



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**VANESSA MASCARENHAS SILVA**

**A TENSÃO ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E  
JUDICIÁRIO: O ATIVISMO JUDICIAL NO CASO DE  
INFIDELIDADE PARTIDÁRIA FRENTE À RESOLUÇÃO Nº  
22610/2007 DO TSE**

Salvador  
2023

**VANESSA MASCARENHAS SILVA**

**A TENSÃO ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E  
JUDICIÁRIO: O ATIVISMO JUDICIAL NO CASO DE  
INFIDELIDADE PARTIDÁRIA FRENTE À RESOLUÇÃO Nº  
22610/2007 DO TSE**

Monografia apresentada ao curso de  
graduação em Direito, Faculdade Baiana de  
Direito, como requisito parcial para obtenção do  
grau de bacharel em Direito.

Orientador: Gabriel Dias Marques da Cruz

Salvador  
2023

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**VANESSA MASCARENHAS SILVA**

**A TENSÃO ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E  
JUDICIÁRIO: O ATIVISMO JUDICIAL NO CASO DE  
INFIDELIDADE PARTIDÁRIA FRENTE À RESOLUÇÃO Nº  
22610/2007 DO TSE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2023.

*À minha família, por ser minha fonte de amor e apoio. Dedico especialmente este trabalho de conclusão de curso ao meu pai, por ser um grande político e me fazer ser uma entusiasta do Direito Eleitoral.*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por ser fonte inesgotável de amor e de força. Tenho em mim sempre, que Deus honra com aqueles que os honram.

Agradeço aos meus pais, Marquinhos e Aninha, por não medirem esforços para as minhas conquistas e por todo amor que me oferecem. Devo tudo para vocês!

Agradeço a minha irmã, Amanda, por todo cuidado, preocupação e zelo que tem por mim. Tenho sorte de tê-la como irmã.

Agradeço aos meus quatro avós: Dete, Maria, José e Osvaldo, por serem tão preciosos na minha vida, sou muito privilegiada em ter vocês quatro até hoje.

Agradeço ao meu professor orientador, Gabriel Dias Marques da Cruz, por toda atenção e ensinamentos. Tive a sorte de ser aluna de Gabriel nas matérias de Ciência Política e Direito Constitucional II. Admiro profundamente sua didática, gentileza, sensibilidade e, sobretudo o senso crítico. Com certeza, é um professor que ficará marcado em minha vida.

Agradeço também a todos os professores que passaram por minha vida. Vocês foram importantes em minha trajetória.

Agradeço aos professores Geovane Peixoto, Jaime Barreiros, Maurício Requião e Matheus Galdino, por contribuírem com o meu senso crítico durante meu período de faculdade. Foi um prazer ter sido aluna de todos vocês.

Agradeço aos Drs. Lucas Ribeiro e Gabriel Andrade, por serem grandes exemplos de advogados e contribuírem com meu aprendizado na prática, na área Eleitoral.

Agradeço aos meus colegas, que se tornaram grandes amigos. Vocês tornaram a caminhada mais leve. Sorte a minha em ter conhecido pessoas tão especiais!

Agradeço a Gustavo Dourado, Flávia Carolina, Raul Costa, Nara Tinoco e Sol Flores por todo apoio que me deram nesse TCC. Vocês me ajudaram demais!

Por fim, agradeço a minha pessoa por todo o comprometimento, dedicação e responsabilidade que tive para com esta pesquisa.

Valeu a pena!

*“Valeu a pena? Tudo vale a pena  
Se a alma não é pequena.  
Quem quer passar além do Bojador  
Tem que passar além da dor.  
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,  
Mas nele é que espelhou o céu”.*  
- Fernando Pessoa.

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar a perda do mandato em razão da infidelidade partidária, frente à Resolução 22.610/07 do TSE, mais precisamente no que diz respeito ao ativismo judicial do TSE ao criar uma nova hipótese, uma vez que a CRFB/88 é taxativa e elenca as causas no art. 55. As questões suscitadas referem-se à garantia da separação de poderes, instituída como cláusula pétrea no art. 60, §4º, III, CRFB/88, a taxatividade dos artigos 17 e 55 da CRFB/88, bem como a crítica da figura do Judiciário como legislador positivo, trazendo inovações na ordem jurídica. O objetivo proposto foi descrever um pensamento crítico acerca do tema abordado. Neste trabalho, portanto, serão analisados os julgamentos dos Mandados de Segurança 26.603 e 26.604 do STF, a Resolução 22.610 do TSE, as visões favoráveis e contrárias à perda de mandato em razão da infidelidade partidária, os desdobramentos do ativismo judicial e as visões positivas e negativas sobre a postura do Judiciário no tocante, sobretudo, às matérias políticas. A pesquisa foi realizada por meio de levantamento bibliográfico e documental, em artigos, leis, resoluções e decisões dos tribunais brasileiros. Conclui-se que o tema abordado na presente pesquisa desperta repercussões no ordenamento jurídico, visto que a posicionamento do TSE, por meio da Resolução 22.610, gera celeuma doutrinária.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Separação de poderes. Ativismo judicial. Infidelidade partidária.

## ABSTRACT

This paper seeks to analyze the loss of office due to party infidelity, facing the TSE Resolution 22.610/07, more precisely with regard to judicial activism of the TSE by creating a new hypothesis, since the CRFB/88 is taxative and lists the causes in art. 55. The questions raised refer to the guarantee of the separation of powers, instituted as a fundamental clause in art. 60, §4, III, CRFB/88, the taxativity of articles 17 and 55 of CRFB/88, as well as the criticism of the figure of the judiciary as positive legislator, bringing innovations in the legal order. The proposed objective was to describe a critical thought about the approached theme. In this work, therefore, will be analyzed the judgments of the Injunctions 26.603 and 26.604 of the STF, Resolution 22.610 of the TSE, the views in favor and against the loss of mandate due to party infidelity, the developments of judicial activism and the positive and negative views on the posture of the judiciary regarding, above all, political matters. The research was carried out by means of a bibliographical and documental survey of articles, laws, resolutions, and decisions from Brazilian courts. We conclude that the theme addressed in this research has repercussions in the legal system, since the position of the TSE, through Resolution 22,610, generates doctrinal confusion.

**Keywords:** Federal Constitution. Separation of powers. Judicial activism. Party infidelity.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
MS	Mandado de Segurança
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 DA SEPARAÇÕES DE PODERES.....</b>	<b>14</b>
2.1 DO CONCEITO E DA VISÃO DE MONTESQUIEU.....	14
2.2 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS ( <i>CHECKS AND BALANCES</i> ).....	21
2.3 ORGANIZAÇÃO DO ESTADO.....	26
<b>3 ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>34</b>
3.1 ORIGEM DO ATIVISMO.....	34
3.2 CASO <i>MARBURY vs. MADISON</i> .....	36
3.3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	38
3.4 PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE ÀS MATÉRIAS POLÍTICAS.....	40
<b>4 INFIDELIDADE PARTIDÁRIA.....</b>	<b>48</b>
4.1 DA TAXATIVIDADE DOS ARTIGOS 15 E 55 DA CRFB/88.....	52
4.2 DOS JULGAMENTOS DOS MANDADOS DE SEGURANÇA FEITO PELO STF SOB OS NÚMEROS 26.603 E 26. 604.....	55
4.3 A FIDELIDADE PARTIDÁRIA E A PROBLEMÁTICA QUE ENVOLVE A RESOLUÇÃO Nº 22.610/07 DO TSE.....	62
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>74</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial no caso de infidelidade partidária frente à Resolução 22.610/07 do TSE é o tema desta presente pesquisa. A delimitação da temática surgiu a partir de observação da Resolução 22.610 do TSE, dos Mandados de Segurança 26.603 e 26.604 julgados pelo STF e por doutrinadores que abordam sobre a matéria em questão.

Uma postura ativista, é aquela que, no exercício da sua competência, o Poder Judiciário ultrapassa os limites impostos pela Norma Maior, tendo assim, uma expansão das suas competências e uma maior interferência nos outros poderes, sobretudo, no poder Legislativo.

No que concerne à infidelidade partidária, afirma-se que o Judiciário teve uma postura de legislador positivo, visto que ampliou o alcance de uma norma constitucional à uma situação que não estava enquadrada no Texto Constitucional, neste caso, afirma-se que o art. 55 da CRFB/88 não prevê a perda do mandato nos casos de infidelidade partidária, o TSE, por meio de consultas e questionamentos, regulamentou a Resolução 22.610/2007 entendendo que a infidelidade partidária seria hipótese da perda de mandato.

O objetivo desta pesquisa é analisar a perda do mandato por infidelidade partidária que foi regulamentada por meio de uma Resolução nº 22.610/2007 do TSE, à luz de um olhar crítico do ativismo judicial.

Segundo Barros e Lehfeid (2007, pg. 11), a pesquisa bibliográfica é utilizada quando se pretende adquirir conhecimentos a partir do uso de informações retiradas de material informatizado. Desse modo, houve a busca por diversos artigos científicos, resoluções e decisões dos tribunais brasileiros, através de sites especializados nas buscas acadêmicas, bem como sites do STF e TSE. É, portanto, um trabalho de natureza exploratória, em que propicia bases teóricas para auxiliar no exercício reflexivo e crítico sobre o tema em estudo.

É importante afirmar que a presente pesquisa apresenta importância sociojurídica. No que concerne ao ponto de vista jurídico, afirma-se que é visível a posição ativista do Poder Judiciário. Nesse sentido, as matérias nitidamente políticas, ou melhor, das questões políticas propriamente ditas, não têm mais como âmbito apenas o Parlamento, há um certo protagonismo do Judiciário nessas matérias.

No tocante aos partidos políticos e ao Direito Eleitoral, o ativismo judicial é ainda mais evidente, em especial por causa da possibilidade de o TSE emitir respostas a consultas de agentes e agremiações políticas, assim como editar resoluções no tocante ao disciplinamento do processo eleitoral.

Nessa égide, é de fundamental importância analisar as questões subjacentes à fixação judicial da fidelidade partidária, de modo a perquirir, entre outras questões, se o Poder Judiciário tem legitimidade democrática para atuar no âmbito político e se houve ou não extrapolação dos limites jurisdicionais, com violação do Princípio da Separação de Poderes, ao impor a perda de mandato representativo do político infiel.

Do ponto de vista social, é primordial ter um senso crítico para entender as competências reservadas para cada poder bem como o respeito aos limites instituídos pela CRFB/88. É imperioso ter uma análise crítica sobre o impacto da referida Resolução frente aos postulados e mandamentos constitucionais.

Do ponto de vista técnico, este trabalho se utilizará de pesquisas bibliográficas, interpretação de legislações, decisões e argumentos de diversos juristas. A abordagem do problema será de forma qualitativa, para visar a interpretação, compreensão e análise crítica do ativismo judicial frente à Resolução 22.610 do TSE. No tocante ao mérito, afirma-se que este será o hipotético-dedutivo, de Karl Popper, o qual objetiva uma solução para o problema de pesquisa, através da dedução, com tentativas, hipóteses que poderão ou não ser falseadas e teorias.

No que concerne à estrutura, esta monografia contará com cinco capítulos, um capítulo de introdução, três capítulos de desenvolvimento e um capítulo de conclusão.

O primeiro capítulo terá como objetivo apresentar o Princípio da Separação de Poderes, com base na visão de Montesquieu, bem como descrever as competências de cada Poder no Estado Democrático de Direito e abordar o Sistema de Freios e Contrapesos.

Já o segundo capítulo irá expor sobre algumas abordagens do ativismo judicial - a origem terminológica em Arthur Jr, o caso *Marbury vs. Madison*, o ativismo judicial no Brasil, e o protagonismo do Poder Judiciário frente às matérias políticas.

O último capítulo de desenvolvimento irá apresentar no primeiro tópico o conceito e dos desdobramentos da infidelidade partidária, logo em seguida a taxatividade do art. 15 e 55 da CRFB/88, sucederá o julgamento do Mandado de Segurança, realizados pelo STF, sob os números 26.603 e 26.604, por último, a fidelidade partidária e a problemática que envolve a resolução nº 22.610 do TSE.

Por fim, será apresentada a conclusão, abordando uma análise crítica da presente pesquisa.

## 2 DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Para melhor abordagem do tema, é necessário, no primeiro momento, compreender a Separação de Poderes, com base na visão de Montesquieu, bem como descrever as competências de cada Poder no Estado Democrático de Direito e abordar o Sistema de Freios e Contrapesos.

### 2.1 DO CONCEITO E DA VISÃO DE MONTESQUIEU

Como ponto de partida da presente pesquisa, é válido compreender que a Teoria da Separação de Poderes tem representado um papel basilar no Estado Constitucional de Direito. É importante afirmar, com base nas lições do professor Dirley da Cunha Jr, que o Estado é uno e indivisível. A divisão refere-se às funções, competência compreendidas por representantes distintos, para uma melhor organização do Estado:

O poder político, como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, uma vez que aquela “capacidade de impor”, decorrente de seu conceito, não pode ser fracionada. Embora realidade única, ele manifesta-se por meio de funções, que são, fundamentalmente, de três ordens, a saber: a executiva, a legislativa e a judiciária. (CUNHA JÚNIOR, 2013, pg. 522).

Considerando a visão do jurista, extrai-se que a repartição é apenas das funções entre Legislativo, Executivo e Judiciário para que haja um melhor desenvolvimento de cada um dos poderes, respeitando a independência e harmonia, mas o poder do Estado em si é uno e indivisível, caracterizado por sua soberania, nos termos do art. 1º, I, CRFB/88.

A Separação de Poderes tem como um dos objetivos a descentralização de poder, a fim de que não haja abuso, como o que ocorreu no Estado absolutista, o qual todo poder concentrava-se na mão do rei.

Faz-se mister deixar claro que, embora este princípio tenha sido sistematizado na obra de Montesquieu, outros pensadores abordaram também os fundamentos trazidos por tal princípio.

Nesse sentido, para um melhor entendimento, é imperioso analisar a evolução dessa teoria, em vista disso destaca-se a visão de Aristóteles, John Locke e Montesquieu, a fim de que se compreenda os preceitos sustentados por cada um

deles em suas respectivas épocas históricas, levando em consideração valores históricos e culturais, como bem foi defendido por Nicolai Hartmann:

A cambiante validez de determinados valores em determinado tempo não significa seu nascer e perecer ao correr da história. O câmbio não é a mutação dos valores, mas mudança de preferência que prestam determinadas épocas a determinados valores. (HARTMANN, 1986, pg. 23).

Aristóteles, filósofo grego (384 a.C.-322 a.C.), em sua obra, “A Política”, apresenta não só os poderes políticos e suas características, mas também a forma como as autoridades judiciárias e administrativas se comportam e se estruturam. Em se tratando de governo, o nobre filósofo defende que o governo é o exercício do poder supremo do Estado, o qual teria três poderes.

No livro III, capítulo X da referida obra, o pensador apresenta quais são os poderes e suas respectivas atribuições, sendo papel do legislador organizá-lo da forma mais alinhada, sendo assim, teria um governo próspero. Aristóteles defende que “é nas Constituições que estão distribuídos ou ordenados os Poderes que existem num Estado, isto é, “a maneira como são divididos, a sede de soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil”. (1991, p. 132).

Analisando a visão do filósofo grego, entende-se que a Constituição é a norma pelo qual são definidos os poderes, a sua estrutura e funções, tentando evitar assim, a concentração de poder em uma única autoridade.

John Locke, filósofo inglês nascido no século XVII, sustenta que no estado de natureza, cada indivíduo teria um poder executivo da lei da natureza, sendo que cada homem era o juiz de causa própria.

Ao reconhecer esse estado e a lei natural como fundamentos de seu pensamento político, sustentado em sua obra “Dois Tratados sobre o Governo Civil”, de 1690. Locke defende o poder político como uma procedência dos dois poderes concernentes ao homem em seu estado natural e não como um poder originário. Nesse sentido, Locke considerava o Poder Legislativo como supremo, pois entendia que por ser um poder que criava as leis devia ser superior ao poder de quem as executava, além disso, esses poderes não poderiam ser exercidos pela mesma pessoa, sob a consequência de incorrer em arbitrariedades.

Sobre esse Poder Supremo, o filósofo defende:

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados. (1994, pg. 165).

Não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar à lei à sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo. (1994, p.170).

Na visão de LOCKE, o Poder Legislativo mesmo dotado da característica em ser supremo, teria limites, um dos principais limites seria o bem público, não podendo ser jamais um poder arbitrário.

