que o povo é pedra de toque imóvel da soberania popular e que a separação de poderes se tornou elemento de vitalidade para a consecução de um espaço imune às interferências (ACKERMAN, 2007). Esse argumento pode ser complementado pelo posicionamento de Goyard-Fabre (2003, p. 117-118), quando explica que “[...] o governo do povo pelo povo exige que o corpo do povo seja reconhecido como soberano”. Com tais direcionamentos, torna-se pertinente agregar a lição de Soares (2010, p. 87-88), ao mencionar a opinião de que,

[...] Para o cidadão comum, para a sociedade de um modo geral, torna-se bastante difícil compreender o que vale e o que não vale nessa arena de deliberação política. O que está em jogo não é apenas o poder de decisão, de modificação da legislação, mas a própria legitimidade consagrada ao processo legislativo pelos eleitores nas urnas.

A separação de poderes encontrou fundamento em filósofos como Locke, quando a estabelecia como pedra angular do Estado democrático de direito, ocorrendo de forma vertical, haja vista a condição de que o Legislativo se encontrava acima dos demais poderes e que estes se subordinariam a ele. Como contra-argumento, Montesquieu, o mais prestigiado desses intelectuais, promoveu a divisão do Estado nas funções executiva, legislativa e jurisdicional, considerando que a separação de poderes ocorre numa perspectiva horizontalizada, de modo que um poder limitaria o outro (MAUS, 2010). Impende agregar a esse juízo o fato de Dallari (2006, p. 2016) mencionar que Montesquieu concebe tal teoria para “assegurar a liberdade dos indivíduos”. Nesse sentido, o constituinte originário delineou a harmonização entre os poderes de forma coordenada, de modo que não haja luta entre eles, bem na esteira dos ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 116):

[...] tem por finalidade orientar os intérpretes da Constituição no sentido de que, instituindo a norma fundamental de um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências, não podem os seus aplicadores chegar a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação de poderes, cuja observância é consubstancial à própria ideia de Estado de Direito.

Observa-se que as condutas do TSE e do STF são questionáveis da perspectiva legal, o que deságua num grande risco para o princípio da separação de poderes, uma técnica eficaz

de limitação do poder político, com suporte nos ensinamentos de Montesquieu (2000, p. 166), ao exprimir que a liberdade política: “só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”. Como forma de complementaridade, ressalva-se o posicionamento pertinente de Kant (2003, p. 155), quando reflete a ideia de que

Todo Estado encerra três poderes dentro de si, isto é, a vontade unida consiste de três pessoas (trias políticas): o poder soberano (soberania), na pessoa do legislador; o poder executivo, na pessoa do governante (em consonância com a lei) e o poder judiciário, (para outorgar a cada um o que é seu de acordo com a lei), na pessoa do juiz.

Kant (2003), portanto, não deixa lacunas a respeito da necessidade de sobreposição do Legislativo sobre o Judiciário no caso de questões como esta tratada nesse artigo, pois o Poder Legiferante é o grande portador da vontade coletiva. Esse posicionamento levou Bobbio (2000, p. 227) a se manifestar nos seus escritos, revelando, oportunamente, que

Apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva.

Jean-Jacques Rousseau (2003, p. 33) acolita essas alegações, ao apadrinhar a noção de que, em um regime democrático, vale a máxima de que “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum”. O preceito ora salientado, conduz a outra declaração do Filósofo, acolhida por parte de Ribeiro e Barros (2013, p. 111) nos dias atuais - a de que “só o povo pode ser soberano, pois apenas nele reside a vontade pública”. Importante é salientar, ainda, em relação as prerrogativas asseridas por Jean-Jacques Rousseau (2003, p. 107), assim configuradas:

O princípio da vida política repousa na autoridade soberana. O poder legislativo é o coração do Estado; o poder executivo, o cérebro, que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode paralisar-se e o indivíduo continuar a viver. Um indivíduo torna-se imbecil e vive, mas, tão logo o coração deixar de funcionar, o animal morre.

Traz-se à baila a noção de que os diagnósticos evidenciados por Montesquieu, Kant e Jean-Jacques Rousseau refletem a ideiação de que, à luz da separação de poderes, por isso, a instituição judicial da fidelidade partidária exorbitou da esfera de competência funcional do Judiciário, ou seja, a sanção jurídica de destituição de mandato do parlamentar é matéria de cunho legislativo por meio de emenda constitucional. É lícito se acrescer ainda, o pensamento de Rousseau (2003, p. 96), na obra anteriormente mencionada, que, de fato, “não é pela lei que o estado subsiste, mas pelo poder legislativo”.



