

MANDADOS DE SEGURANÇAS:

MS 26.602 (Relator Ministro Eros Grau)

MS 26.603 (Relatora Ministra Cármen Lúcia)

MS 26.604 (Relator Ministro Celso de Mello)

FIDELIDADE PARTIDÁRIA**1. A consulta ao Superior Eleitoral**

O debate político e judicial sobre a fidelidade partidária ganhou relevo quando o Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), formulou ao Tribunal Superior Eleitoral a Consulta 1.389/DF, sendo Relator o Ministro César Asfor Rocha, consubstanciada na seguinte indagação: *"Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?"*.

O Tribunal Superior Eleitoral, na Sessão de 27/3/2007, respondeu positivamente à supracitada consulta, em pronunciamento assim ementado: *"Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa"* (Resolução/TSE 22.526/2007).

2. Os mandados de segurança

Com base em tal Resolução, o Partido Popular Socialista - PPS, o Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, e o Democratas - DEM impetraram mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, contra decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, que indeferiu requerimentos formulados pelas referidas agremiações, no quais postulavam a perda dos mandatos dos Deputados Federais que haviam mudado de filiação partidária (MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau; MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia; MS 26.890, Rel. Min. Celso de Mello).

3. Considerações sobre os partidos políticos

Examinando a questão sob exame, a princípio consignando que me associo àqueles que entendem que, numa democracia representativa como a nossa, os partidos políticos representam papel fundamental, porquanto, no dizer de Canotilho, são "*organizações aglutinadoras dos interesses e mundividência de certas classes e grupos sociais impulsionadores da formação da vontade popular*".¹

Com efeito, a partir do advento do Estado Social, a lei deixou de ser a expressão de uma anônima vontade geral, no sentido rousseauiano da expressão,

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

conforme queriam os ideólogos do Estado de Direito dos séculos XVIII e XIX, passando a representar o resultado da vontade política de uma maioria parlamentar, formada a partir de vontades fragmentárias preexistentes no seio de sociedade.²

No Brasil, como se sabe, os partidos políticos sofreram as vicissitudes da alternância entre regimes democráticos e ditatoriais, que pouco contribuiu para conferir-lhes uma base ideológica sólida, capaz de ensejar o surgimento de agremiações partidárias divorciadas do patriarcalismo, do patrimonialismo e dos interesses econômicos dominantes.³

Os partidos de massa, vinculados às camadas populares, com matizes ideológicos mais pronunciados, surgiram apenas numa fase mais recente da História do País, como conseqüência do processo de industrialização, que se acelerou a partir dos anos 50.

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

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

³ FLEISCHER, David. Os partidos políticos. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antonio Otávio. (Orgs.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: UNESP, 2004. p. 249.

multiplicidade de interesses e aspirações dos distintos grupos sociais, mas, sobretudo, porque concorrem para a formação da opinião pública, o recrutamento de líderes, a seleção de candidatos e a mediação entre o governo e o povo.⁴

4. Reflexões sobre a democracia participativa

É bem verdade, como assentei em sede doutrinária,⁵ que a participação do povo no poder, atualmente, não ocorre mais apenas a partir do indivíduo, do cidadão isolado, ente privilegiado e até endeusado pelas instituições político-jurídicas do liberalismo, dentre as quais se destacam os partidos políticos.

O final do século XX e o do século XXI certamente entrarão para a História como épocas em que o indivíduo se eclipsa, surgindo em seu lugar as associações, protegidas constitucionalmente, que se multiplicam nas chamadas "organizações não-governamentais", voltadas para interesses mais específicos, a exemplo da proteção do

⁴ SILVA, Daniela Romanelli da, loc. cit.

⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coords.). *Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra Martins*. São Paulo: Lex Editora, 2005. p.381.

meio ambiente, da defesa do consumidor ou da promoção da reforma agrária.

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

5. A importância da fidelidade partidária

Não há negar, todavia, que a democracia representativa, exercida por meio de mandatários recrutados pelos partidos políticos, por indispensável,⁶ subsiste integralmente em nosso ordenamento político-jurídico, complementada embora pelo instrumental próprio da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, da CF).⁷

⁶ MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. São Paulo: IBRASA, 1958. p. 49, "desde que é impossível a todos, em uma comunidade que exceda a uma única cidade pequena, participarem pessoalmente tão-só de algumas porções muito pequenas dos negócios públicos, segue-se que o tipo ideal de governo perfeito tem de ser o representativo".