Sobre o Poder Judiciário, o referido autor ainda sustenta que não há diferença entre o Poder Judiciário e Legislativo, pois este último já estava incluído no primeiro, visto que a atribuição do juiz imparcial é efetivada por aqueles que fazem as leis. Norberto Bobbio defendeu que a Teoria de Locke não guarda relação com o equilíbrio entre os poderes, visto que o Poder Legislativo é forçosamente superior aos outros:

A teoria de Locke nada tem a ver com a teoria da separação de poderes e do equilíbrio entre os poderes, mas de separação e de subordinação. É o que se depreende da afirmação de que o Poder Executivo deve estar subordinado ao Poder Legislativo e de que as “ofensas sofridas por algum membro dessa sociedade política” serão julgadas ou por magistrado designado pelo Poder Legislativo ou pelo próprio Poder Legislativo. (BOBBIO, 1997, p. 223).

Conforme as lições de Norberto Bobbio na obra “O Futuro da Democracia”, de 1984, percebe-se que o autor apresenta a visão da separação de poderes como um dos pilares da democracia. Sustenta ainda que esse princípio é de grande importância na defesa da liberdade e nos direitos sociais dos cidadãos, evitando a centralização nas mãos de um único indivíduo.

Por sua vez, Montesquieu, filósofo iluminista, nascido em 18 de janeiro de 1689, tem como uma de suas principais obras – “O Espírito das Leis”, publicada em 1748. A grandiosa obra é considerada um dos livros fundamentais do Iluminismo, sendo a base da divisão política moderna dos três poderes.



Para Montesquieu (2000, p. 168), o governo é classificado em republicano, quando o poder soberano é de todos (democracia) ou só de uma parte do povo (aristocracia); governo monárquico, caracterizado quando somente um governa por meio de leis fixas e, por último, o governo despótico, o qual há apenas um governante também, contudo sem seguir regras e leis, regido por suas vontades.

Já o Estado é dividido em três poderes: Poder Legislativo; o Poder Executivo das Coisas (propriamente dito) e o Poder Executivo dependente do direito civil (poder de julgar). Para ele, esses poderes deveriam ter suas competências divididas, a fim de que não houvesse abusos entre um e outro. Na visão dele:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 2000, p.168).

À luz do pensamento do Francês, cada órgão ou poder é independente a ponto de não interferir nas atribuições dos demais, porém dotado de suficiente autoridade para impedir abusos de poder. Esse recíproco controle de competência, cujo objetivo é impedir que um poder prevaleça aos outros, é conhecido como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Para Montesquieu, as funções de cada poder seriam:

Possui a função de julgar demandas particulares e punir crimes, razão pela qual deve ser neutro e baseado exclusivamente na vontade da lei. O Executivo, por sua vez, seria aquele que executaria as leis, sendo um administrador do Estado, principalmente no que tange à sua representação, devendo ser exercido por somente uma pessoa não retirada do Legislativo, para que, assim, decisões rápidas possam ser tomadas e haja controle sobre a instituição legisladora. O Legislativo, por fim, tem como objetivo constituir novas leis e corrigir as que já estão feitas, sendo dividido em duas câmaras: câmara alta e câmara baixa. Esta se refere à representação do povo. Aquela, em contraposição, visa limitar o poder dado aos representantes do povo, razão pela qual sua constituição se destina aos nobres. (MONTESQUIEU, 2007, pg. 166).

Desta forma, Montesquieu visa a impedir que o Estado e os cidadãos sejam prejudicados pelo artifício da satisfação do bel-prazer, das vontades gerais e/ou particulares de um determinado indivíduo nas mãos do qual se concentram todas as magistraturas – integralidade dos Poderes – reunindo em si todos os grandes cargos do Estado.

Faz-se mister atentar que, apesar do grandioso filósofo ter atribuído o poder de julgar ao Judiciário, é notório o caráter secundário dado por ele ao referido poder:

“Dos três poderes que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois. E, como estes têm necessidade de um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito”. (MONTESQUIEU, 2007, pg. 173).

Para Montesquieu, a função jurisdicional não possui significativa relevância, e jamais poderia impor aos demais poderes limitações, exceto as que não fossem decorrentes da própria separação. O filósofo sustentava que os poderes políticos eram o Legislativo e o Executivo, pois estes vivem em uma balança procurando o equilíbrio.

É imperioso afirmar que as lições trazidas pelo francês trouxeram significativas repercussões por toda Europa Continental, e nos Estados Unidos, criou-se o sistema de freios e contrapesos, consolidando assim, a Teoria da Separação de Poderes. Além disso, essa teoria se fez presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, conforme o art. 16: “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes, não tem constituição”. (FRANÇA, 1789).

A partir daí, esse precioso princípio passou a ser elemento essencial e caracterizador das constituições dos Estados Democráticos. Para MEDEIROS:

[...] o princípio da separação dos poderes assumiu uma posição de destaque nas constituições liberais escritas, chegando a ser considerado condição da própria existência de uma Constituição, como se infere do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem constituição”. (2011, pg. 88-89).

O pensamento de Montesquieu foi altamente importante para a elaboração da Constituição norte-americana de 17 de setembro de 1787, a qual os constituintes colocaram como postulado a Teoria da Separação de Poderes, bem como o controle mútuo (*checks and balances*).

Considerando o contexto brasileiro, afirma-se, com base na CRFB/88, que o Brasil é uma República Federativa e tem como fundamento basilar o Princípio da Separação dos Poderes, constituindo assim em um Estado Democrático de Direito. Ressalta-se, ainda, que a teoria citada acima, de Montesquieu, foi adotada pela CRFB/88, consoante o art. 2º.

Preliminarmente é importante entender como que o referido princípio se fez presente na estrutura e organização política do Estado nas Constituições anteriores.

Seguindo a ordem cronológica, a Constituição de 1824, no art. 9º estabeleceu que “a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”. A separação era quadripartida de poderes, seriam eles: Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial. Ressalta-se que o Poder Moderador era considerado como a chave de toda organização política, e era exercido privativamente pelo imperador.

Já a Constituição de 1891, consolidava no art. 15 que “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. (BRASIL, 1981). Na visão do jurista Dirley da Cunha Jr, a maioria da doutrina entende que na prática, o Poder Executivo preponderava sobre os demais poderes, por conta da “ação poderosa” do presidente da República. (2013, p. 532).

Em seguida, a Lei Maior de 1934, art. 3º firmava que “são órgãos da soberania nacional, dentre dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”. Além disso, firmou que era vedado aos Poderes Constitucionais delegar suas atribuições (§1º, art.3º) e que o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro (§2º do art. 3º). O Poder Legislativo nessa Constituição logrou de certo predomínio em relação aos outros, em virtude de o Senado ter tido a atribuição excepcional de fiscalização das atividades do governo. (BRASIL, 1934).

Já a Carta Magna de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, não definiu de maneira expressa o postulado da separação de poderes, somente abordou que:

Art. 38. O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional, com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição. (BRASIL, 1937).

Adiante, a Constituição de 1946, reassumindo o viés Democrático, consolidou em seu art. 36 que “são Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”. (BRASIL, 1946). Para SOUZA:

A Constituição de 1946 tratou de resgatar os valores suprimidos pela Constituição de 1937. Restabeleceu o sistema baseado na ideia de Separação de Poderes e promoveu a aplicação de competências e o fortalecimento do Poder Legislativo. Restaurou também a autonomia dos tribunais, as garantias individuais para os magistrados e assegurou a coisa julgada. (2008, p. 21).

Por conta do golpe militar em 1964 foi outorgada, em 24 de janeiro de 1967 um novo texto constitucional que sofreu influência da Constituição de 1937, a qual era marcada por um viés antidemocrático. Pedro Lenza (2014, pg. 543) sustenta que apesar de ter uma previsão da tripartição de poderes na Carta Constitucional de 1967, na verdade, o poder era concentrado na figura do Executivo, nessa situação, os poderes Legislativo e Judiciários ficavam em segundo plano.

Por fim, a Constituição Democrática e Cidadã de 1988 consagrou de forma expressa, em seu art. 2º, o Princípio da Separação de Poderes. (BRASIL, 1988).

Tendo em consideração tal concepção, é possível inferir que os valores e conceitos formados pela sociedade como um todo passam a ser entendidos e tidos como importantes para o funcionamento do Estado, vinculando-os às diretrizes estabelecidas a partir da Lei Maior. Além de princípio fundamental, insta enfatizar que a Separação dos Poderes assume o status de cláusula pétrea no mesmo diploma legal (artigo 60, §4º, inciso III), compondo o núcleo essencial da Constituição Brasileira, e sendo passível de alteração apenas na hipótese de promulgação de uma nova Magna Carta: “§4º não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes”. (BRASIL, 1988).

No tocante à separação de poderes e o Poder Constituinte estabelece-se que a soberania é o elo que liga estes dois componentes da democracia moderna. Essa soberania consiste em um sistema de governo no qual todo poder emana do povo, pressuposto fundamental previsto na CRFB/88 em seu art. 1º, inciso I: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania”. (BRASIL, 1988).

José Afonso da Silva argumenta que:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência

são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (2013, pg. 123).

Nesse sentido, extrai-se que cada Poder tem autonomia para exercer sua função, mas essa não é absoluta, em casos de abuso no seu exercício, um Poder pode ser controlado pelo outro, a fim de que seja assegurado as garantias constitucionais, é o que se chama de freios e contrapesos, que será abordado no próximo tópico.

Na mesma linha ideológica, Machado Costa expõe:

Além de fundamento do Estado brasileiro, a separação de Poderes é uma cláusula pétrea, como previsto no art. 60, §4º, III. Assim, ao mesmo passo em que é base institucional do Estado de Direito e da Democracia, a separação de Poderes também é intangível, não podendo sequer ser alvo de discussão. (2014, p. 07).

Sendo assim, afirma-se que para que o Princípio da Separação de Poderes seja efetivo conforme os mandamentos constitucionais, é de suma importância que haja uma sintonia e harmonia preconizadas entre eles, ou seja, que as atribuições e competências sejam cumpridas por quem detém papel para isso, só assim, poderá se falar em um efetivo Estado Democrático de Direito.

## 2.2 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS (*CHECKS AND BALANCES*)

Em primeiro plano é necessário fazer uma breve contextualização histórica, sobre o Sistema de Freios e Contrapesos.

É importante, nesse diapasão, expor, com base nos ensinamentos de Flavio Martins, que foi na Inglaterra que esse sistema foi usado pela primeira vez, em virtude da relação entre a nobreza (Câmara dos Lordes), equilibrando as iniciativas de leis da Câmara dos Comuns. No entanto, foi no contexto norte-americano que esse sistema ganhou maior destaque. Nessa linha, defende Flávio Martins:

Embora os poderes sejam independentes e harmônicos, isso não significa que inexista uma interferência entre eles. Há um sistema de controles recíprocos entre os três Poderes, denominado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). A origem de tal sistema é inglesa, por conta do relacionamento entre a Câmara dos Lordes, balanceando os projetos de lei da Câmara dos Comuns. O próprio Montesquieu, em seu *O Espírito das Leis*, referiu-se ao sistema de freios e contrapesos, afirmando

que “isto se dará se elas formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá o direito de frear as delas”. A expressão foi criada no direito norte-americano, máxime com o *judicial review* (a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário), em razão do caso *Marbury v. Madison*. (2022, p. 254).

Desde a independência dos Estados Unidos em 1776, foi estabelecido um sistema legal com o objetivo de trazer estabilidade às instituições, decorrente da influência dos ideais iluministas. Os “pais fundadores” dos EUA, líderes políticos que lutaram na Revolução Americana, delinearam um sistema em que estabelecia que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário fossem equilibrados dentro das suas relações. Assim, sustenta Edson Ricardo Saleme (2022):

[...] os primeiros federalistas americanos se imbuíram de ânimo ao seguir à risca a interpretação de Montesquieu na análise da constituição inglesa e da prática de governo nas colônias americanas. Assim, os delegados da Convenção de Filadélfia concordaram, sem hesitar, que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário deveriam ser separados tanto quanto possível.

A obra, “O Federalista”, de autoria de John Jay, Alexander Hamilton e James Madison, tem grande relevância para o Direito Constitucional e a ciência política, pois os autores demonstraram a importância da teoria da separação de poderes, adaptando a doutrina de Montesquieu para o contexto norte-americano.

CARICATI, GIUBLIN e TORRES (2016), autores da obra, “A Separação dos Poderes e a liberdade jurisdicional”, sustentam que a teoria do *check and balances*, incorporada na Constituição Norte-Americana de 1787, veio a contribuir com a separação de poderes. Seguindo os termos da palavra, argumentam que *Check* se refere à função negativa ou de controle, já o *Balance* tem relação com a harmonia entre poderes, sendo assim, a função positiva.

Na mesma linha, Flávio Martins defende:

Uma das primeiras constituições modernas foi a norte-americana, de 1787, que previu a tripartição de Poderes, embora não tenha sistematizado claramente dessa forma. No seu art. 1º, a Constituição trata de “todos os poderes legislativos” atribuídos a um Congresso bicameral, a ser formado por representantes dos eleitores de cada Estado-membro da União e de representantes dos próprios Estados. Outrossim, no art. 2º, aborda a função executiva, atribuída a um Presidente da República, sem especificação quanto ao modo ou aos limites do seu exercício. Por fim, o art. 3º trata do Poder Judiciário, abordando especificamente a Suprema Corte e remetendo ao Congresso Nacional a atribuição de criar outras cortes. Assim, o constituinte norte-americano fez uma divisão orgânica das funções estatais, mas não construiu as linhas gerais acerca do tema, o que, em razão do

modelo jurídico da common law, ficaria a cargo da jurisprudência. De fato, a separação dos Poderes era uma preocupação do constituinte norte-americano, tanto que Madison escreveu em um dos artigos de O Federalista: “a acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos, ou de muitos, hereditárias, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constituiu a própria definição de tirania”. (2022).

Segundo a visão de Montesquieu, para que conseguisse deslocar governos absolutistas e conseqüentemente evitar que se tivesse formação de normas tirânicas, era de fundamental importância que fosse estabelecida a autonomia e os limites definidos de cada Poder.

É nessa circunstância que se cria o fundamento de que só o poder controla o poder, diante disso, o Sistema de Freios e Contrapesos, no qual cada poder é autônomo e deve exercer suas determinadas funções. Cumpre expor também, que por meio desse Sistema, um determinado poder é passível de controlar os abusos de outro, objetivando o equilíbrio da ordem democrática. O Contrapeso refere-se ao fato de que os poderes têm funções diversas, contudo, são independentes e harmônicos.

Nesse sentido, há uma harmonia entre os poderes, respeitando as competências de cada um. Assim, é que se criou o Sistema de Freios e Contrapesos, ou seja, o controle de um poder em relação ao outro. Sobre esse sistema, SILVA expõe:

Só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro. (2014, pg. 110).

Levando em consideração ao entendimento do autor, extrai-se que a teoria de freios e contrapesos evidencia o respeito às atribuições de cada poder, contudo deve-se considerar a fiscalização mútua de um pelo outro, respaldada em uma Lei Maior.

De acordo com o pensamento de FERREIRA FILHO (2015, pg. 33), a Constituição é um símbolo muito expressivo. Em virtude do seu valor, estabelece uma organização limitativa de poder, nessa linha, o autor defende que não merece

ser denominada de Constituição uma lei que não impeça, bem como não controle os abusos de poder.

No mesmo sentido, Dalmo Dallari aborda sobre o tema:

O sistema de separação de poderes, consagrados nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistemas de freios e contrapesos. (2015, pg. 184-185).

No Estado Constitucional de Direito, SILVA (2014, pg. 112) argumenta que a Constituição se apresenta como uma norma jurídica, não só impõe o modo de produção de leis e atos normativos, mas estabelece limites para o seu conteúdo, além de traçar os deveres do Estado, em prol do cidadão.

Para o ilustre jurista, Dirley da Cunha Jr. (2013, pg. 150), os princípios são normas que expressam as ideias, matrizes ou os valores fundamentais que revestem todo o sistema jurídico, sendo caracterizados como normas jurídicas de otimização.

Nessa seara, DANTAS define os princípios fundamentais como:

Aqueles que revelam a essência do Estado brasileiro e dos valores mais caros ao seu povo, fornecendo aos destinatários de suas normas as diretrizes para a produção e a interpretação de todas as demais normas (constitucionais e infraconstitucionais) que compõem o ordenamento jurídico, garantindo sua unidade e manutenção do Estado Democrático de Direito. (2015, pg. 133).

Considerando os pensamentos dos citados, extrai-se que a Constituição deve ser compreendida como uma Lei Maior fundamental, dotada de supremacia e posição de proeminência.

No tocante ao Princípio da Separação de Poderes, previsto no art. 2º da CRFB/88 considera-se, com base na Lei Maior, que se firma um dos princípios basilares do Estado Brasileiro, sendo tratado inclusive como cláusula pétrea.

Em relação ao Brasil, expõe que esse Sistema de Freios e Contrapesos é apresentado pelo Poder Judiciário, por meio dos seus órgãos, com o objetivo de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, quando estes violarem o texto constitucional ou quando o processo o processo legislativo não for respeitado a formalidade, na violação de interesse público, dentre outras situações.