Destarte, a perda de cargo eletivo, em não passando pelo filtro de constitucionalidade, traz derrocada à separação de poderes, delineada constitucionalmente pelo art. 2º, CF/88 (CLÉVE, 2000). Tal é observado no diagnóstico de Rocha (1995, p. 80), quando verifica ser, “[...] inadmissível que um órgão sem ligações com a vontade popular seja encarregado de traduzir, exprimir, compreender e dar significado a essa vontade” [...].

Vasconcelos (2006, p. 196), ao indagar a respeito da criação de Direito por parte dos juízes, responde a favor da manifestação da soberania popular, conforme se observa nesta transcrição:

[...] A pergunta que se põe, então, é esta: pode o juiz criar Direito? Não hesitariam os racionalistas em respondê-la negativamente, verberando o que lhes parecia desastrosa intromissão do Poder Judiciário nas atribuições privativas do Legislativo. Invocaram, como escudo, a teoria da divisão dos poderes, artigo de fé do Liberalismo triunfador. Aos juízes, para bem aplicar a lei, disse Montesquieu, “bastam-lhe os olhos”. Ocultamente, entretanto, faziam eles o que em público negavam, servindo-se em seus malabarismos da lógica do disfarce. Com efeito, ninguém ousara ainda discrepar, de maneira aberta e franca, de que o poder de criar Direito residia, única e exclusivamente, no corpo do legislativo, caracterizado por John Locke como órgão próprio das manifestações da soberania popular. Com essa preliminar de ordem doutrinária, afastava-se a hipótese da criação judicial do Direito.

E, ainda, se remonta à ideia de que o ativismo judicial encontra limites na própria Carta Magna, conforme aduz Cittadino (2004, p. 108):

Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtiva das normas e dos princípios que as integram, e, neste sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais – Têm necessariamente o caráter de “decisões de princípio”. No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação de poderes -, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos.

De acordo com as expressões, é notória a conduta exorbitante do Poder Judiciário, que ocasionou a usurpação de poderes do Legislativo, quando prolatou decisões judiciais sem legitimidade democrática para torná-las aptas à substituição de leis, no tocante ao posicionamento de Carvalho Netto (2004, p. 38), quando exprime proporção do ativismo judicial no caso em apreço:

[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Resta claro que não se deve discutir que seja o ativismo judicial objeto capaz de promover a efetivação dos direitos fundamentais, no entanto, impõe-se revelar a existência de limites substanciais e formais para a sua prática. Bem assim, não é possível negar que o ativismo judicial é um evento de plano mundial, possuidor de inúmeras causas, de acordo com estudiosos como Tate e Vallinder (1995) e Hirschl (2007); sem se esquecer também dos limites de cada Poder, para que não ocorra um modo de atuação ilegítimo e inconstitucional por parte do Judiciário. Tal reflete, claramente, na visão de Neves (2007, p. 235-236), quando exprime: “a atividade controladora do Judiciário no âmbito da ampliação excessiva de sua competência em questões políticas é fator decisivo para uma crise de funcionalidade e de legitimidade do Estado Democrático de Direito”. Segue-se de perto, atentando-se para os ensinamentos de Dahl (2012, p. 304), em cuja lição que “quanto mais os quase guardiães [juízes] estendem sua autoridade às questões substantivas, mais eles reduzem o escopo do processo democrático”. Resplandece, por fim, nas preleções de Pogrebinski (2011, p.5),

A suposta atrofia do Legislativo e do Executivo levaria ainda a uma hipertrofia do Judiciário. [...] Entimema e democracia à parte, estaríamos, assim, de acordo com essas leituras, diante de uma “supremocracia”; termo que se refere à autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às demais instâncias do Judiciário, bem como à expansão de sua autoridade em detrimento dos demais poderes.

Assim divisado, faz-se necessário acrescentar a orientação de Moraes Filho (2010, p.122), quando alerta que: “[...] De fato, talvez seja a hora de o Congresso Nacional recobrar-se da inapetência legislativa e deixar para o Poder Judiciário apenas a jurisdição”.

Outro ponto de questionamento da posição do TSE e do STF parte do elemento disposto no art. 55, CF/88, ao disciplinar as situações em que deputados e senadores estarão sujeitos a perda de mandato, conforme as hipóteses revividas nesse dispositivo, sem sequer se referir a desfiliação, com ou sem justa causa, como motivo para perda de cargo eletivo, limitando-se apenas à exclusão do parlamentar da condição de filiado, em casos de oposição às diretrizes político-partidárias, desde que haja a previsão expressa perante o estatuto do partido. Esta ideia é perfeitamente acolhida por Silva (2010, p. 234), ao mencionar que “[...] A Constituição não permite a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária”.

Destarte, não há de prosperar o argumento de que o TSE editou a Resolução sob escólio apenas no exercício do seu poder normativo, sem que houvesse afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, pois tal ato causou a existência de direitos eleitoral e processual novos, o que invadiu a esfera de competência privativa da União. Por fim, neste sentido, cabe a pertinente indagação de Bercovici (2005, p. 297): “Em quem o cidadão deve

confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?”?