⁷ "Todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

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

Mas para que a representação popular tenha um mínimo de autenticidade, ou seja, para que reflita um ideário comum aos eleitores e candidatos, de tal modo que entre eles se estabeleça um liame em torno de valores que transcendam os aspectos contingentes do cotidiano da política, é preciso que os mandatários se mantenham fiéis às diretrizes programáticas e ideológicas dos partidos pelos quais foram eleitos.

Por essa razão, o eminente mestre das Arcadas Goffredo Telles Júnior assenta que:

*"Sem fidelidade dos parlamentares aos ideários de interesse coletivo, definidos nos respectivos programas registrados, os partidos se reduzem a estratégias indignas, a serviço de egoísmos disfarçados; e os políticos se desmoralizam."*⁸

⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo. A democracia participativa. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 117, 2005.

6. A segurança jurídica como princípio basilar

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

Em primeiro lugar, há que se assentar que, no ápice da hierarquia axiológica de todas as constituições, figuram alguns princípios, explícitos ou implícitos, identificados e classificados pelo festejado jurista alemão Otto von Bachoff como preceitos de caráter pré-estatal, supralegal ou pré-positivo, que servem de paradigmas às demais normas constitucionais sob pena de carecerem de validade.⁹

⁹ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Atlântida Editora, 1977. p. 62-64.

Dentre esses princípios sobressai o da segurança, que serve de fundamento à própria gênese do Estado. Com efeito, pelo menos desde meados do século XVII, com o famoso *Leviatã* de Thomas Hobbes, incorporou-se à Teoria Política a convicção de que, sem segurança, não pode existir vida social organizada, razão pela qual passou ela a constituir um dos valores sobre os quais assenta o próprio pacto fundante da sociedade estatal.

Entre nós, entre as cláusulas pétreas, listadas no artigo 60, § 4º, da Carta Magna, destaca-se a proteção que o constituinte originário conferiu aos direitos e garantias individuais, em cujo cerne encontram-se o direito à vida e à segurança, expressamente mencionados no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, sem os quais nenhum outro direito pode ser concebido.

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

Ainda que a segurança jurídica não encontre menção expressa na Constituição, trata-se de um valor indissociável da concepção de Estado de Direito, "já que do contrário" - como adverte Ingo Wolfgang Sarlet - "também o

'governo de leis' (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades".¹⁰

Não é outro o entendimento do Professor José Afonso da Silva, para quem "a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo sem modificar a base legal sob a qual se estabeleceu." ¹¹

A segurança jurídica, pois, insere-se no rol de direitos e garantias individuais, que integram o núcleo imodificável da Constituição, da qual se pode deduzir o subprincípio da *proteção na confiança nas leis*, traduzido, segundo Canotilho,

"...na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesiva da

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.) *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence Carmem Lúcia Antunes Rocha* (Coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 90.

¹¹ Idem, p. 17.

previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos".¹²

Para o constitucionalista português, o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança formula-se da seguinte maneira:

" ... o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nas mesmas normas".¹³

7. Fidelidade partidária: o estado da questão

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

De fato, a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária foi introduzida no Brasil pela Emenda Constitucional 1, editada pela Junta Militar em 17/10/1969, que incorporou ao art. 152, da Constituição de 1967 a seguinte redação:

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 372-373.

¹³ Idem, loc.cit.

"Parágrafo único - Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa."

Entretanto, a Emenda Constitucional 25, 15/5/1985, no espírito da redemocratização que passou a dominar o País, deu nova redação ao artigo 152 da Carta de 1967, suprimindo as hipóteses de perda de mandato por infidelidade partidária, assegurando, ademais, a mais ampla liberdade de criação de partidos políticos, respeitado o regime democrático.¹⁴

A Assembleia Constituinte de 1988, não se afastou do espírito que presidiu a elaboração da EC 25/85, adotada no ambiente da redemocratização, excluindo do rol do art. 55 da Carta Magna, que trata da perda de mandato de Deputado ou Senador, qualquer sanção por infidelidade partidária.¹⁵

14 "Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana (...)"