Nessa linha, apresenta-se o Recurso Extraordinário de Tema 595, o qual o STF argumenta com base no Sistema de Freios e Contrapesos, tratando-se o caso de processo legislativo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 595). DIREITO CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. PROMULGAÇÃO, PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, DE PARTE DE PROJETO DE LEI QUE NÃO FOI VETADA, ANTES DA MANIFESTAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO PELA MANUTENÇÃO OU REJEIÇÃO DO VETO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES OU ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE PROCESSO LEGISLATIVO. REJEIÇÃO DO VETO PELO PODER LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE PROMULGAÇÃO DESSA SEGUNDA PARTE A INTEGRAR A LEI ANTERIORMENTE JÁ PROMULGADA. CARACTERIZAÇÃO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO (ARTIGO 66, § 7º, DA CRFB/88). SITUAÇÃO QUE NÃO INVALIDA A PARTE INCONTROVERSA E JÁ PROMULGADA DO PROJETO DE LEI APROVADO. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. O poder de veto atribuído ao Chefe do Poder Executivo afigura-se como importante mecanismo para o adequado funcionamento do sistema de freios e contrapesos (checks and balances), ínsito a uma concepção contemporânea do princípio da separação dos poderes. 2. A Constituição reconhece que a palavra final em matéria de processo legislativo cabe ao Poder Legislativo, razão pela qual lhe defere autoridade suficiente para rejeitar o veto do Executivo e aprovar o projeto de lei tal como originalmente aprovado (artigo 66, §§ 4º, 5º e 7º, da CRFB/88). 3. A aposição de veto parcial implica o desmembramento do processo legislativo em duas fases distintas, eis que enquanto a parte não vetada do projeto de lei segue para a fase de promulgação, a parte objeto do veto retorna ao Poder Legislativo para nova apreciação, após o que será ou não promulgada, conforme o resultado da deliberação. 4. A rejeição legislativa do veto acarreta o dever de sua promulgação (artigo 66, § 7º, da CRFB/88), cujo descumprimento caracteriza omissão inconstitucional dos Poderes Executivo e Legislativo frente à ausência de encerramento do processo legislativo. 5. A caracterização dessa omissão inconstitucional atrai a possibilidade de controle judicial, todavia revela-se inapta a acarretar a promulgação automática dos vetos parciais derrubados, tampouco macula de inconstitucionalidade a parte anteriormente já sancionada e promulgada. 6. Concluído o processo legislativo quanto a essa parte, a promulgação da parte incontroversa sancionada é medida de rigor, sem que exsurja qualquer vício de inconstitucionalidade, seja pela ausência de violação ao princípio da separação dos poderes, seja pela inexistência de ultraje às normas constitucionais relativas ao processo legislativo. 7. In casu, é constitucional a Lei Municipal 2.691/2007 de Lagoa Santa/MG, eis que quanto à parte inicialmente promulgada foram fielmente atendidas as etapas do procedimento legislativo, suprida a omissão inconstitucional quanto à parte restante pela superveniente promulgação da derrubada dos vetos, por ato posterior do Presidente da Câmara Municipal. 8. Recurso extraordinário provido, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional a promulgação, pelo Chefe do Poder Executivo, da parte incontroversa de projeto de lei que não foi vetada, antes da manifestação do Poder Legislativo pela manutenção ou pela rejeição do veto, inexistindo vício de inconstitucionalidade dessa parte inicialmente publicada pela ausência de promulgação da derrubada dos vetos”.

(STF - RE: 706103 MG, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 27/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/05/2020).

Pode-se concluir, assim, que o Sistema de Freios e Contrapesos tem como objetivo garantir o equilíbrio e a harmonia entre eles, mediante a previsão de interferências legítimas de um Poder sobre o outro, sempre respaldadas nos limites da Lei Maior.

### 2.3 ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Há autores, a exemplo de MARTINS (2022), que argumentam que a expressão separação de poderes em um Estado Constitucional de Direito é descabida, uma vez que o Poder do Estado é uno, indivisível, e o que se repartem são as competências, designadas para órgãos diferentes.

Apesar do citado autor tecer críticas sobre a expressão separação de poderes, é certo que a CRFB/88 no art. 60, §4º, III, consolida que: “a Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III- a separação de poderes”. (BRASIL, 1988).

Sobre o tema, Rodrigo Cesar Rebello Pinho aborda:

A denominação dada ao Título IV da atual Constituição, Da Organização dos Poderes, pressupõe a existência de diversos Poderes. Mas, de acordo com alguns doutrinadores, o poder político do Estado é uno e indivisível. O que se divide não é ele, mas sim as funções estatais básicas, que são atribuídas a órgãos independentes e especializados. O sistema de separação de Poderes é a divisão funcional do poder político do Estado, com a atribuição de cada função governamental básica a um órgão independente e especializado. (2020).

Por meio da compreensão de PINHO, extrai-se que o Poder do Estado é dotado de indivisibilidade, desta forma, somente o Estado é o titular do poder, reconhecido como Soberano.

Na mesma linha, pontua Alexandre de Moraes (2022):

[...] dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito se assenta na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de

separação dos poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos.

Há que se atentar que a cláusula pétrea citada, prevista na Lei Maior, é da Separação de Poderes e não da Tripartição de Poderes, nesse sentido, é possível uma proposta de Emenda Constitucional incrementando cada Poder, como exemplo, se tem a EC nº 45, de 2004, que tratou da Reforma do Poder Judiciário. Além de que se pode ter uma Emenda Constitucional criando um novo Poder, desde que não viole os postulados constitucionais que são a harmonia e independência dos poderes.

Nesse sentido, defende PADILHA (2021):

Emenda Constitucional que crie alguma forma de interferência entre os poderes não ofende cláusula pétrea, vez que é considerada alteração de menor intensidade, isto é, não ofende separação dos poderes, posto que só cria mais uma hipótese de exercício de um sistema de freios e contrapesos já previstos na Constituição [...] contudo, conceder a qualquer dos poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro gera ofensa à cláusula pétrea da separação dos poderes.

Por meio do argumento do autor, entende-se que o art. 60, §4º, III, tem como objetivo evitar o abuso de um poder pelo outro, quando há claro desrespeito à Norma Constitucional.

Assim, por meio dos expostos, pode-se considerar que os atos do poder público devem estar em harmonia com o coletivo, de maneira a permitir o exercício do poder já estabelecido na Carta Magna, respeitando a competência de cada um.

Cada poder presente na CRFB/88 tem funções que são inerentes e próprias, estas são chamadas de funções típicas, por outra vertente, a fim de garantir a independência, harmonia e consonância entre os poderes, a Carta Magna garante também as funções atípicas.

O ministro Alexandre de Moraes (2022) defende a importância dessas funções para que se tenha um desenvolvimento do Estado. Na visão do Excelentíssimo, cada poder possui uma função preponderante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania do Estado, como também de outras funções previstas na Constituição Cidadã, que são as chamadas funções típicas e atípicas.

Antes de apresentar as funções típicas e atípicas de cada poder, bem como exemplos de algumas funções atípicas, é importante abordar o pensamento do jurista Dirley da Cunha Jr., sobre a independência entre os órgãos do Poder Público:

Entretanto, importa deixar bem claro que o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas, sim, a predominância no seu desempenho. Isso significa que, na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas predominantes, denominadas de funções “típicas”, há outras, chamadas de funções “atípicas”, que são realizadas, não prioritariamente, mas sim subsidiariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência. Ora, não seria tolerável, por exemplo, que os Poderes Legislativo e Judiciário, para admitirem seus servidores e administrarem seus próprios serviços e órgãos, devessem esmolar ao Executivo. Demais disso, há casos em que, para o integral desempenho de suas próprias funções típicas, necessite um Poder valer-se, em caráter excepcional e provisório, da função típica de outro Poder. (2013, pg.532).

Em virtude das considerações feitas pelo autor, entende-se que, nos moldes do constitucionalismo, os poderes apresentam as funções típicas e atípicas, sendo assim, não há nenhum poder com exclusividade absoluta. Cada um, portanto, tem a faculdade de decidir sobre os assuntos ligados às suas funções, ou seja, tem o direito de impor por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outro, sendo necessário o respeito aos postulados constitucionais das funções estatais para que se combatam os atos ilegais.

Ao Poder Legislativo, em sua função típica, compete a função de legislar e a fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial e contábil do Executivo, já em sua função atípica de natureza executiva, tem como exemplo a elaboração de seu regime interno, organização dos servidores no que concerne provimento de cargos, licenças a servidores, férias e no tocante a questão judicial, compete ao Senado Federal, o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade, conforme o art. 52, I, CRFB/88.

Sobre a função atípica do Legislativo de natureza executiva, o STF, por decisão da maioria, decidiu que:

Em respeito ao princípio da separação dos Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria interna *corporis*.

No tocante a esse citado poder, sustenta Edson Ricardo Saleme:

Entre as tarefas distribuídas aos Poderes, o Legislativo guarda como principal função a elaboração de normas gerais e abstratas. Contudo, suas

atribuições não se encerram aí. Ele também tem sob sua responsabilidade a fiscalização orçamentária, o julgamento do presidente da República, entre outras funções. Todas elas circunscritas constitucionalmente. (2022)

No contexto brasileiro, o Legislativo, no âmbito federal, é dividido no sistema bicameral, o Congresso Nacional é composto pela Câmara dos Deputados Federais e pelo Senado Federal. Enquanto este representa os estados-membros e o DF, aquele representa o povo. Já em relação às Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Câmaras dos Vereadores, o sistema é unicameral.

O art. 45 da CRFB/88 consolida que a Câmara dos Deputados será representada pelos Estados e o Distrito Federal, de forma proporcional à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições. Já a escolha do Senado é por meio do sistema majoritário, o que vale a votação individual de cada um. O art. 46 da Constituição Federal dispõe que são 3 (três) senadores por Estado e DF, totalizando 81 (oitenta e um), com mandato de 8 (oito) anos e tendo dois suplentes cada.

Ressalta-se que em alguns casos específicos, conforme o texto constitucional, as duas casas: Câmara dos Deputados e Senado Federal se juntam para que ocorra a realização de sessão conjunta.

No tocante ao Poder Executivo, em sua função típica, tem o papel de praticar os atos de chefia do Estado, governo e dos atos da administração, já em sua função atípica de caráter legislativo, o Presidente da República, por exemplo, pode editar Medida Provisória, com força de lei (art. 62, CRFB/88), em relação ao viés jurisdicional, quando o Executivo julga, analisando defesas e recursos administrativos.

O art. 76 da CRFB/88 descreve esse Poder e dispõe que no âmbito federal o Presidente da República é o chefe de Estado e tem o auxílio do Vice-Presidente e dos Ministros de Estado. No âmbito dos Estados-Membros o chefe do poder é o governador com o auxílio dos secretários de Estado, e nos municípios são os prefeitos, que também são auxiliados por secretários, e no DF se tem o governador distrital. Em relação à essa organização constitucional argumenta CHIMENTI:

Assim, a chefia do Poder Executivo é exercida: em âmbito federal, pelo Presidente da República, no âmbito estadual, pelo governador, em âmbito municipal, pelos prefeitos, no âmbito do Distrito Federal, por governador, e no âmbito dos Territórios federais, por governador nomeado pelo Presidente

da República. A investida é política, decorrente de eleições diretas (como regra) e não há relação de confiança que necessite ser estabelecida com o Legislativo ou Judiciário. A Constituição Federal não adotou o sistema de governo parlamentar, remetendo a decisão para um plebiscito realizado em 21 de abril de 1993, que manteve a República presidencialista. (2006, p. 295).

Por meio da abordagem do citado anteriormente, extrai-se que o Brasil adota o sistema presidencialista, ou seja, o chefe de governo também é o chefe de Estado e lidera o poder executivo.

Em relação ao Poder Judiciário, Sylvio Motta (2021) defende que compete a tal Poder principalmente, cumprir e defender a Constituição, sendo que o órgão máximo, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, é o que tem a palavra final sobre a (in) constitucionalidade das leis, além disso, o citado Poder tem o papel de julgar, de acordo com a lei, os conflitos que surgirem na sociedade.

O art. 92 da CRFB/88 enumera os órgãos do Poder Judiciário, são eles:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:  
 I - o Supremo Tribunal Federal;  
 I- A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)  
 II - o Superior Tribunal de Justiça;  
 II- A - o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016)  
 III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;  
 IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;  
 V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;  
 VI - os Tribunais e Juízes Militares;  
 VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.  
 (BRASIL, 1988).

Em sua função atípica de natureza legislativa, apresenta-se que o Poder Judiciário regula o regime interno de seus Tribunais (art. 96, I, “a”, CRFB/88) e a função atípica de caráter executivo, caracteriza-se a concessão de licença, férias aos magistrados e servidores, (art. 96, I, “f”, CRFB/88). (BRASIL, 1988).

O Supremo Tribunal Federal consolidou sua jurisprudência no tocante ao limite da atipicidade de cada poder. Os ministros entenderam que a forma desproporcional na função atípica do poder, é caso de violação ao Princípio da Separação de Poderes. Exemplo disso foi o uso excessivo de Medidas Provisórias do Poder Executivo, não demonstrado no contexto fático os requisitos constitucionais que são, a relevância material e a urgência.

Nessa linha, apresenta-se os entendimentos consolidados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema acima exposto:

A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de checks and balances, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. Cabe ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. (STF-ADI 2213 MC/DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, DATA de Julgamento:04/04/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 23/04/2004).

Por meio da jurisprudência, compreende-se que o ato de legislar de maneira abusiva, pelos representantes do poder executivo tornou-se uma prática reiterada, causando preocupações de ordem jurídica. O STF entendeu que não é cabível a utilização de medidas provisórias, desde que não preenchidos os requisitos constitucionais. Nessa situação, cabe ao Poder Judiciário impedir práticas reiteradas de edição de medida provisória, em matéria legislativa.

Outro exemplo de grande importância de entendimento do STF, refere-se nos limites dados pelo poder Judiciário ao Legislativo. Apresenta-se:

Ementa Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 11, § 7º, da Constituição do Estado de Rondonia. Necessidade de prévia arguição, pelo Poder Legislativo, dos indicados pelo Governador do Estado aos cargos de Presidente e Diretores de Autarquias e Fundações estaduais. Vício de iniciativa. Aplicabilidade, em âmbito estadual, do art. 61, § 1º, da Carta Política, às emendas à Constituição. Inconstitucionalidade formal configurada. Precedentes. Interferência indevida do Poder Legislativo na esfera de atribuições do Poder Executivo. Violação da separação de poderes (art. 2º, CF). Inconstitucionalidade material caracterizada. Precedente. Procedência. 1. As regras inerentes ao processo legislativo, nos termos da jurisprudência desta Casa, são de reprodução obrigatória pelos demais entes da Federação. 2. Aplica-se, em âmbito estadual, o art. 61, § 1º, da Constituição Federal, que consagra reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para iniciar o processo legislativo das matérias nele constantes, inclusive no que diz respeito à iniciativa de emendas às Constituições. Precedentes. 3. Na hipótese em análise, o § 7º do art. 11 da Constituição do Estado de Rondonia, inserido pela Emenda Constitucional 123/2017, inequivocamente, é fruto de proposta de emenda à constituição de iniciativa parlamentar, em manifesta violação do art. 61, § 1º, II, c, da Carta Política federal, porquanto o dispositivo impugnado trata do provimento de cargos da Administração Pública estadual. 4. Nos

termos da jurisprudência mais recente desta Suprema Corte, as Constituições estaduais não podem estabelecer regras que prevejam a submissão das nomeações de dirigentes de autarquias e fundações públicas à prévia aprovação da Assembleia Legislativa, sob pena de violação da separação de poderes (art. 2º, CF). 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Pedido julgado procedente. (STF - ADI: 6775 RO, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 04/11/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 17/11/2021).

No mesmo viés dos entendimentos do STF, entende Dirley da Cunha Jr.:

Se cada função estatal (a legislativa, a executiva e a judiciária) fosse confiada exclusivamente aos órgãos correspondentes (ao Legislativo, Executivo e ao Judiciário, respectivamente), sem a possibilidade de nenhuma participação secundária de qualquer órgão, na função típica ou principal de outro, haveria, sem dúvida, a indesejada separação absoluta ou rígida de funções, que implicaria um isolamento entre estas e a ausência de colaboração, e ainda daquelas limitações recíprocas ou freio e contrapesos “tão necessários à existência de um verdadeiro equilíbrio político e à garantia da liberdade”. Uma doutrina separacionista, que pregue uma divisão absoluta e rígida das funções estatais, por certo não atingirá a plenitude de seus fins. (CUNHA JR., 2013, pgs. 533 - 534).