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo debater uma das matérias que mais está na ordem do dia, aos cuidados do Direito Eleitoral: a fidelidade partidária, que exprime como consequência a perda de mandato eletivo dos trânsfugas.

O tema é cercado por diversas polêmicas, tendências e descompassos, conforme abordado ao longo do escrito. E a polêmica principal foi propiciada pelo ecoar da “punição”, embora tenha sido tratada de outra forma pelos ministros do TSE, pois recaiu sobre aqueles que efetuassem a troca de partidos, sem justa causa, amplamente acolhida pelo STF. Albuquerque (2013, p. 177) ressalta que “tal decisão é considerada um dos marcos na jurisprudência deste tribunal”. Convém exprimir, *en passant*, as observações de Lima (2003, p. 220), para quem “a jurisprudência dos tribunais constitucionais descumprir a constituição quando aplica entendimentos restritivos aos comandos constitucionais”, a igual do posicionamento refletido por Piçarra (1989, p. 262), quando se expressa desta maneira:

Seja como for, o Estado de Direito contemporâneo, mesmo onde anteriormente procurara institucionalizar-se o Estado de legislação parlamentar, passou a ser generalizadamente um Estado de jurisdição executor da constituição (*verfassungsvoll-ziehender jurisdiktionsstaat*), em que o poder legislativo é limitado por um poder jurisdicional que não dispõe da mesma legitimidade democrática que o primeiro.

A atual Carta Magna brasileira em seu art. 17, § 1º, salientou expressamente a fidelidade e acrescentou que ela deveria contar com o seu estabelecimento nos estatutos dos partidos, ou seja, a sua disciplina e normatização. Como se pode ver, a cassação dos mandatos em consequência da migração partidária não encontra subsídio em nenhuma regra geral, nem mesmo quando se reporta ao art. 55 da CF/88, o qual prescreve a perda de mandato de deputado e senador, no entanto, nem assim, é notada a inclusão da desfiliação em apreço. Cumpre dar vulto, ainda, as palavras de Mezzaroba (2010, p. 54), para quem

A perda do mandato por ato de infidelidade partidária não está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Conforme reza o caput do art. 15, a cassação de direitos políticos, a sua perda ou suspensão só podem ocorrer nos casos previstos pelo próprio dispositivo constitucional.

Em resposta a Consulta nº 1398, formulada pelo DEM (antigo PFL), o TSE entendeu que o mandato pertence ao partido e não ao eleito. De efeito, tem-se, de um lado da balança, a

conscientização acerca do valor e importância dos partidos que desempenham a atividade essencial da representação popular em um regime democrático, em detrimento da ausência de liberdade de convicção e pensamento por parte dos parlamentares, haja vista que o tripé partido, eleitores e eleitos é pedra de toque da soberania popular, pois, ante esse contexto, há que se considerar a fidelidade como violência à consciência e à liberdade de convicção dos parlamentares, já que o instituto comporta também a relação eleitores e parlamentar. E, “em princípio, a democracia, é um regime político em que o povo é o fundamento do poder e o responsável pela tomada de decisões políticas” (ALMEIDA FILHO, 2014, p. 89).

Ao longo das investigações resultantes da justificativa e problematização expressas pelo tema, buscou-se contribuir para a investigação dos limites da fidelidade partidária ao longo da atividade política brasileira, sob os ditames positivados pela Carta Magna de 1988.

Pretendeu-se trazer na prática a avaliação do instituto, com vistas a perquirir acerca da sua indispensabilidade ao fortalecimento das instituições políticas, bem como para a melhoria da governabilidade e o fortalecimento da democracia, em decorrência da sua estreita relação com a evolução destes instrumentos políticos.

Isto posto, investigou-se o conflito instaurado pela exorbitância da legitimidade democrática por parte do Poder Judiciário, quando este impôs judicialmente a perda de mandato representativo dos trânsfugas.

Levantou-se a hipótese de que a Resolução nº 22.610/07 do TSE, perfeitamente acolhida nos julgados do STF, exorbitou a esfera da separação de poderes, quando se remete à noção de que as matérias eleitorais são de competência privativa da União. Não se há de esquecer, também, que a observância do equilíbrio de atuação do princípio sob relação permite alegar-se que “a separação de poderes é um instrumento para assegurar a liberdade política” (NEUMANN, 1973, p. 203). Tal fundamento é diagnosticado também por Moraes Filho (2003, p. 156), para quem “o princípio político da separação de poderes é essencial para a liberdade, e de que os poderes devem ser distribuídos de tal forma que as partes essenciais de um não venham a ser esmagadas pelo peso desproporcionado de algumas partes e outros”. Na mesma direção, parece pertinente o diagnóstico de Piçarra (1989, p.13), ao prescrever a importância da existência de “mecanismos de coordenação e independência”.