15 "Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver

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

*"não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, declara vedada a cassação dos direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo."*¹⁶

É que o referido dispositivo veda a cassação de direitos políticos, estabelecendo, taxativamente, as hipóteses de perda ou suspensão nos casos de:

"I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII".

suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º."

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

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

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

(...)

O território da fidelidade partidária não é ilimitado, sendo certo que suas fronteiras derivam também da incidência de outros dispositivos da Constituição Federal. Apenas uma interpretação sistemática da Constituição é capaz de ilustrar os verdadeiros contornos do instituto. Qualquer interpretação isolada do art. 17, § 1º, da Constituição, portanto, implicará a emergência de um sentido falseado do Texto Constitucional e, nomeadamente, das linhas perimétricas do instituto ora em comento".¹⁷

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

"MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. - Em

¹⁷ CLÉVE, Clèmerson Merlin. Novo regime constitucional dos partidos políticos. Fidelidade partidária. Partidária vinculando votação em processo de impeachment. Revisibilidade dos atos partidários pelo judiciário. Competência da Justiça Eleitoral. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, N. 24, p. 217-218, 1998.

que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. - a inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da constituição e da lei, aos respectivos suplentes. - mandado de segurança indeferido."

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

"Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças ao voto da legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, 'a'; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato a que alude o artigo 55".

À ocasião o Ministro Sepúlveda Pertence declarou:

"Continuo a pensar, Senhor Presidente - cada vez que vejo a dedução das razões da posição oposta mais me convenço de que se funda ela na idealização e no transplante, para o nosso regime positivo de representação proporcional, de uma ortodoxia do sistema, pensada em termos abstratos, que a nossa Constituição não conhece. Ortodoxia que se manifesta nesta Casa, que se manifestou no desenvolvimento das discussões do caso precedente, através do eminente Ministro

Paulo Brossard, quando S.Exa. acabou por declinar que, para ele, o sistema iria ao ponto de sancionar com a perda do mandato também o titular que se desvinculasse da legenda pela qual se elegeu. No entanto, na minha convicção restou inabalada, com todas as vênias, a premissa de que parti: a falta, em nosso direito constitucional vigente, de base para decretar a perda de mandato de titular, convicção que agora acaba de receber valiosos subsídios do eminente Ministro Moreira Alves."

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

"Mandado de Segurança. 2. Eleitoral. Possibilidade de perda de mandato parlamentar. 3. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição. 4. Controvérsia que se refere a Legislatura encerrada. Perda de objeto. 5. Mandado de Segurança julgado prejudicado."

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

"Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente."

8. Procedimento de mudança de partido na Justiça

Eleitoral

Ademais, ao contrário do que se possa imaginar, os políticos de um modo geral e os parlamentares que figuram como litisconsortes neste *mandamus*, não trocaram de partido às escondidas, clandestinamente, mas mediante comunicação oficial à Justiça Eleitoral, nos termos da legislação aplicável à espécie.

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

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

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

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

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

Forçoso é convir, pois, que o procedimento de mudança de partido por candidatos eleitos não sofreu qualquer restrição por parte Justiça Eleitoral desde a Emenda Constitucional 5/1985, que, como visto, no espírito da redemocratização, suprimiu a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária da Carta de 1967, entendimento esse mantido na Constituição de 1988, cumprindo registrar que essa prática encontrava amparo não só na doutrina dominante, como também em assentada jurisprudência desta Suprema Corte.

Apenas na Sessão de 27/3/2007 é que o Tribunal Superior Eleitoral manifestou-se sobre o tema, ao responder

afirmativamente à Consulta 1.398/DF, consubstanciada na Resolução 22.526/2007.