Nessa égide, observa-se que a grande preocupação é o respeito à Constituição, do equilíbrio político e a fiscalização para o cumprimento com os postulados constitucionais. Desta forma, um olhar do poder como absoluto e sem interferências causaria graves prejuízos tanto no equilíbrio político quanto nas garantias fundamentais da ordem democrática. São ensinamentos de Dirley da Cunha Jr.:

Tudo isso só torna evidente que não é coerente nem factível a manutenção de Poderes independentes e harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções. As funções estatais, como demonstrado, longe estão de ser exclusivas do Poder respectivo. A separação absoluta entre os Poderes não é só impossível- haja vista a unidade do Poder político e a tarefa comum a todos- mas também indesejada, de tal modo que distante de uma separação de Poderes, o que se tem, deveras, é uma verdadeira coordenação ou colaboração ou co-participação entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função de outro, que a conserva a sua, ensejando um bom funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do Poder, e em consequência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum (2013, pg. 533).

Por meio dessas considerações, entende-se que a estrutura dos poderes, adotadas pela Constituição, foi a forma encontrada para organização do Estado a fim de que ele desenvolvesse para uma melhor atuação. Quando o citado diz que a separação absoluta dos poderes é impossível e indesejada, reflete-se ao fato que se



assim fosse possível, o Judiciário não iria atuar nos casos de abuso e contrários ao interesse público.

É importante trazer ao debate a apresentação do artigo, “A última palavra, o poder e a história”, do autor Juliano Zaiden Benvindo. O professor no artigo supracitado, defende que:

Há uma pressuposição generalizada de que as instituições brasileiras, como se observa em importantes democracias do mundo, devem se guiar pela máxima de que existe uma harmonia entre os Poderes e não pode haver um verdadeiro embate entre eles, sob risco de se colocarem em xeque os progressos até então alcançados desde o fim da ditadura de 64. Está escrito em nossa Constituição: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (Art.2º). Assim, acredita-se de antemão, que os Poderes serão mutuamente controlados e controladores (2014, p. 2).

O autor defende ainda que a harmonia deve se valer nas distintas esferas de Poder, e que havendo embates entre eles, colocaria em risco tudo o que foi alcançado após o período ditatorial – o respeito para com todas as instituições.

Por meio desse capítulo foi exposto as noções basilares dos Poderes, conceito, visão dos filósofos, sistema de freios e contrapesos, funções de cada Poder, organização do Estado, entendimentos do STF e os argumentos trazidos por diferentes autores sobre os tópicos discutidos.

Nessa égide, extrai-se que o Princípio da Separação de Poderes existe para que haja um controle de um poder sobre o outro, com o objetivo de que a ordem constitucional seja respeitada com maior efetividade.

No próximo capítulo, será discutido o ativismo judicial. Inicialmente será abordada a origem do ativismo judicial, o caso *Marbury vs. Madison* o ativismo judicial, discutindo: origem da expressão, o próximo capítulo será reservado para discorrer sobre o protagonismo do Poder Judiciário frente às matérias políticas, sucessivamente será apresentado a figura do juiz legislador.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL

O presente capítulo, aborda um breve histórico do ativismo judicial, bem como apresenta o protagonismo do Poder Judiciário frente às matérias políticas.

#### 3.1 ORIGEM DO ATIVISMO

Após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um movimento que ensejou o constitucionalismo democrático, visto que os países aspiravam por uma Constituição a qual fosse dotada de soberania para frear os poderes dos representantes políticos e maximizar os direitos fundamentais dos indivíduos. Nesse contexto, foi atribuído poderes ao Judiciário para que limitasse as atribuições do soberano, a fim de que não houvesse violação à dignidade humana das pessoas.

É certo existirem diversas definições voltadas ao tema do ativismo judicial, não havendo consenso entre estas, porém, alguns conceitos são comuns à maioria dos autores e doutrinadores. À luz da doutrina norte-americana, apresenta-se que a expressão “ativismo judicial” foi usada pela primeira vez pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., historiador norte-americano e crítico social, vencedor duas vezes do prêmio Pulitzer, em um artigo denominado “*The Supreme Court: 1947*”, publicado na Revista Fortune, vol. XXXV, nº 1, em janeiro de 1947. Na presente obra foi abordada a seguinte premissa: à medida que uma Corte se apresenta como uma instituição essencial para a sociedade, nas garantias dos direitos fundamentais, fica, conseqüentemente, submetida à julgamentos críticos sobre seus posicionamentos, relações internas e externas.

Na referida obra foi analisada a Suprema Corte de 1947, composta por magistrados classificados nas seguintes categorias: i) ativistas, com foco na defesa dos direitos das minorias e dos marcadores sociais vulnerabilizados; ii) ativistas com destaque nos direitos de liberdade; iii) juízes campeões da autorrestrrição; e iv) juízes que significariam o equilíbrio de forças (*balance of powers*).

A expressão “ativismo judicial” se apresenta em oposição à “autorrestrrição judicial”. Na visão de SCHLESINGER (1947, pg. 75-77), os juízes ativistas atuam de maneira a promover e garantir as liberdades civis e direitos das minorias, substituindo a vontade do legislador, já os magistrados campeões da autorrestrrição

entendem que a Suprema Corte deve agir no limite de sua competência, ou seja, não deve intervir no campo da política e sim agir com “deferência à vontade do legislador”.

Hugo Black representava o juiz ativista e Felix Frankfurter estava ao lado da autorrestrição judicial. Aquele, estava sempre em defesa da Constituição e do *Bill of Rights* norte-americanas, do governo limitado, entendendo que seria papel do Judiciário a responsabilidade primária e o dever de executar as liberdades previstas no texto constitucional e nos limites sobre os Poderes Executivo e Legislativo. Sendo assim, as Cortes deveriam assumir o papel como “fortalezas impenetráveis contra as afirmações de poder pelo Legislativo e pelo Executivo”.

Esse, pertenceu a uma cultura de juízes de viés da autorrestrição judicial, que tinha como principal referencial James Bradley Thayer. Felix defendia que o juiz deveria discernir as convicções particulares de justiça substantiva em relação ao dever funcional da Corte, por isso que se fala em agir com deferência à vontade do legislador. A função do magistrado seria interpretar as leis, sem usurpar as competências dos legisladores eleitos. São as palavras do citado:

O impressionante poder desta Corte de invalidar tais leis, por ser limitado na prática apenas por nossa própria prudência em discernir os limites de nossa função constitucional, deve ser exercido com máxima restrição [...] o poder [deste Corte] de invalidar a legislação não deve ser exercido como se, em teoria constitucional ou na arte do governo, ele se apresentasse como a única fortaleza contra as tolices ou excessos do momento. (*Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 128 (1958))

Por meio das palavras do magistrado, extrai-se que o que dividia os juízes da Suprema Corte era o entendimento que tinham sobre a função constitucional da própria Instituição, ou seja, de qual seria o papel do Tribunal no exercício de suas funções.

Em relação à essa divisão dos magistrados, Arthur Schlesinger Jr. consolida que:

O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson advoga uma política de autorrestrição judicial. Um grupo é mais preocupada com o emprego do poder judicial em favor sua própria concepção de bem social; o outro, com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como um instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir que os outros poderes de

governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com suas próprias pré-concepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o Judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitado no sistema Americano. (1947, p 201).

Por meio da visão do autor, compreende-se que a discussão tem como centro o viés político-institucional do que jurídico-metodológica, ou seja, é debater sobre o espaço de atuação da Suprema Corte no sistema constitucional e político.

### 3.2 CASO MARBURY vs. MADISON

Em primeiro plano é importante expor que John Marshall, serviu como presidente da Suprema Corte durante 34 anos, fortaleceu de forma imperiosa a Corte, trazendo identidade para instituição e, conseqüentemente, propôs um melhor cenário político norte-americano.

Dentre as mais importantes declarações de autoridade da Corte Marshall refere-se a decisão de 1803, mais conhecida como “Marbury vs. Madison”, a qual o voto de Marshall afirmou o poder da Corte para julgar inconstitucional e deixar de aplicar uma lei federal incompatível face à Constituição. Essa decisão ficou conhecida como a pioneira afirmação da sua Suprema Corte de seu poder de “*judicial review*”, ou seja, possibilidade do Poder Judiciário de rever os atos dos demais poderes e até mesmo de invalidar leis.

Trata-se do caso que envolveu um *writ of mandamus* interposto por William Marbury, nomeado Juiz de Paz no Condado de Washington - Distrito de Columbia, diretamente na Suprema Corte em face do Secretário de Estado James Madison. A referida ação tinha como objetivo obrigar Madison a outorgar-lhe os poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo presidente, John Adams.

Ao tomar posse em 1801, o presidente Thomas Jefferson, ordenou que Madison negasse à investidura de Marbury. Com a negativa, Marbury utilizou a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, a qual havia outorgado à Suprema Corte a competência originária para julgar *writ of mandamus* contra autoridades públicas, como secretários de estado do governo federal.

Marshall estabeleceu sua fundamentação em torno de três perguntas: a primeira pergunta seria se Marbury tinha o direito de ser nomeado, para essa

pergunta o citado responde que sim; a segunda refere-se que o Estado tinha a concessão de assegurar o direito de Marbury ser nomeado e Marshall também responde que sim; por último, estava o fato de que a Suprema Corte tinha que julgar esse caso e o magistrado pronunciou que a Corte não tinha que julgar o caso.

Assim, sob a liderança de Marshall, a Suprema Corte, constatou o direito de Marbury ao cargo bem como entendeu que se tratava de uma situação de sua jurisdição originária, conforme a Seção citada. No entanto, a Corte julgou improcedente o pedido formulado no *mandamus*, fundamentando que a Constituição, no art. III, não dava poderes para essa jurisdição originária, apenas jurisdição em sede de recurso para a situação de Marbury. Nesse sentido, o Congresso não poderia, por meio da Seção 13 do *Judiciary Act*, ter expandido sua jurisdição para além do que estabeleceu o texto constitucional.

Foi entendimento de Marshall no caso fático:

Se o Congresso permanecesse livre para dar a esta corte jurisdição em sede de recurso, onde a Constituição declarou que sua jurisdição deve ser original; e jurisdição original, onde a Constituição declarou que deve ser em sede de recurso, a distribuição da jurisdição feita na Constituição seria forma sem substância. (...) Não pode ser presumido que alguma cláusula na Constituição tenha a pretensão de ser ineficaz; dessa forma, tal construção é inadmissível. (5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

Por meio da construção do voto de Marshall, entende-se que o voto do magistrado levou em consideração os limites impostos na Constituição, e não as pessoas que estavam envolvidas no caso em questão. Nesse sentido, a Corte julgou como inconstitucional e não aplicou a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, consolidando o poder *judicial review* da Suprema Corte.

Essa decisão, é considerada histórica, na medida em que trouxe repercussões no sistema jurídico norte-americano, sedimentando que a Constituição é a Lei Maior, dotada de supremacia. E um ato legislativo contrário à Constituição, torna-se nulo, cabendo à Corte declarar sua inconstitucionalidade.

Assim, o caso *Marbury vs. Madison* apresenta desdobramentos imperiosos para o sistema constitucional, tais quais: que a *judicial review* já surgiu em um contexto ativista, seja pela ausência de deferência da Suprema Corte ao Congresso, seja pela auto afirmação do poder decisório sem previsão constitucional – e ao mesmo, apresenta-se características de autorrestrição judicial- a negação do poder pela Corte no controle originário de atos de grandes autoridades do governo.

### 3.3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Com o propósito de identificar as razões impulsionadoras do ativismo judicial no Brasil, é necessário apresentar alguns pontos na visão de RAMOS:

O primeiro ponto a ser abordado é o modelo de Estado instituído pela Constituição de 1934, caracterizado por ser intervencionista. Esse modelo seguiu alinhado com o *welfare-state*, ou seja, Estado do bem-estar social. Sendo assim, o objetivo é que por meio de políticas públicas, o Estado seria responsável em promover a igualdade social e o bem-estar da população, além de intervir no setor privado, como fiscalização, regulação de mercado, tributação e fiscalização. (2015, p. 283-284).

Outra questão abordada por RAMOS foi a ampliação do controle abstrato de normas, explicado pelo próprio modelo de Estado intervencionista. Nesta situação, o Poder Legislativo acabou sendo exigido por uma maior atuação na elaboração de normas. Conseqüentemente, por ter um maior número de leis, tem-se um maior controle, como forma de garantir a consonância dos dispositivos legais com a Lei Maior. (2015. p. 289-290).

A luz da Constituição Cidadã - devido ao caráter social e dirigente, entende-se que o texto constitucional, possui normas predominantemente principiológicas, o que conduz à uma abertura interpretativa, pois a mera subsunção deixou de estar apta a resolver o problema hermenêutico. Essa flexibilização interpretativa permitiu aos juízes que utilizassem da opção dos valores trazidos na Constituição, deixando de meros “boca da lei”. Assim, os magistrados começaram a ocupar um papel mais ativo na definição e aplicação dos direitos, essa mudança de atuação aconteceu em razão da abertura interpretativa conferida pela constitucionalização do Direito.

É importante abordar na presente pesquisa que a tradição jurídica brasileira é do sistema *civil law* - baseado nas normas escritas para fundamentar decisões, diferentemente da tradição norte-americana que é marcada pelo *common law* - que tem como fundamento os costumes e visa julgar das mesmas formas casos que sejam semelhantes, tendo como um dos pilares, a jurisprudência.

Outro ponto que deve ser destacado para falar em ativismo judicial no Brasil é o papel da Constituição Federal de 1988. Foi atribuída aos órgãos Judiciários uma competência de controle, com base nos fundamentos constitucionais, fazendo com que o Poder Judiciário tenha uma posição preponderante, principalmente o Supremo Tribunal Federal como “Guardião da Constituição”.

Tal competência de controle foi fundamental para o progresso do ativismo judicial e do fenômeno da judicialização, em razão disso é que se tornavam possíveis intervenções do Poder Judiciário incidentes, principalmente pela via do controle difuso de constitucionalidade.

Marcos Paulo Verissimo fundamenta que:

O resultado último dessas transformações foi dúbio. Por um lado, colocou o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, como um papel bem mais “rotineiro” de prestador de serviços forenses, de “terceira instância” na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais. E assim é que, um ano antes de ser promulgada a atual Carta Constitucional, em 1987, computavam-se nas estatísticas de julgamento do órgão 20.122 casos resolvidos em doze meses. Vinte anos depois, ou seja, em 2007, essas mesmas estatísticas registravam 159.522 casos para o mesmo período de tempo. (2008, p. 409).

Por meio da posição do autor, extrai-se que é perceptível o aumento de demanda do Poder Judiciário, ocorre em todas as instâncias do Judiciário, tornando-o sobrecarregado. Aos magistrados não caberiam apenas aplicar as leis nas presentes demandas, como também buscar a interpretação mais condizente com a Constituição, na garantia de direitos fundamentais.

No perpassar da história, foi desenvolvida na sociedade a ideia de que o Judiciário era como concretizador de políticas públicas, espécie de “herói” do Estado Democrático de Direito, fazendo com que a busca de efetivação de direitos pelo Judiciário se tornasse cada vez mais concretizada, quando na maioria das vezes eram prerrogativas de responsabilidades dos Poderes Executivo e Legislativo. BARROSO sustenta que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008, *online*).

Ocorre que, a capacidade de resolução de demandas do Poder Judiciário, contudo, não acompanhou o crescimento da busca pela via judicial pela sociedade. Nesse sentido, é imperiosa a seguinte afirmação:

Como ressaltado, boa parte das razões que explicam ambos os fenômenos relacionam-se, direta ou indiretamente, à Constituição da Nova República. Essa Constituição manteve o modelo brasileiro de jurisdição uma e controle misto (difuso e concentrado) de constitucionalidade, o que significa que atribuiu a qualquer juiz a tarefa e a prerrogativa de analisar a legalidade de atos produzidos quer pelo legislativo, quer pelo executivo. Adicionalmente, o texto constitucional transformou em regra jurídica um conjunto amplo e por vezes contraditório de anseios sociais e políticos, consagrando ideais de liberdade individual e igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade de empresa e dirigismo econômico. Outorgou à justiça a tarefa de implementar esse plano difuso de ação e ampliou significativamente os mecanismos de acesso que instrumentalizam esse ideal. (2008, p. 411).

Levando em consideração o posicionamento do citado, entende-se que é possível perceber que o Poder Judiciário está cada vez mais recebendo um maior número de demandas de processos judiciais, ao modo que o Princípio da Duração Razoável do Processo, que visa garantir prazos razoáveis, a fim de proporcionar um encerramento satisfatório, justo e adequado o quanto antes, acaba não tendo efetividade na seara jurídica. Tal princípio se encontra entabulado na Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu art. 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988).

Sendo assim, observa-se que o ativismo judicial está associado a uma participação de forma mais abrangente e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais.

### 3.4 PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE ÀS MATÉRIAS POLÍTIAS

No decorrer dos anos, o Poder Judiciário tem sido cada vez mais buscado pela sociedade, a fim de garantir e efetivar seus direitos tanto em face do Poder Público como também dos particulares. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário concluiu 26,9 milhões de processos em 2021, uma expansão de 11,1% no número de casos solucionados em relação a 2020. No mesmo período



registrou-se o ingresso de 27,7 milhões de novas ações – incluídas as que retornaram a tramitar –, revelando um crescimento de 10,4%.