Por fim, aspirou-se a colaborar para um juízo de limitação no que concerne à forma de atuação do instituto na atividade política brasileira, sob a égide dos princípios da fidelidade partidária e da soberania popular. Constata-se é que, mediante um juízo de ponderação e

razoabilidade, o princípio da soberania popular se agiganta em relação ao da fidelidade partidária, no escopo de preservar a fidelidade do mandatário aos cidadãos que o elegeram para evitar o descrédito lastimável propiciado pelo desrespeito à vontade soberana do povo.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito & Política**: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. São Paulo: Conceito Editorial, 2013.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **10 lições sobre Carl Schmitt**. Petrópolis: Vozes, 2014.
- ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. México: FCE, 2007.
- BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. In: BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita; M. V, KERCHER; F. VANNUCHI (Org.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Perseu Abramo, 2003. p. 91-119.
- BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: Fernando Luiz Ximenes Rocha; Filomeno Moraes (Org.). **Direito Constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 281-303.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta 1.398. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 08 maio 2007.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3999. **Diário da Justiça n.º 221**, Brasília, DF, 20 nov. 2008.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4086. **Diário da Justiça n.º 221**, Brasília, DF, 20 nov. 2008.
- CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CARDOSO, José Carlos. **Fidelidade Partidária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 281-311.
- CERQUEIRA, Tales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária & perda do mandato no Brasil**: temas complexos. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Fidelidade Partidária e impeachment** – Estudo de Caso. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia. **Alceu**, Brasília, v. 5, n. 9, p. 105-113, dez. 2004.

- COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. (In) fidelidade partidária e Tribunal Regional Eleitoral do Ceará: tendências e descompassos – estudo de caso de Parlamentar Municipal. In: RODRIGUES, Francisco Lisboa; CUNHA, Jânio Pereira da; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses (Org.). **Pautas constitucionais contemporâneas**. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2013. p. 119-137.
- DAHL, Roberto A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2007.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.
- KNOERR, Fernando Gustavo. **Bases e perspectivas da reforma política brasileira**. Belo Horizonte : Fórum, 2009.
- LAMOUNIER, Bolívar. **Partidos e utopias: o Brasil no limiar dos anos 90**. São Paulo: Edições Loyola, 1989.
- LEITÃO, Rômulo Guilherme. **Partidos Políticos e a estabilidade política brasileira após 1988: por uma teoria do pluripartidarismo na consolidação democrática brasileira**. 2013. 272p. Tese (Doutorado em Direito Constitucional Público e Teoria Política) – Programa de Pós Graduação em Direito – PPGD, Universidade de Fortaleza, 2013.
- LIMA, Matonio Mont’Alverne Barreto. Jurisdição Constitucinal: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 199-251.
- LINE, Mona M. Parties as programmatic agents: a test of unconstitutional theory in Brasil. **Party Politics**. Canadá, v. 11, n. 2, p. 193-216, 2005.
- MARIANO, Cynara Monteiro. O debate sobre a separação de poderes no pensamento constitucional brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; SOARES, Ana Katarina Fonteles; NUNES, Andrine Oliveira; REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro; CARMO, Valter Moura do. **Temas do Pensamento Constitucional Brasileiro**. vol. II. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 63-78.
- MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2009.
- MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MEZZAROBA, Orides. **Partidos Políticos: princípios e garantias constitucionais, Lei 9096/95 – anotações jurisprudenciais**. Curitiba: Juruá, 2010.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES FILHO, José Filomeno de. A propósito dos primeiros 20 anos da Constituição Federal: democracia, república e reforma política. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA,

Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. LXIX -LXXIX.

\_\_\_\_\_. A judicialização partidário-eleitoral. In: MORAES FILHO, Filomeno. **Contrapontos: Democracia, República e Constituição no Brasil**. Fortaleza: Edições UFC, 2010, p. 121-122.

\_\_\_\_\_. Separação de Poderes no Brasil Pós-88: Princípio Constitucional e Práxis Política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 151-198.

MOTTA, Rodrigo Pato Sá. **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

NEUMANN, Franz. *Lo Stato democratico e lo Stato autoritativo*. Bologna: Il Mulino, 1973.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Lisboa: Coimbra Editora, 1989.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, Direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RIBEIRO, Alberto; BARROS, Gonçalves de. **O conceito de soberania na filosofia moderna: convite à reflexão**. São Paulo: Discurso Editorial, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, J.-J. **O contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARTORI, Giovanni. **Partidos e sistemas partidários**. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. 193p. Tese (Doutorado em Ciência Política com área de concentração em Instituições) – Programa de Pós Graduação em Ciência Política do Instituto de Estudos Sociais e Políticos – IESP, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York and London: New York University Press, 1995.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.