9. Mudança de partido e proteção da confiança

Durante mais de 20 anos candidatos eleitos mudaram de agremiação partidária, sem qualquer restrição, seja por parte dos partidos políticos, incumbidos de regular a matéria em seus estatutos, por força de previsão constitucional (art. 17, § 1º, da CF), seja por parte da Justiça Eleitoral, que sempre se conformou ao entendimento doutrinário e jurisprudencial prevalente.¹⁸

Não é por outra razão que Karl Larenz, ao tratar da importância dos precedentes pretorianos e da construção daquilo que denomina "*Direito judicial*", lembra que:

"(...) existe uma grande possibilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das firmas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado

¹⁸ MS 20.916, Rel. Min. Carlos Madeira; MS 20.927, Rel. Min. Moreira Alves; MS 23.405, Rel. Min. Gilmar Mendes.

*grande, serão considerados, decorrido largo tempo, Direito vigente. Disto se forma em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito legal, um Direito judicial (...)."*¹⁹

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

Não se propugna com isso, é evidente, a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da atividade legislativa, pois as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e ao devir histórico. Mas é preciso que respeitem as situações consolidadas, sob pena de grave solapamento da confiança dos cidadãos nas instituições.

10. Das possíveis conseqüências da retroação da Resolução do TSE

¹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 521-522.

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

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

(...)

*Um total de 138 congressistas (16,3% entre os migrantes) trocou de partido pelo menos duas vezes em uma mesma legislatura, outros 3,5% (30 deputados) pelo menos três vezes, enquanto dez congressistas migraram quatro vezes. Uma vez computadas todas as mudanças realizadas pelos deputados, chega-se a um total de 1035 migrações."*²⁰

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

De fato, a confirmar essa hipótese, observa o Relator da Consulta formulada ao TSE, o Ministro César Asfor Rocha, o seguinte:

²⁰ MELO, Carlos Ranulfo F. Migração Partidária na Câmara dos Deputados. Causas, conseqüências e possíveis soluções. In: BENEVIDES, Maria Victória; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (Orgs.). São Paulo: Perseu Abramo, 2003. p. 322.

"Um levantamento preliminar dos Deputados Federais eleitos em outubro de 2006 mostra que nada menos de trinta e seis parlamentares abandonaram as siglas partidárias sob as quais se elegeram; desses trinta e seis, apenas dois não se filiaram a outros grêmios partidários e somente seis se filiaram a Partidos Políticos que integraram as coligações partidárias que os elegeram."

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

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

Acontece que, desde o advento da Constituição de 1988, até a presente data, foram aprovadas nada menos do que 55 Emendas ao Texto Constitucional vigente. Muitas

delas tratam de questões da mais alta importância, de direitos e garantias fundamentais, da reestruturação das instituições políticas nacionais e da criação ou modificação de tributos, dentre outros temas relevantes.

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

Mesmo a aprovação de leis complementares e ordinárias, bem como a deliberação acerca de medidas provisórias exigem o cumprimento de ritos próprios em que a participação individualizada de cada parlamentar, nas comissões permanentes e nas sessões plenárias, constitui condição essencial para a higidez do processo legislativo.

Se levarmos às últimas conseqüências, repito, o entendimento consubstanciado na Resolução nº 22.526/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, segundo a qual a perda de mandato por infidelidade partidária decorreria implicitamente do texto constitucional, vigente desde 5 de outubro de 1988, certamente nos veremos a braços com um

problema, para dizer o mínimo, de difícil solução, representado pelo exercício ilegítimo do mandato por parte de todos os parlamentares que migraram de partido desde então.

Com efeito, não haveria como fugir da conclusão, imposta por via de consequência lógica, que seriam nulos todos os atos por eles praticados durante o período que exerceram o mandato de forma ilegítima, o que inclui, além das mudanças constitucionais e legislativas das quais foram protagonistas, aqueles que praticaram no desempenho de funções de natureza administrativa em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Não se pode excluir, ademais, a possibilidade de que muitas das emendas constitucionais hoje vigentes não lograriam atingir o *quorum* mínimo de 3/5 de votos necessários para a sua aprovação, caso se excluam aqueles atribuíveis aos mandatários ditos infiéis, sendo, pois, incomensurável o grau de incerteza e de insegurança jurídica que essa constatação poderia acarretar.