Nessa linha, observa-se uma atuação mais significativa e crescente do Poder Judiciário. Ocorre que algumas decisões apresentam repercussões maiores, pois são resultantes da Judicialização da política.

Posto isso, é importante apresentar algumas considerações acerca do ativismo judicial e judicialização da política. Os dois termos trata-se da expansão do Poder Judiciário, dando-lhe maior destaque e atuação. No que concerne à Judicialização da Política, afirma-se que é um fenômeno contemporâneo e retrata a figura do juiz como ator político na sociedade. Esse fenômeno é analisado pela ciência social e pelo Direito, através das visões de C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder, professores de Ciência Política, os quais estudaram a expansão do Judiciário em diferentes lugares do mundo.

Para VALLINDER (1997, pg. 13), a judicialização se configura como uma expansão do Judiciário e dos Tribunais, conseqüentemente reduzindo a atuação dos campos administrativo e político, ou seja, o Judiciário ocuparia uma posição importante nas tomadas de decisões políticas sobre diversos temas. Já na visão de TATE (1997, pg. 28), o juiz somente melhoraria as políticas públicas já criadas pelo Executivo ou Legislativo.

Para BARROSO (2011, pg. 234), a judicialização e o ativismo judicial são “primos”, ou seja, pertencem à mesma família, mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Segundo o jurista:

A judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do desenho institucional brasileiro, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. O ativismo judicial normalmente se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (2011. pg. 234).

Por meio das considerações do jurista, extrai-se que a judicialização seria um fenômeno decorrente do modelo institucional adotado na Constituição, e não uma vontade política do julgador. Já o ativismo judicial se define no posicionamento do julgador em escolher uma forma de interpretar o texto constitucional, ou seja, o ativismo está associado a uma ideia mais ampla e intensa do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o ativismo se manifesta de diferentes formas:

i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2014, p. 195).

Lenio Streck, professor, pós-doutor em Direito, retrata também essa distinção afirmando que:

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. (2016, p. 724).

Em seguimento, é importante abordar as críticas em torno do ativismo judicial.

Apresentam-se como críticas os riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida do Poder Judiciário e os limites institucionais da justiça.

Em primeira linha, colocam-se que os membros do Poder Judiciário, inclusive os ministros dos Tribunais Superiores, não são agentes públicos eleitos. Assim entende Alexander Bickel:

Assim, ainda que tais atores desempenhem um poder político, a possibilidade de magistrados sobrepuem-se a decisões provenientes do Presidente da República ou de representantes do Congresso, os quais foram escolhidos por vontade popular mediante rígido sufrágio, constitui a denominada dificuldade contramajoritária. (1986, pg.100).

Observa-se que o entendimento do jurista americano, refere-se à primeira crítica em torno do ativismo judicial- riscos para legitimidade democrática.

Seguindo essa mesma linha, Celso de Mello sustenta que:

Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional de reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimadamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa- passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados,

competência que não lhe pertence, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. (Supremo Tribunal Federal STF - AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 322348 SC).

De forma contrária, BARROSO (2009, pg.25) aponta que a legitimidade do Judiciário para invalidar decisões dos outros poderes detém duas justificativas.

Primeiro refere-se ao aspecto normativo. Há previsão constitucional expressa que confere ao Poder Judiciário, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal, concretizar direitos tutelados na própria legislação, cuja criação provém do Poder Constituinte e do legislador. Já a fundamentação filosófica, propõe que o Estado Democrático de Direito provém de ideias que se comunicam, mas não se confundem, remetendo-se ao Texto Constitucional para frear os poderes e o respeito às garantias e direitos fundamentais. Nesse sentido, fundamenta BARROSO:

Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (2014, pg. 12).

Por meio dos argumentos trazidos por BARROSO (2014, p. 12), entende-se que a função jurisdicional possui legitimidade, efetivando os direitos fundamentais mesmo que em oposição ao desejo de maiorias políticas, segundo prevê o constitucionalismo democrático.

OLIVO (2000, pg. 41) entende que o Poder Judiciário, partindo do pressuposto do seu poder criativo, ao adentrar em matéria reservada à competência do Poder Legislativo, estaria exercendo uma atividade legislativa imprópria, o que, ainda na visão do supramencionado autor, compromete a teoria referente à separação de poderes, bem como do regime democrático. Em conformidade com esse entendimento, OLIVO (2000, p. 41) fundamenta que a interpretação judiciária foi uma reação em favor do poder criativo dos julgadores, afastando-o de mera boca inanimada da lei. Dessa forma, o juiz declara a lei, mas de forma criativa, a partir de seus próprios valores e aspectos presentes na sociedade.

No que se refere às causas políticas, OLIVO (2000, p. 41), esclarece que a atuação dos magistrados, devem preservar e observar a competência e os limites dados pelo texto constitucional aos Poderes Executivo e Legislativo, com o objetivo de que as funções não sejam excedidas. Dessa forma, argumenta-se que o Poder Judiciário não tem o condão de resolver determinadas situações, pois se referem à assuntos que fogem de sua atuação jurisdicional, o que ocasiona, como resultado, a impossibilidade de determinados cumprimentos, na medida que outras questões deveriam ser levadas em consideração.

Compreende-se que o posicionamento de OLIVO traduz as duas críticas mencionadas acima sobre o ativismo judicial- politização indevida do Poder Judiciário e limites institucionais da justiça.

Sobre o posicionamento das críticas no tocante ao ativismo judicial, é importante apresentar brevemente a PEC nº 33 de 2011. A proposta pretendia limitar os poderes do STF, submetendo algumas decisões da Corte ao Congresso Nacional. As mudanças na CRFB/88 seriam a alteração da quantidade mínima de 6 (seis) para 9 (nove) votos dos Ministros do STF para declaração de inconstitucionalidade de leis e submeter a decisão à aprovação do Congresso Nacional, nos casos de Emendas à Constituição. Além disso, a referida proposta de Emenda condicionava o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo. Nesse contexto, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, destacou o fato de que era “melhor que se fechasse o STF” se a proposta fosse aprovada pelo Legislativo.

O autor da PEC, Nazareno Fonteles (PT - PIAUÍ) trouxe como principais argumentos que o ativismo judicial praticado pelo STF desloca questões relevantes do Legislativo para o Judiciário, ao passo que tais atos carecem de legitimidade democrática, violando assim, a separação de poderes e a soberania popular. Além disso, argumentou que o STF vem atuando como legislador positivo, usurpando sua competência constitucional e que a súmula vinculante se configura como instrumento inconstitucional, autorizando que o STF sobreponha de ofício a competência delegada ao Congresso. Contudo, a PEC foi arquivada, por meio de uma retificação do despacho exarado no Requerimento nº 741, de 23 de maio de 2019, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que dispõe que: “finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as preposições que no seu

decurso, tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação”. (BRASIL, 2022).

No mesmo sentido, Dworkin (1999, pg. 451) fundamenta que não compete ao Poder Judiciário delinear o conteúdo referente às políticas públicas, bem como as medidas a serem tomadas, pois este seria um papel da Administração Pública. Ao juiz, cabe dar força normativa à CRFB/88 e preencher a lacuna jurídica para a concretização e efetivação do texto constitucional, sendo-lhe proibido sobrepor a sua atividade à do legislador ou governante, não tendo, competência constitucional para adentrar em espaços reservados aos legisladores e administradores, na formação e execução de políticas públicas.

Por outro lado, há quem defenda o ativismo justificando na intensa participação, na concretização e efetivação dos valores constitucionais, o qual pode ser concretizado e efetivado de diferentes formas. Nesse sentido, o ativismo judicial é compreendido como um método de integração e de interpretação.

Nessa linha, defende SADEK:

A interferência do Judiciário tem se dado também preenchendo brechas deixadas pelo Legislativo. Só no ano de 2007, por exemplo, três julgamentos no STF ocuparam-se deste tipo de questão: a definição da perda de mandato do político que trocasse de partido depois de eleito; direito de greve dos servidores públicos; se deputados poderiam acompanhar a sessão secreta do Senado que tinha por pauta apreciar o processo de cassação do mandato do ex-presidente da casa, Senador Renan Calheiros. (2012, p. 14).

Por meio do posicionamento de SADEK (2012, p. 14), entende-se que a interferência do Judiciário ocorre por conta da omissão do Poder Legislativo, trazendo como exemplo a perda de mandato político.

BARROSO (2014) sustenta que a postura adotada pelo Poder Judiciário em relação às tomadas de decisões acerca dos temas de relevância ao alcance político, implementação de políticas públicas e matérias de grandes controvérsias não é um fenômeno isolado, ocorre em diferentes países na seara das mais diversas Cortes constitucionais.

O Ministro do STF, por sua vez, preconiza a existência de denominada autocontenção judicial, a qual tem como objetivo conter a interferência judicial na competência dos outros poderes, propondo o afastamento do Judiciário quanto à aplicação do texto constitucional a casos que não estejam expressamente previstos,

com o objetivo de que o legislador competente se pronuncie quanto ao tema, para que não haja a atuação do poder jurisdicional acerca da definição de políticas públicas.

À luz do contexto brasileiro, a partir de determinados casos em que magistrados se manifestaram, como o da fidelidade partidária, direito de aborto de fetos anencefálicos, vedação de nepotismo nas esferas do poder, entre outros, é possível afirmar que o Judiciário tem adotado posicionamentos claramente ativistas. Essa premissa se consolida com as constatações empíricas de TAYLOR:

No decorrer da última década, o Judiciário Federal revelou-se um importante ator político: tribunais federais repetidamente interromperam imensos leilões de privatização; a realização de uma delicada reforma no sistema de previdência social foi subvertida; e o Judiciário anulou ou mudou a legislação referente à reforma agrária, às reformas tributárias e a outras políticas públicas significativas. O Judiciário continua exercendo uma influência importante hoje. Durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, tribunais também participaram da formulação de políticas governamentais de várias maneiras. Entre as mais recentes ilustrações: em 2005, o Judiciário federal aprovou uma grande aquisição empresarial pela Nestlé, revertendo decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, que havia rejeitado a operação; o STF interrompeu as investigações de corrupção dentro do Congresso durante 2006; juízes federais têm forçado governos estaduais a honrarem precatórios cujos valores são estimados em até US\$ 20 bilhões por ano; o STF negou, retroativamente, um aumento do Programa de Integração Social – PIS/Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins em uma decisão cujo custo, em tese, poderia chegar a quase 11% do total de tributos federais arrecadados; e assim por diante (2007, p. 237) .

Observa-se que em diferentes áreas públicas, houve forte atuação e protagonismo do Poder Judiciário, ensejando um cenário no qual a figura do magistrado caracterizou-se como um ator político.

Conforme os preceitos da Teoria do Procedimentalismo, o Poder Judiciário tem competência apenas para corrigir os lapsos e desvios do processo de representação popular, a fim de garantir a plena participação do povo no Poder, em nome do regime democrático. Nessa linha, não se pode violar a estrutura lógica da divisão dos Poderes. No paradigma procedimental de Habermas, o Judiciário não pode avançar sobre a esfera política, visto que não é legitimado pela vontade soberana, e caso extrapole os limites de suas competências, estará violando os princípios da soberania popular.

André Ramos Tavares, grande defensor dessa corrente, argumenta que:

De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações, valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes. (2007, pg.9).

Nesse sentido, entende-se que os adeptos de tal corrente defendem uma jurisdição constitucional que proteja a democracia e detenha um ativismo judicial antidemocrático e arbitrário, permitindo uma maior atuação da sociedade nas tomadas de decisões, quando esta for possível. Os fundamentos e argumentos dos defensores da teoria procedimentalista seriam a premissa de proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático, bem como de proteger a lógica da divisão dos poderes.

Já a Corrente Substancialista, em oposição, defende a intervenção do Poder Judiciário, visto que a função jurisdicional ocupa papel significativo na efetivação da Constituição e dos direitos fundamentais, um exemplo de defensor dessa teoria é Lenio Luiz Streck. É o entendimento do citado:

A Teoria Substancialista assume maior visibilidade em face da notória inefetividade da Constituição e da omissão dos poderes legislativo e executivo. Entendo difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte dos direitos fundamentais continua incumprida. (2011, p. 81).

Por meio das considerações do citado, extrai-se que os substancialistas defendem uma atuação mais ativa da jurisdição constitucional, em relação a defesa dos direitos fundamentais, tendo em vista a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo.

Sendo assim, percebe-se, várias críticas são tecidas por vários doutrinadores, bem como respostas de outros, principalmente no que concerne quando há atuação do Judiciário nas matérias políticas.

## 4 INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

O presente capítulo tem como objetivo abordar o conceito e desdobramentos da infidelidade partidária, bem como a taxatividade dos arts. 15 e 55 da CRFB/88, os julgamentos dos Mandados de Segurança, realizados pelo STF, sob os números 26.603 e 26.604, e por fim, abordar sobre a fidelidade partidária e a problemática que envolve a resolução nº 22.610/07 do TSE.

Antes de adentrar no mérito da infidelidade partidária, é importante entender o seu instituto. A fidelidade partidária é um instituto de direito público. É um vínculo de representatividade, legitimidade que o une o eleitor ao representante, além de ser uma condição de elegibilidade. Sob essa perspectiva, NUNES JÚNIOR entende que a fidelidade partidária se resta caracterizada a partir dos seguintes aspectos:

[...] i) lealdade ao partido político e cumprimento dos deveres pelos filiados em geral, e sobretudo, por seus membros eleitos com assento em casas legislativas, ii) observância do programa e dos objetivos partidários; iii) acatamento das decisões tomadas em suas instâncias deliberativas, tais como: convenções, diretórios, executivas, etc. (2014, p. 114).

A partir da lição do citado, observa-se que a fidelidade partidária se configura a partir da filiação de uma pessoa a um determinado partido político, tendo, como regra, o dever de lealdade e observâncias das diretrizes partidárias, se submetendo a decisões vindas de instâncias superiores internas, tais como resultantes de diretórios e convenções.

Ao fazer uma breve análise de alguns países, extrai-se que, por exemplo, que nos Estados Unidos há dois partidos fortes e consolidados: o democrata e o republicano, assim, a fidelidade partidária caracteriza-se mais como uma exigência do eleitorado do que como uma imposição legal. Já na Alemanha, a fidelidade partidária é remetida para os estatutos dos partidos. Na França, a disciplina partidária fica a cargo dos partidos, sendo que os políticos franceses não trocam de partido, salvo no caso de incorporação, fusão ou criação de novo partido.

Percebe-se então, que a fidelidade partidária nestes países é implícita, ou seja, não há necessidade de expressa previsão legal para que os políticos respeitem o programa e as diretrizes de seus partidos filiados. Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde o eleitor é a força motriz para impedir atos de infidelidade de políticos.



Em relação ao contexto brasileiro, a partir de uma retrospectiva histórica, afirma-se que a discussão sobre a fidelidade partidária não é recente, ou melhor, é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988.

O instituto da fidelidade partidária se relacionada com a ideia de sanção punitiva de perda do mandato parlamentar para o cidadão que viesse a descumprilo, foi instaurado pela primeira vez no Brasil pelo art. 152 da CF/1967, com redação dada pela EC nº 01/69. Dizia o referido artigo:

Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

V - disciplina partidária;

Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmara 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.

No mesmo sentido, a Lei 5682/1971 em seu art. 72 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), ratificou a perda do mandato do parlamentar que se opôs-se às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária, ou deixar seu partido, salvo para participar, como fundador, da constituição de novo partido. (BRASIL, 1971).

No tocante ao citado artigo acima, Antônio Roque Citadini, jurista e escritor brasileiro, explica que:

A cassação do mandato de parlamentares que tenham cometido infidelidade partidária será sempre decretada pela Justiça Eleitoral, depois de representação do Partido, em processo onde será assegurado ao acusado amplo direito de defesa.

Cometida a infidelidade partidária, o Partido deve, em 30 (trinta) dias, representar perante a Justiça Eleitoral (TRE e TSE), pleiteando a perda do mandato do infrator. No caso de vereador o Diretório Regional poderá representar nos 30 dias subseqüentes, se houver silêncio do órgão municipal, assim como o Diretório Nacional no caso de deputado estadual poderá ajuizar o pedido de houver ocorrido omissão do órgão regional.

Para representar contra vereador, o órgão municipal do partido deve ter aquiescência da Comissão Executiva Regional. Quando se trata de descumprimento de diretriz fixada pelo órgão regional e o infrator for senador ou deputado federal, somente o Diretório Nacional poderá representar perante o TSE, depois de acolher o pedido do órgão regional.

No processo de perda de mandato por infidelidade partidária será garantida a manifestação do acusado e, caso a Justiça Eleitoral acolha a representação partidária, o parlamentar poderá recorrer da decisão e estes

recursos terão efeito suspensivo (embargos ao próprio Tribunal e recurso especial ao TSE).

Julgada improcedente a representação e não existindo mais recurso suspensivo o Tribunal comunicará o fato à Mesa da casa legislativa que pertence o parlamentar, que declarará, imediatamente, a perda do mandato e convocação do suplente. (1983, pg. 89).

A EC nº 11/1978, acrescentou uma mudança na referida legislação no tocante a fidelidade partidária, dispondo que as penalidades referentes à sua infração não seriam aplicáveis aos membros do Legislativo que possivelmente participassem da formação de novos partidos.

No ano de 1985, com a realização das eleições presidenciais pelo Colégio Eleitoral se chegou aos seguintes questionamentos: a fidelidade partidária seria aplicável aos novos parlamentares-eleitores do novo Presidente da República? Os membros do Congresso Nacional deveriam obedecer aos ditames dos partidos políticos aos quais estavam filiados, sob pena de perda de mandato?

Após longos debates, entendeu-se que o Colégio Eleitoral era um órgão constitucional de natureza unitária e inconfundível e com feição suprapartidária, logo, os parlamentares que compunham o Colégio detinham de legitimação e inviolabilidade específicas, assim, não seriam sancionados pela disciplina jurídica da infidelidade partidária.

Sob tal circunstância, em 27 de novembro de 1984, o TSE, por meio da resolução nº 12.017, entendeu que, no Colégio Eleitoral, não haveria aplicação do Princípio da Fidelidade Partidária, com esse entendimento, houve a derrota de Paulo Maluf, e a conseqüente eleição de Tancredo Neves, em 15 de janeiro de 1985. Essa premissa é comprovada por meio da ementa da citada resolução:

COLÉGIO ELEITORAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DIRETRIZ PARTIDÁRIA. VALIDADE DE VOTO. 1. Não prevalecem, para o Colégio Eleitoral, de que tratam os arts. 74 e 75 da Constituição, as disposições relativas à fidelidade partidária, previstas no art. 152, §§ 5º e 6º, da Constituição, arts. 72 a 74, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, e arts. 132 a 134, da Resolução 10.785, de 15/02/80 (Resolução 11.985, de 06/11/84). 2. Não pode o Partido Político fixar, como diretriz partidária, a ser observada por parlamentar a ele filiado, membro do Colégio Eleitoral, a obrigação de voto em favor de determinado candidato. 3. Em decorrência da liberdade de sufrágio, é válido o voto de membro do Colégio Eleitoral dado a candidato registrado por outro Partido Político. [Resolução 12.017, de 27/11/84. Processo 6.988 – Classe 10ª – Distrito Federal (Brasília)].

Com essa decisão, a qual foi fixada na Resolução nº 12.017 do TSE, deu espaço para a publicação da Emenda Constitucional nº 25/85, a partir dela, aboliu a

aplicação da sanção da perda do mandato eletivo do parlamentar que é infiel ao seu partido político. Assim, aumentaram significativamente as trocas de partidos políticos, principalmente por interesses pessoais, causando um cenário de enfraquecimento no sistema democrático. Nesse contexto, sustenta José Antônio Giusti Tavares:

O liberalismo permissivo daquela emenda instituiu, no liminar da redemocratização do país, as premissas da desintegração do sistema representativo brasileiro. Pois numa sociedade moderna e complexa de massas, em que os partidos políticos, qualquer que seja o grau de oligarquização de suas organizações, não contam com coesão e disciplina nem com os meios coercitivos legítimos para assegurá-las, não há representação política efetiva. (1997, pg. 88).

Por meio do exposto pelo citado, pode-se afirmar que com a publicação da EC nº 25/85 instaurou-se um cenário no qual não havia representação política, pois os políticos não manteriam uma postura coerente e fiel aos seus respectivos partidos políticos, tendo significativamente migrações partidárias.

À luz da CRFB/88 afirma-se que o instituto da fidelidade partidária e da disciplina partidária estão presentes, porém, com importante mudança em relação ao texto de 1969 - não impõe penalidades para o não cumprimento da regra. A fidelidade partidária está presente na Constituição Federal atual, em seus artigos 14 e 17. O primeiro aborda as condições de elegibilidade, art. 14, §3º determinando a filiação partidária uma das condições. Já o art. 17, dos direitos políticos, no capítulo V do Título II - dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece que:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - Caráter nacional;

II - Proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - Prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - Funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

É imperioso abordar a distinção existente entre fidelidade partidária e disciplina partidária, na visão do professor Jaime Barreiros Neto:

Tecnicamente, é possível se afirmar que a disciplina partidária é um instituto de direito privado, que relaciona os partidos políticos aos seus filiados. Nos termos do estatuto do partido, o filiado indisciplinado deverá ser advertido, suspenso, ou até mesmo expulso do partido, sem que tal fato, no entanto,

acarrete a perda de eventual mandato que esteja exercendo. O que está em jogo, tão somente, é a relação do filiado com o partido político, e o respeito a questões *interna corporis* da agremiação partidária.

Diferente conceito tem o instituto da fidelidade partidária. Sua natureza é direito público, relacionando não apenas o mandato ao seu partido político, mas sim ao próprio eleitor que, ao elegê-lo, escolheu também votar em determinado partido. (2017, pg. 102).

Nessa égide, extrai-se que um ato de infidelidade partidária é mais grave do que de indisciplina, visto que esta é questão *interna corporis* dos partidos.

É importante apresentar as visões de alguns doutrinadores sobre a fidelidade partidária. O professor Fávila Ribeiro (1996, pg. 332) entende que a filiação faz com que o eleitor vote no candidato levando em conta o partido político, ideologias e seus posicionamentos. Nesta linha, um deputado, vereador ou senador não seriam os próprios donos dos seus mandatos, pois estes pertencem ao partido e aos eleitores que votaram para serem representados.

No mesmo sentido, defende o cientista político Jairo Nicolau (2001):

Os manuais de política nos ensinam que as eleições servem como mecanismo para auscultar as preferências dos eleitores. O método inventado pelas democracias contemporâneas para fazê-lo é convocar os eleitores para votar em um dos partidos que se apresentarem na disputa. O dia das eleições é o ápice de um longo processo: convenções, candidatos, campanhas, horário eleitoral gratuito, debates; enfim, um enorme esforço para definir pelo voto qual será a distribuição do poder no Executivo e no Legislativo.

De que adianta todo este esforço para definir, pelo voto, a força dos partidos, se trocando de legenda os políticos criam uma nova distribuição do poder político no país? Transmigração de poder sem legitimidade eleitoral.

Por meio das visões expostas, entende-se que a grande preocupação é do fortalecimento da representação política, bem como das causas e consequências da violação ao Princípio da Fidelidade.

#### 4.1 DA TAXATIVIDADE DOS ARTS. 15 E 55 DA CRFB/88

A CRFB/88 apresenta no art. 15 um rol taxativo das causas de perda ou suspensão dos direitos políticos, dispõe o Texto Constitucional:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará 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;
- V - Improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º. (BRASIL, 1988).

O art. 55, por sua vez, traz uma abordagem acerca das hipóteses de perda de mandato, também em rol taxativo:

- Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
- I - Que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
  - II - Cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
  - III - Que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
  - IV - Que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
  - V - Quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; [...]. (BRASIL, 1988).

Por meio dos referidos artigos, percebe-se que não há previsão expressa para a perda de mandato nos casos de infidelidade partidária. No Brasil, a CRFB/88 consagra o estabelecimento de normas de fidelidade partidária no âmbito dos próprios estatutos partidários, conforme é expresso no art. 17, §1º do Texto Constitucional, o qual disciplina a autonomia dos partidos para regulamentar normas de disciplina e fidelidade:

- § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, explica Celso Ribeiro Bastos:

- Isto porque eram elas impostas pela Constituição e regulamentadas na legislação subconstitucional. No momento, a Lei Maior exige simplesmente que os estatutos incorporem normas de fidelidade e disciplina partidárias, o que, necessariamente, envolve a outorga de uma certa margem discricionária para que os partidos regulem esses institutos com maior ou menor rigor. Possibilidade inexistente no regime anterior, quando as regras eram todas heterônomas. (1989, pg. 613).

Através do entendimento acima, afirma-se que a CRFB/88 não normatizou a infidelidade partidária como causa de perda de mandato, o que se tem é esse instituto sendo regulamentado por estatutos, o qual disciplina a autonomia dos seus respectivos partidos. É imperioso apresentar os artigos 23 a 26 da Lei 9.906/95:

## CAPÍTULO V

### Da Fidelidade e da Disciplina Partidárias

Art. 23. A responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo competente órgão, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido.

§ 1º Filiado algum pode sofrer medida disciplinar ou punição por conduta que não esteja tipificada no estatuto do partido político.

§ 2º Ao acusado é assegurado amplo direito de defesa.

Art. 24. Na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto.

Art. 25. O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito. (BRASIL, 1988).

Partindo das disposições dos referidos artigos, nota-se que os partidos dispõem de liberdade para a tipificação das condutas que sejam consideradas casos de infidelidade partidária. Contudo, é imperioso esclarecer que os partidos devem respeitar os postulados constitucionais, em relação às imposições das penalidades.

Nesse viés, o autor Clémerson Cléve, professor de Direito Constitucional, (1998, p. 26) defende que o instituto deve ser aplicado com moderação, de modo que não se pode desvirtuar da finalidade que é a manutenção da coesão partidária, a fim de que não se tenha o desvio de finalidade, além disso o instituto não deve ofender a natureza da representação, substanciar mecanismo de violação aos direitos fundamentais dos mandatários.

É válido ressaltar que a fidelidade partidária não pode ser confundida com submissão. Ou seja, um partido que, na prática, não cumpre com os seus programas e ações previstos no estatuto, não pode exigir fidelidade dos seus filiados, uma vez que seria uma controvérsia.

Orides Mezzaroba (2004, pg. 281) sustenta que a conclusão a que se chega é que a CRFB/88 criou uma ilusão no tocante ao instituto da fidelidade partidária, por conta da impossibilidade de sua regulamentação pelos estatutos partidários. O citado defende ainda que a aplicação desse instituto se tornou impraticável, pois a própria CRFB/88 não instituiu a perda do mandato por troca de partido, o citado ainda afirma que o mandato está vinculado ao representante, logo esse instituto só pode ser aplicado pelos partidos de forma limitada, pois o representante não poderá ter a perda do mandato, já que o rol do art. 55 da CRFB/88 não dispõe dessa previsão.

Assim, a perda de mandato, principal sanção imposta pela norma constitucional anterior aos que trocassem de partido, não tem previsão na Lei Maior no art. 55. Além de não determinar a perda de mandato por infidelidade partidária.

A CRFB/88 proíbe totalmente essa punição, quando veda, no art. 15, a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão só ocorrerá nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

#### 4.2 DOS JULGAMENTOS DOS MANDADOS DE SEGURANÇA FEITO PELO STF SOB OS NÚMEROS 26.603 E 26.604

Antes de adentrar na análise dos méritos das decisões do STF dos Mandados de Segurança de números 26.603 e 26.604, é imperioso situar o contexto que envolvia tais pronunciamentos judiciais, visto que a existência destes se devem essencialmente à Consulta nº 1.398 da parte do Partido da Frente Liberal (PFL), que provocou o TSE no seguinte questionamento: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”.

A resposta obtida pelo TSE se deu em 27 de março de 2007, por meio da Resolução nº 22.526, por seis votos contra um, com o seguinte entendimento:

Com esta afirmação, respondo afirmativamente à consulta do PFL, concluindo que os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à 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. (BRASIL, 2012).

Ocorre que a decisão do TSE não foi cumprida pela Câmara dos Deputados (na esfera administrativa, sendo assim, a questão foi levada em sede de MS – 26.602 para a Suprema Corte, e esta, de forma contrária ao seu entendimento anterior consolidado, entendeu que o mandato pertence ao partido e não ao parlamentar eleito.

O MS 26.603/DF teve como impetrante o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, impetrado o Presidente da Câmara dos Deputados e o relator, o ministro Celso de Mello.

Trata-se de MS com pedido de liminar em face de ato do Presidente da Câmara de Deputados, Dep. Federal Arlindo Chinaglia, em 03 de outubro de 2007. O partido político sustentou que o referido deputado negou provimento ao pedido administrativo formulado pelo impetrante no sentido de declarar a vacância dos mandatos dos parlamentares que se desfiliam do PSDB, sob o fundamento de ausência de previsão no §1º do art. 239 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O PSDB, impetrante, sustentou, com base no entendimento esboçado na Consulta nº 1398, o direito de reaver as cadeiras ocupadas por parlamentares que mudaram de partido durante o mandato, sob a alegação que a impetração do MS não ofendeu o princípio constitucional da Separação de Poderes, visto que o STF reconhece a atuação do Poder Judiciário quando se constata a ofensa de qualquer direito assegurado pela CRFB/88, o que aconteceu no presente caso. Além disso, alegou o impetrante que, na qualidade de partido político, tem direito líquido e certo de manter as vagas obtidas nas eleições e ocupadas por candidatos a ele filiados e que os partidos não poderiam ter encampado o direito de representação em face da conduta de mandatários que adotaram outras ideologias político-partidárias.

Os parlamentares (litisconsortes citados) apresentaram suas contestações, no sentido de que a consulta dada pelo TSE foi respondida fora dos limites da sua competência, pois o referido tribunal não tem competência para responder sobre temas constitucionais. Além disso, sustentaram que a consulta foi desprovida de qualquer efeito vinculante para o STF, justamente por ter sido respondida fora da



competência prevista na CRFB/88, que ao ser respondido o questionamento, o TSE inovou o ordenamento jurídico, o que é defeso ao Poder Judiciário. No tocante aos argumentos trazidos em relação ao motivo da troca do partido sustentaram que não há qualquer consequência estabelecida no estatuto do impetrante para os casos de desfiliação partidária, que os deputados deixaram o partido para se filiar em outro sigla e que a mudança do partido foi justificável, pois decorreu por conta da alteração do ideário político partidário como também da perseguição interna sofrido no próprio partido.

O PSB apresentou os argumentos no sentido de que o rol estabelecido na CRFB/88 para as hipóteses da perda de mandato é taxativo, não comportando interpretação extensiva. Que o STF possui jurisprudência sedimentada que a troca de legenda partidária não acarretaria a perda do mandato político.

Em sede de liminar, o Ministro Relator decidiu que:

Não obstante todas essas considerações que venho de expor- e embora atribuindo especial relevo resolução, pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, da consulta nº 1398/DF, relator Ministro Cesar Asfor Rocha-, não posso, contudo, deixar de ter presentes, ao menos neste juízo de sumária cognição, as decisões emanadas do plenário do Supremo Tribunal Federal (MS 20.916/DF), no sentido da inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados.

Sendo assim, em face das razões expostas, e sem prejuízo do reexame da controvérsia em questão, quando do julgamento final do presente mandado de segurança, indefiro o pedido de medida cautelar formulado pelo PSDB.

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo Procurador-Geral da República (à época), opinou, de forma preliminar, pelo não reconhecimento do MS, pronunciando-se, no mérito, pela denegação do MS 26.603/DF. A ementa do parecer apresentou que:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DA PRESIDÊNCIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOR. INFIDELIDADE PARTIDÁRIA. MUDANÇA DE PARTIDO. TITULARIDADE DO MANDATO. CONSULTA TSE Nº 1.398. PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR E ILEGITIMIDADE ATIVA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ADICIONAL. NÃO-CONHECIMENTO. SISTEMA PARTIDÁRIO. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. TEORIA DO MANDATO REPRESENTATIVO. DIRETRIZ REDEMOCRATIZANTE. EC N. 25 DE 1985. IMPOSSIBILIDADE DE PREENCHIMENTO DE LACUNA IDEOLÓGICA DE "IURE CONDENDO".

MATÉRIA SUBMETIDA À RESERVA CONSTITUCIONAL. JURISPRUDÊNCIA DESSA CORTE NESSE SENTIDO.

1. O interesse de agir e a legitimidade ativa "ad causam" do impetrante decorrem da redução de sua representatividade na Câmara dos Deputados.

2. A Constituição Federal não admite, expressa ou implicitamente, a perda de mandato parlamentar como penalidade por mudança de partido político. Consagração do mandato representativo popular.
3. O direito comparado e a tradição constitucional brasileira respaldam a força representativa da soberania do povo para reforçar a irrevogabilidade do mandato.
4. Necessidade de respeito ao artigo 16 da Constituição Federal na hipótese da mudança de orientação jurisprudencial em homenagem à segurança jurídica.

Parecer preliminar pelo não-reconhecimento do "writ" e, no mérito, pela denegação da ordem. Eventualmente, no caso de mudança de orientação dessa Egrégia Corte, opina pela modulação dos efeitos temporais da decisão para a próxima legislatura.