11. Da ausência de direito líquido e certo

Ora, quando se cogita de fidelidade partidária há de se ter em mente não apenas a exigência de que os membros

do partido adiram à ideologia e às diretrizes programáticas da agremiação, mas também que esta se mantenha fiel aos ideais explicitados nos respectivos estatutos, propiciando, ademais, aos seus filiados um tratamento equânime no que toca às oportunidades de participação nas disputas por espaços na própria estrutura de poder da entidade ou por cargos eletivos nas eleições proporcionais ou majoritárias.

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

*"Algumas **exceções** devem, contudo, ser asseguradas em homenagem à própria necessidade de resguardo da relação eleitor-representante e dos princípios constitucionais da liberdade de associação e de pensamento. São elas, v.g., a existência de **mudança significativa de orientação programática do partido**, hipótese em que, por razão intuitiva, estará o candidato eleito autorizado a desfiliar-se ou transferir-se de partido, conservando o mandato. O mesmo pode dizer-se, mutatis mutantis, em caso de comprovada **perseguição** política dentro do partido que abandonou" (grifos no original).*

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

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

No mesmo sentido, o Projeto de Lei Complementar 35/2007, do Deputado Luciano Castro (PR), aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 14/8/2007 por 282 (duzentos e oitenta e dois votos) a favor, 34 (trinta e quatro) contra e 3 (três) abstenções, estabelece algumas situações em que não se aplica a fidelidade partidária:

"Art. 3º. As disposições desta Lei Complementar não se aplicam nos seguintes casos:

I - demonstração de descumprimento pelo partido do programa ou do estatuto partidários registrados na Justiça Eleitoral;

II - prática de atos de perseguição política no âmbito interno do partido em desfavor do ocupante de cargo eletivo, objetivamente provados;

III - filiação visando à criação de novo partido político;

IV - filiação visando a concorrer à eleição na mesma circunscrição, exclusivamente no período de 30 (trinta) dias imediatamente anterior ao término do prazo de filiação que possibilite a candidatura;

V - renúncia do mandato."

Verifica-se, desse modo, que determinadas circunstâncias justificam a mudança de legenda pelo

candidato eleito, exigindo, antes que se conclua pela afronta ao princípio da fidelidade partidária, que lhe seja assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa previsto no texto magno, os quais constituem o núcleo do devido processo legal previsto na Carta Magna, que, em sua dimensão substantiva, atua por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ocorre que a via judicial eleita pelos partidos impetrantes não admite, segundo a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, a instrução probatória. É que o *direito líquido e certo* consiste em pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança.²¹

Com efeito, segundo ensina Celso Ribeiro Bastos,

" ... o *direito líquido e certo* é conceito de ordem processual, que exige a comprovação dos pressupostos fáticos da situação jurídica a preservar. Conseqüentemente, *direito líquido e certo* é *conditio sine qua non* do conhecimento do mandado de segurança, mas não é *conditio per quam* para a concessão da providência judicial."²²

Assim, para que se determine a perda de mandato dos parlamentares eleitos que mudaram de legenda, é

21 RTJ 133/1314, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

22 BASTOS, Celso Ribeiro. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 15.

necessário verificar-se, antes, em respeito ao devido processo legal previsto na Constituição Federal, os motivos que levaram o parlamentar a trocar de partido ou em que condições isso ocorreu.

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

Ressalte-se que esta Suprema Corte, em sucessivas decisões, assinalou que o direito líquido e certo, capaz de autorizar o ajuizamento do mandado de segurança, "é, tão-somente, aquele que concerne a fatos incontroversos, constatáveis de plano, mediante prova literal inequívoca" (RE 269.464-DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Por isso mesmo o Ministro Celso de Mello, nos autos do MS 22.695, consignou o seguinte:

"Essa orientação jurisprudencial nada mais reflete senão o magistério da doutrina, que acentua a incomportabilidade de qualquer dilação probatória no âmbito do mandado de segurança, cuja utilização supõe - insista-se - a produção liminar, pelo impetrante, das provas literais pré-constituídas, destinadas a evidenciar a incontestabilidade do direito público subjetivo invocado pelo autor da ação mandamental" (grifos no original).

Observo, portanto, que não há como se determinar a sanção da perda de mandato dos parlamentares eleitos - como ressaltado pelo Procurador-Geral da República -, sem instrução probatória que esclareça a real motivação que culminou no abandono da legenda.

12. Conclusão

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