O referido MS teve a decisão no seguinte sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS - RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO - INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS "INTERNA CORPORIS" - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - O INSTITUTO DA "CONSULTA" NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA - CONSULTA/TSE Nº 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" ( CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV)- APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARÇO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQÜÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. –

O Tribunal rejeitou, por unanimidade, as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir do impetrante, bem como a de impossibilidade do Poder Judiciário interferir em matéria interna e peculiar à organização dos Partidos Políticos, sujeita à reserva constitucional de estatuto, e a de impossibilidade jurídica do pedido por se embasar em consulta do Tribunal Superior Eleitoral. Por maioria, rejeitou a preliminar de ausência de liquidez e a de impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança, vencido o Senhor Ministro Eros Grau, que as acolhia para não conhecer do writ. Em seguida foi o julgamento suspenso. Falaram: pelo impetrado, o Dr. Fernando Neves da Silva; pelos litisconsortes passivos, Átila Freitas Lira, Djalma Vando Berger e Partido Socialista Brasileiro - PSB, o Dr. José Antônio Figueiredo de Almeida Silva; Leonardo Rosário de Alcântara, Antônio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Ferreira de Arruda Coelho e Vicente Alves de Oliveira, o Dr. Eduardo Ferrão; Partido da República - PR, o Dr. Marcelo Luiz Ávila de Bessa; Partido Trabalhista Brasileiro - PTB, o Dr. Itapuã Prestes de Messias; e, pelo Ministério Público Federal o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 03.10. 2007. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de segurança e denegou a ordem, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e março Aurélio, que a concediam tal como requerida. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Plenário, 04.10.2007.

(STF - MS: 26603 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318).

No tocante ao MS 26.604, explica-se que foi impetrado pelo partido dos Democratas, 04 de maio de 2007, em face do Presidente da Câmara dos Deputados, tendo como relatora a Ministra Cármen Lúcia. O MS foi conhecido e parcialmente concedido.

O impetrante afirma que houve ofensa do seu direito líquido e certo, consubstanciado em ato do Presidente da Câmara dos Deputados, ora apontado como coator, o qual entendeu não estar autorizado a considerar como renúncia a mudança de filiação partidária por Deputados eleitos sob o PSDB e, por conseguinte, declarar vagos os mandatos por ele exercidos, convocando os Suplentes da legenda, em vista de essa hipótese não figurar entre aquelas expressamente previstas no §1º do art. 239 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O presidente da Câmara, à época, como forma de defesa, sustentou que a resposta do TSE à referida Consulta nº 1.398 feita em tese pelo Impetrante tão

somente contém esclarecimentos daquela corte, não fazendo coisa julgada. Além disso, afirmou que a jurisprudência dominante, até então, no Supremo Tribunal Federal, firmou-se na inaplicabilidade do Princípio da Fidelidade Partidária, isto é, a desvinculação do parlamentar do partido que o elegeu não implica na sanção de perda de mandato, a mudança de filiação partidária não se encontra entre as hipóteses de perda de mandato parlamentar previstas no art. 55 da CRFB/88, caracterizando assim, *numerus clausus*.

O Procurador-Geral da República, à época, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, apresentou manifestação nos seguintes termos:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DA PRESIDÊNCIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. INFIDELIDADE PARTIDÁRIA. MUDANÇA DE PARTIDO. TITULARIDADE DO MANDATO. CONSULTA TSSE Nº 1.398. PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR E LEGITIMIDADE ATIVA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ADICIONAL. NÃO CONHECIMENTO. SISTEMA PARTIDÁRIO. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. TEORIA DO MANDATO REPRESENTATIVO. ART. 555 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ROL TAXATIVO. DIRETRIZ REDEMOCRATIZANTE. EC N. 24 DE 1985. IMPOSSIBILIDADE DE PREENCHIMENTO DE LACUNA IDEOLÓGICA DE IURE CONDENDO.

MATÉRIA SUBMETIDA À RESERVA CONSTITUCIONAL. JURISPRUDÊNCIA DESSA CORTE NESSE SENTIDO.

1. O interesse de agir e a legitimidade ativa ad causam do representante decorrem da redução de sua representação na Câmara dos Deputados.
2. A Constituição Federal não admite, expressa ou implicitamente, a perda de mandato parlamentar como penalidade por mudança de partido político. Consagração do mandato representativo popular.
3. O direito comparado e a tradição constitucional brasileira respaldam a força representativa da soberania do povo para reforçar a irrevogabilidade do mandato.
4. Necessidade de respeito ao artigo 16 da Constituição Federal na hipótese da mudança de orientação jurisprudencial em homenagem à segurança jurídica.

Parecer preliminar pelo não conhecimento do writ e, no mérito, pela denegação da ordem. Eventualmente, no caso de mudança de orientação dessa egrégia Corte, opina pela modulação dos efeitos temporais da decisão para a próxima legislatura.

O Tribunal rejeitou, por unanimidade, as preliminares de ilegitimidade ativa e a falta de interesse de agir do impetrante, bem como a de impossibilidade jurídica do pedido por se embasar em consulta do TSE e a de ilegitimidade passiva do PMDB.

A relatora, Cármen Lúcia, conheceu em parte a ordem, apenas para determinar que o nobre Presidente da Câmara dos Deputados remetesse o pedido que foi ali formulado, no momento em que assegura o direito líquido e certo, para que a Corte reconhecesse como competente.

Após expor os dois MS é de suma importância apresentar as suas consequências para a ordem constitucional. Após a análise e julgamento pelo STF, os ministros acolheram duas teses sustentadas pelos impetrantes à luz da obra *Fidelidade Partidária: A Perda do Mandato Parlamentar*, de autoria de Augusto Aras, (2006).

A primeira, forte na Ciência Política, refere-se na necessidade de mudança do paradigma bicentenário francês do Mandato Representativo e na adoção, no Brasil, do modelo ali proposto, intitulado de Mandato Representativo Partidário; Já a outra tese tem o viés de Direito Constitucional Eleitoral, concernente ao acolhimento do entendimento da perda do mandato por ato de infidelidade partidária.

Nesse sentido, para que a infidelidade partidária fosse instituída na norma constitucional era necessário mudar o paradigma francês do Mandato Representativo- o eleito era livre, principalmente para negociar seus interesses pessoais, trocando de partido quando achasse oportuno aos seus desejos.

Por meio da mudança de entendimento do STF, pode-se afirmar que ainda que não conste expressamente no bojo da CRFB/88 a perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, o STF usou da hermenêutica constitucional para induzir como decorrência lógica do sistema, concedendo a máxima efetividade das normas previstas nos arts. 14, §3º, V e 17, §1º, da CRFB/88, mesmo não tendo previsão escrita da perda de mandato por infidelidade partidária.

Sendo assim, por meio dos julgamentos dos MS pelo STF, pode-se afirmar que os ministros da Corte entenderam que a fidelidade partidária mantém o alinhamento do eleitor e do eleitor à ideologia, aos programas e aos compromissos políticos e partidários. Além disso, houve um posicionamento majoritário, fixando um limite temporal para efetivar a perda dos mandatos parlamentares, qual seja, a data de 27 de março de 2007, quando ocorreu a resposta à consulta do TSE, e fixou-se também a competência do Tribunal Superior Eleitoral para regulamentar o procedimento de perda de mandato, em caso de infidelidade partidária.

É imperioso apresentar o entendimento do ex-ministro César Asfor Rocha (BRASIL, TSE, 2010). Na visão do citado, há uma dependência do candidato à uma quantidade de votos atribuídos ao partido ou a coligação, a fim de que ele seja eleito, desse modo, ele justifica a importância dos partidos políticos. Conforme demonstrado pelo ministro, apenas 6,04% dos deputados eleitos conseguiram atingir

o quociente eleitoral nas eleições de 2006, isso demonstra que a maioria dos candidatos só conseguem ser eleitos por conta dos votos depositados ao partido político. É o que sustenta o Ministro:

Ao meu sentir, o mandato parlamentar pertence, realmente, ao partido político, pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas. (art. 17, III, da CF) (BRASIL, TSE, 2010).

Por meio do exposto, extrai-se que a defesa sobre a perda do mandato do infiel partidário se apoia no respeito e na efetividade dos princípios constitucionais, como os da moralidade administrativa, transparência e probidade.

Na mesma linha de defesa, Marco Aurélio defende que o mandato político é do partido e não do eleito:

A filiação partidária como condição de elegibilidade (art. 14, §3º, CF), bem como a utilização do horário eleitoral e dos recursos financeiros dos partidos políticos, em consonância com o que descreve o art. 25 da Lei 9.096/95, levam ao entendimento de que o mandato político é do partido e não do eleito. (BRASIL, TSE, 2010).

Jaime Barreiros Neto defende que:

“É fundamental para o fortalecimento da nossa democracia que os partidos políticos sejam respeitados como verdadeiros canais de interlocução da vontade popular e da consagração do pluralismo político. A infidelidade partidária precisa ser combatida, dando-se assim, aos partidos as condições efetivas para que estes exerçam as responsabilidades que lhes são atribuídas pelo eleitor. (2017, pg. 109).

Nessa circunstância, percebe-se que os argumentos favoráveis da perda de mandato do infiel partidário referem-se à necessidade de preservar os programas e ideais do partido ao qual o candidato está vinculado.

#### 4.3 A FIDELIDADE PARTIDÁRIA E A PROBLEMÁTICA QUE ENVOLVE A RESOLUÇÃO Nº 22.610/07 DO TSE

A discussão que comporta o instituto da fidelidade partidária resulta da Resolução nº 22.610/07 do TSE, a qual teve origem em consulta formulada pelo PFL- Partido Da Frente Liberal.

O questionamento pelo partido, ao Tribunal, originou-se da seguinte pergunta: os partidos políticos e coligações tinham o direito de preservar as vagas obtidas por meio do sistema eleitoral proporcional quando o candidato eleito tenha se desligado do partido ou se juntado a outra legenda partidária?

Nesse sentido, o TSE, por meio da citada Resolução, estabelece que a titularidade do mandato eletivo pertence ao partido político pelo qual o representante conquistou o mandato, não fazendo qualquer distinção entre o sistema proporcional e o sistema majoritário. Dentre os argumentos trazidos pelo TSE estão a imposição constitucional da filiação partidária como requisito de elegibilidade do candidato a cargo político-representativo, ou seja, a perda do mandato seria uma consequência dos princípios constitucionais da representação e filiação partidária. Além disso, sustentou a questão moralista, no sentido de que a regulamentação da fidelidade partidária seria para “corrigir” o sistema atual partidário marcado por mudanças de partidos por interesses pessoais.

Esse entendimento foi visualizado no voto do Ministro Cesar Peluso:

O reconhecimento, a garantia e a vivência de que o mandato pertence ao partido, não à pessoa do mandatário, têm, entre outros, o mérito de, impedindo a promiscuidade partidária, fortalecer a identificação e a vinculação ideológica entre os candidatos, partidos e eleitorado, como substrato conceitual e realização histórica da democracia representativa. (BRASÍLIA, 2007).

Por meio do voto do citado ministro, extrai-se que havia uma grande preocupação com a democracia representativa e com o compromisso partidário, pois o voto não seria dado na pessoa, e sim no partido.

O TSE ainda sustentou que se o mandato pertencesse ao candidato, significaria dizer que a soberania popular que é de titularidade do povo seria transferida para a pessoa do eleito, que se tornaria pertencente de parte dela; Se o mandato é essencialmente uma função pública, jamais poderia ter natureza privada; A perda do mandato resulta de um ato ilícito cometido pelo eleito e não de uma sanção; A quantidade de cadeiras a ocupar no parlamento é decorrente de uma contagem de votos dados à legenda e não aos candidatos; A filiação partidária é condição de elegibilidade, pois o ordenamento constitucional brasileiro não permite candidatura avulsa; A democracia é o resultado da soberania popular, conseqüentemente o esvaziamento do partido pelas mudanças contínuas e injustificadas de seus filiados, enfraquece a representatividade política; A migração

do partido pelo qual o candidato foi eleito configura-se como infidelidade para com o eleitor.

No tocante aos argumentos sustentados pelo TSE, ARAS afirma que:

“O descalabro da mudança de partido chegou ao cúmulo, nas eleições estaduais e federal de 2002, quando, entre a data da diplomação e antes mesmo da posse, em 1º de janeiro de 2003, dezenas de parlamentares migraram, impunemente, chocando a sociedade brasileira com a já famosa dança das cadeiras, cujo objetivo foi o aumento de tempo na propaganda eleitoral no certame de 2004, sem embargo da satisfação de interesses pessoais”. (2006, pg. 250).

No mesmo sentido, defendem THALES e Camila Cerqueira:

“Depois das eleições de 2006, ao menos 36 deputados trocaram de legenda. O Partido da República, por exemplo, recebeu 15 novos filiados entre por outras agremiações. Lado outro, dos 513 deputados eleitos, apenas 31 conseguiram se eleger com seus próprios votos. Os outros foram puxados para o Congresso pelos votos de legenda”. (2008, pg. 69).

Por meio dos expostos, extrai-se que a prática de atos de infidelidade partidária intensificou-se a níveis altíssimos na história política brasileira, a partir de 1988, com isso, enfraquece os partidos políticos e distorce a vontade popular expressada no exercício do sufrágio.

O professor Jaime Barreiros Neto (2017, pg. 103), em seu manual “Direito Eleitoral”, apresenta um exemplo de um deputado que trocou de partido por sete vezes em uma determinada legislatura, bem como a desfiliação e refiliação de um parlamentar a um determinado partido político em um mesmo dia.

É importante apresentar alguns artigos da referida Resolução. Segundo o art. 1º, §º, I a IV, da Resolução 22.610, consideram-se justa causa as seguintes situações: incorporação ou fusão do partido, criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal. Posteriormente, diz o § 2º, quando o partido não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da comunicação da desfiliação, perante a Justiça Eleitoral, pode fazê-lo, em nome próprio, nos trinta subsequentes, quem tenha interesse jurídico ou Ministério Público Eleitoral. Consoante o art. 2º, o Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal e, nos demais casos, cabe ao tribunal eleitoral do respectivo estado fazê-lo.

Dispõe o art. 10 da Resolução 22.610 que, julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão



legislativo competente para que empossa, conforme o caso, o suplente ou o vice no prazo de 10 (dez). Por fim, o art. 13 dispõe que a resolução se aplica às desfiliações consumadas após 27 de março de 2007, para os eleitos pelo sistema proporcional, e após 16 de outubro de 2007, para os eleitos pelo sistema majoritário.

Após apresentar alguns dos artigos da Resolução 22.610/TSE, é imperioso abordar a reflexão crítica sobre o assunto. A Constituição vigente materializou elementos primordiais de ideais iluministas, ao passo que se visualizam os princípios essenciais do Estado Democrático de Direito, ressalta-se o da legalidade e a separação de poderes do Estado.

José Afonso da Silva (2010, pg. 234) defende que a infidelidade partidária pode ter como sanção a simples advertência até a expulsão. Contudo, a CRFB/88 não permite a perda do mandato do infiel partidário. No limite, permite-se a exclusão do parlamentar da condição de filiado, em situações de oposição às diretrizes político-partidárias, e de que haja a expressa previsão dessa sanção no estatuto partidário.

Na mesma linha, MEZZARROBA argumenta que:

“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”. (2016, pgs. 277-278).

Por meio das visões dos citados, extrai-se que a CRFB/88 foi taxativa ao elencar as perdas de mandato parlamentar, o art. 55, não prevê a desfiliação partidária, com ou sem justa causa, como razão para a perda de mandato. Além disso, o art. 15 da Lei Maior não previu o desligamento partidário como causa ou suspensão de direitos políticos.

Outro ponto de importante destaque é a observância do art. 23 do Código Eleitoral. Dispõe que:

Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,  
IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;  
XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;  
XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral. (BRASIL, 1965).

Observa-se que este artigo possibilita ao TSE responder sobre matérias eleitorais e expedir instruções do citado código. Mas, seguindo o Princípio da Hierarquia das Normas, não pode contrariar os mandamentos legais hierarquicamente superiores do ordenamento jurídico.

Nessa linha, segue CERQUEIRA e CERQUEIRA:

“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. (2009, pg. 139).

Por meio do argumento, extrai-se que o TSE não possui competência para estabelecer novos ditames processuais e impor a perda do mandato, visto que a competência é privativa da União para legislar sobre a matéria.

No que concerne a legislar sobre o Direito Eleitoral, aborda-se o art. 1º da Resolução, o qual prevê que: O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. Já no art. 2º da Resolução estabelece a competência do TSE para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado. Observa-se que há uma violação ao art. 121 da CRFB/88, a qual regulamenta a Lei complementar para dispor sobre a organização dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Como fundamentação para o seu voto na Resolução 22.610, o Relator Carlos Ayres Britto, sustenta que:

“É dado ao representante passar a representar uma entidade sub cuja bandeira ideológica deixou de hastear perante o povo, quando em campanha pela captação do voto?  
O dever de não desocupar a cadeira em que se foi eleitoralmente assentado é a primeira das condições de leal exercício de um mandato que não é senão uma binária representação. [...] O eleito a compor com o seu partido e com o povo uma relação jurídica de inerência com o regime representativo brasileiro”. (2007).

O relator entende que o ato de infidelidade partidária se configura como uma renúncia tácita. Já o argumento do ministro Marco Aurélio foi no sentido de apoiar a fundamentação da resposta da Resolução aos Mandados de Segurança nº 26.603 e

26.604, na defesa da fidelidade partidária tanto para os cargos majoritários como proporcionais.

Jaime Barreiros Neto sustenta que:

“É de se ressaltar, no entanto, que mesmo suscitando críticas, principalmente no que se refere à competência constitucional do Tribunal Superior Eleitoral para estabelecer procedimentos para disciplinar a perda de mandato eletivo de detentores de cargos legislativos e executivos, as decisões e pronunciamentos do TSE e do Supremo Tribunal Federal quanto à questão da fidelidade partidária revestem-se de grande importância para uma salutar mudança da mentalidade vigente ao papel dos partidos políticos na sociedade brasileira. (2017, pg. 112).

É imperioso abordar que, o STF, ao reanalisar o tema, ratificou de forma parcial o entendimento do TSE, entendendo que, não é cabível a perda de mandato eletivo para o sistema majoritário dos infiéis partidários, haja vista que aqui, o foco em questão é a figura do representante político. Sendo assim, somente o parlamentar que deixe o partido, sem justa causa, pode perder o mandato, já que o sistema proporcional tem caráter dúplice, ou seja, leva-se em consideração os votos do candidato e de toda coligação. É o que dispõe a ADI 5081 DF:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO. 1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular ( CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput). 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade. (STF - ADI: 5081 DF, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 27/05/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/08/2015).

Nesse sentido, o TSE aprovou a Súmula 67 que disciplinou que: a perda do mandato em razão da desfiliação partidária não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário.

Ao analisar sob o ponto de vista crítico, apresenta-se o entendimento sustentado pelos autores, Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, na obra: *Ministocracia- O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*:

“Tribunais constitucionais podem ter um impacto legislativo imediato, direto e formal sobre as decisões legislativas, vetando-as totalmente ou invalidando-as parcialmente. Essa possibilidade de atuação direta, porém, abre espaço para efeitos indiretos sobre o comportamento de atores fora do tribunal”. (2017, pg. 4).

Em 29 de setembro de 2015 foi publicada a Lei nº 13.165, com o objetivo de trazer alterações na legislação eleitoral. Dentre as mudanças, foi tratada a questão da perda do mandato por infidelidade partidária, conforme dispõe o art. 22-A:

Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - Mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - Grave discriminação política pessoal; e

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente. (BRASIL, 2015).

Á luz da redação da Emenda Constitucional nº 111/2021, afirma-se que foi adicionado o §6º no art. 17, que regulamenta que:

§ 6º Os Deputados Federais, os Deputados Estaduais, os Deputados Distritais e os Vereadores que se desligarem do partido pelo qual tenham sido eleitos perderão o mandato, salvo nos casos de anuência do partido ou de outras hipóteses de justa causa estabelecidas em lei, não computada, em qualquer caso, a migração de partido para fins de distribuição de recursos do fundo partidário ou de outros fundos públicos e de acesso gratuito ao rádio e à televisão”. (BRASIL, 2021).

Ou seja, a CRFB/88 regulamenta, de forma expressa, a perda dos mandatos parlamentares por desfiliação partidária, sustentando o entendimento vindo do STF e do TSE. É importante salientar que ainda vigora o rol do art. 55 da Lei Maior, elencando as causas de perda do mandato, não abarcando a infidelidade partidária.

É válido frisar que mesmo a EC nº 111/2021 incorporando o §6º no art. 17, percebe-se que a problemática do ativismo judicial não se encontra resolvida, visto

que o art. 55 da Lei Maior continua presente no ordenamento jurídico e regulamentando de forma taxativa os casos de infidelidade partidária, sendo assim, atualmente se tem uma situação de insegurança jurídica no próprio Texto Constitucional. Neste ponto, é imperioso se atentar ao Princípio da Unidade da Constituição que consolida que a Lei Maior deve ser interpretada como uma unidade, ou seja, não pode gerar conflitos dentro do próprio texto escrito. É o que argumenta o Jurista Dirley da Cunha:

Em razão deste princípio, a Constituição deve ser interpretada de maneira a evitar contradições entre as suas normas, cabendo ao intérprete considerar a Constituição na sua globalidade, no seu conjunto, no sentido de buscar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Assim, jamais deve o intérprete isolar uma norma do conjunto em que ela está inserida, pois o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes. (2013, pg. 218).

Para efeito deste trabalho, entende-se que é fundamental para democracia que os partidos políticos tenham programas e convicções ideológicas definidas, a fim de que o Princípio do Pluralismo Político, presente no art. 1º, V, CRFB/88 seja efetivo. Nesse sentido, os partidos devem ser fortalecidos como meios basilares para uma democracia cada vez mais presente na sociedade.

Contudo, observa-se que a atuação do STF juntamente com o TSE constitui evidente manifestação de ativismo judicial, visto que os ministros atuaram como legisladores positivos, inovando a ordem jurídica. Assim, usurparam da competência do Poder Legislativo, violando o Princípio da Separação de Poderes, previsto no art. 2º da CRFB/88. Antes da EC 111/2021, não havia no ordenamento jurídico norma constitucional que disciplinasse a hipótese de perda de mandato do infiel partidário, assim, mesmo diante da omissão do Legislativo, o Judiciário não tem o poder de se investir na figura do legislador e disciplinar a matéria que não é de sua competência.

## 5 CONCLUSÃO

Considerando o exposto nos capítulos anteriormente abordados desta presente pesquisa, tornou-se possível ter significativas considerações.

Primeiramente, no tocante à importância do Princípio da Separação de Poderes no Estado Democrático de Direito foi demonstrado que esse princípio é basilar para a CRFB/88, visto que a própria Lei Maior, considera-o como cláusula pétrea, não podendo ser objeto de emenda constitucional, conforme o art. 60, §4º, III.

Além disso, observa-se que os poderes são harmônicos e independentes entre si, com isso, a interferência de um poder em relação ao outro (*checks and balances*) só não se torna um mal quando não ocorre eventuais abusos de poder, ou seja, desde que respeite os limites próprios do Estado de Direito e das normativas democráticas. Logo, é imperioso e urgente o respeito dos poderes, a fim de que se tenha maior efetividade da Constituição Cidadã.

Em relação ao Brasil, expõe que o Sistema de Freios e Contrapesos é apresentado pelo Poder Judiciário, por meio de seus órgãos, com o objetivo de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, quando estes violarem os preceitos constitucionais ou quando o processo legislativo não for respeitado em sua formalidade.

Nos moldes do Constitucionalismo, os poderes apresentam as funções típicas e atípicas, sendo assim, não há nenhum poder com exclusividade absoluta. Logo, entende-se que cada um tem a prerrogativa de decidir sobre os assuntos diretamente ligados às suas funções, ou seja, impor por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outro, desde que respeitem os seus limites de competência.

Ocorre que, por meio de jurisprudências e argumentos de juristas, citados no presente trabalho, afirma-se que a estrutura dos Poderes do Estado Democrático de Direito muitas vezes acaba tornando-se violada, acarretando em abusos principalmente do Judiciário em relação aos outros poderes.

Nessa linha, não havendo independência entre os poderes, o cenário é de um Estado que não respeita os preceitos e as garantias constitucionais. Assim, urgente é a lembrança da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada na

França, à qual preceitua que afirmar que uma sociedade que não possui a separação de poderes estabelecida, “não possui Constituição” (FRANÇA, 1789).

Destaca-se ainda que, historicamente, foi criada na sociedade um pensamento de que o Judiciário era o concretizador dos direitos fundamentais, intitulado a figura de “herói” do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, esse cenário foi crescendo significativamente e o Judiciário acabou criando uma postura em inovar a ordem jurídica em atribuições que não são de sua competência. O resultado desse cenário é uma jurisdição com números cada vez mais significativos de processos.

É importante frisar que é inegável que os legisladores, ao se depararem com temas ditos moralistas, acabam se tornando omissos e deixam de exercer suas funções típicas - elaborar leis.

Nessa égide, devido ao caráter social, dirigente e cidadão da CRFB/88, pode-se afirmar que a Carta Magna possui normas predominantemente principiológicas, o que conduz a uma abertura interpretativa, pois a mera subsunção deixou de estar apta a resolver o problema hermenêutico. Essa flexibilização interpretativa, permitiu aos juízes que utilizassem da opção de valores trazidos na Constituição, deixando de ser simples “boca da lei”.

O grande questionamento se dá pelo fato de que o Poder Judiciário, partindo do pressuposto do seu poder criativo, ao entrar em matéria reservada à competência do Poder Legislativo, estaria exercendo uma atividade legislativa imprópria, o que viola a Teoria da Separação de Poderes. Pontua-se a questão da falta de legitimidade democrática dos magistrados, já que, diferentemente dos poderes legislativo e executivo, não são de escolha por meio do voto popular.

Além disso, esclarece que a atuação dos magistrados, devem preservar, observar a competência e os limites dados pelo Texto Constitucional aos poderes executivo e legislativo, com o objetivo de que as funções não sejam excedidas. Dessa forma, argumenta-se que o Poder Judiciário não tem o condão de usurpar competências que não lhe foram dadas pela CRFB/88.

Restou perceptível que o ativismo judicial consiste em um instituto eivado de riscos, razão pela qual sua incidência deve ser controlada, além de demonstrar a necessidade de reconstrução da representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo para a tutela da democracia brasileira.

Ao fazer uma análise crítica na presente pesquisa do ativismo judicial com a infidelidade partidária frente à Resolução 22.610 do TSE, a conclusão que se tem é que a de mandato do infiel partidário por meio de uma resolução do TSE, foi uma clara e manifesta situação de ativismo judicial, tendo em vista que a CRFB/88 é taxativa, ao elencar os casos da perda de mandato, não abarcando a infidelidade partidária. Além disso, o art. 15 da Lei Maior apresenta as hipóteses da perda ou suspensão dos direitos políticos, não abordando também, o instituto da fidelidade partidária.

O TSE usurpou a função de legislar, de competência do Poder Legislativo, não somente por inovar a ordem jurídica com uma nova situação de perda de mandato, mas também por regulamentar ritos, prazos processuais e hipóteses de justa causa, por meio de uma Resolução, figurando como ator político.

É inegável que o mérito discutido, de a quem pertence o mandato, tem grande relevância, visto que o acolhimento do Princípio da Fidelidade Partidária, efetiva uma democracia representativa, pois a identidade partidária é um vínculo que une o eleitor ao representante político por meio das ideias, programas do partido, além de o pertencimento a um partido político ser uma das condições de elegibilidade, pois não se permite candidaturas avulsas no Brasil.

O grande questionamento é a forma como foi regulamentada a infidelidade partidária. Entende-se que tanto o TSE, por meio da Resolução 22.610 e o STF, por meio dos Mandados de Segurança 26.603 e 26.604, tiveram julgamentos mais de cunho moral do que jurídicos.

Este presente trabalho, a partir do estudo da Resolução 22.610 do TSE, entende que por mais que seja necessária mudança no processo político eleitoral, esclarece que essas, devem ser feitas sem violar o preceito fundamental da CRFB/88, que é a harmonia e a independência dos poderes. É papel do Poder Legislativo fazer reformas políticas, regulamentar o instituto da fidelidade partidária e compatibilizar os princípios do mandato representativo, do contrário se trata de ativismo judicial. O Judiciário não pode atuar como legislador, pois o cenário se torna de insegurança jurídica, o que foi demonstrado com a infidelidade partidária na Resolução 22.610 do TSE.



Assim, são necessários o cumprimento e o respeito com as normas constitucionais, para que a Constituição escrita não seja “mera folha de papel”, sem força normativa.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Augusto. **Fidelidade partidária**: a perda do mandato parlamentar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia**: o supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 1 - 20. jan. /abr. 2018. Disponível em: <<chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25207/2-s2.0-85044766159.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 abr. 2023.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos" (217 [III] A). Paris.

BARREIROS NETO, Jaime. **Fidelidade Partidária**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009.

BARREIROS NETO, Jaime. **Direito Eleitoral**. Salvador: Saraiva, 2017.

BARROS, Ardel Jesus de Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 3 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade**. democrática. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. 2014. Acesso em 02 abr.2022.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/>>. Acesso em: 25 abr. 2023

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. Second Edition. Yale University Press. 1986.

BLACK, Hugo. The Bill of Rights. *New York University Law Review*, vol. 35 (4), 1960, p. 879/880. fortalezas impenetráveis contra as afirmações de poder pelo Legislativo e pelo Executivo.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 09mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 09.mar2023.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 09 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 09 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 09 mar. 2023.

BRASIL, Lei 4737, de 15 de julho de 1965. **Institui o Código Eleitoral**. Diário Oficial da União, 19/07/1965.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 09 mar. 2023.

BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. DOU de 20.10.1969 (retificado em 21.10.1969 e republicado em 30.10.1969). Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente\\_1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente_1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 05 maio. 2023.

BRASIL. Lei n.º 5.682, de 21 de julho de 1971. **Lei Orgânica dos Partidos Políticos**. DOU de 21.7.1971 (retificado em 23.7.1971). Brasília: Casa Civil

da Presidência da República, 1971. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L5682impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5682impressao.htm)>. Acesso em: 05 maio. 2023.

BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL nº 11, de 13 de outubro de 1978**. Altera os dispositivos da Constituição Federal. DOU de 17.10.1978. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1978. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc11-78.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc11-78.htm)>. Acesso em: 05 de maio. 2023.

BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 25, de 15 de maio de 1985**. Altera dispositivos da Constituição Federal e estabelece outras normas constitucionais de caráter transitório. DOU de 16.5.1985. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1985b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc anterior1988/emc25-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc anterior1988/emc25-85.htm)>. Acesso em: 5 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 mar. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno**, estabelecido pela Resolução n. 17, de 1989. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legislacao/regimentointerno.html>>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 33/2011**. Autor: Deputado Nazareno Fonteles. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1D4491AB1DE7FA8E85B890237C365577.proposicoesWeb1?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D4491AB1DE7FA8E85B890237C365577.proposicoesWeb1?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011)>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - **AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 322348 SC**- Agravante: Maria do Carmo Moraes Reis e outros. Agravado: Instituto Nacional de Seguro Social. Disponível em: <[chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE\\_322348\\_SC\\_1279091413437.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1663528789&Signature=Gwf5HvqsQo7fA1ecs%2B7%2FPe8auAc%3D](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_322348_SC_1279091413437.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1663528789&Signature=Gwf5HvqsQo7fA1ecs%2B7%2FPe8auAc%3D)>. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL- TEMA 595**. RELATOR: Min. Luiz Fux. 29 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4286517&numeroProcesso=706103&classeProcesso=RE&numeroTema=595>>. Acesso em: 13abri.2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis nos 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho

de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. DOU de 26.11.2015. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2015d. Disponível em: < [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. \*\*Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 2.213 MC, Partido dos Trabalhadores – PT\*\*. Relator: Min. Celso de Mello. 4 de abril de 2002. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>. Acesso em: 11 mar 2023>. Acesso em: 02 mai. 2023.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.165%2C%20DE%2029%20DE%20SETEMBRO%20DE%202015.&text=Altera%20as%20Leis%20n%20%C2%BA,e%20incentivar%20a%20participa%C3%A7%C3%A3o%20feminina.>. Acesso em: 9 maio. 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI 6775 RO**. RELATORA: Rosa Weber. 04 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1317355110>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5081**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 27 de maio de 2015. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, 19 ago. 2015

BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL nº 111, de 28 de setembro de 2021**. Altera a Constituição Federal para disciplinar a realização de consultas populares concomitantes às eleições municipais, dispor sobre o instituto da fidelidade partidária, alterar a data de posse de Governadores e do Presidente da República e estabelecer regras transitórias para distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e para o funcionamento dos partidos políticos. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, 29 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula 67**. A perda do mandato em razão da desfiliação partidária não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. Diário da Justiça: 24,27 e 28.6.2016, Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-67>>. Acesso em: 9 mai. 2023.

BRASIL. **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (PGR)**. Sustentação oral - fidelidade partidária. PGR- AF n. 3250. Procuradoria Geral da República. Parecer em MS 26.602, 26.603 e 26.604. Disponível em: <<http://midia.pgr.mpf.gov.br/secom/SustentaoOralFidelidadePartidria.pdf>>. Acesso em: 09 mai.2023.

CARICATI, Fabiana Baptista Silva; GIUBLIN, Priscila; TORRES, Rafael Lima. **A Separação dos Poderes e a liberdade jurisdicional**. Curitiba, 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Tratado de direito eleitoral**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Saraiva, 2006

CITADINI, Antonio Roque. **Lei Orgânica dos partidários políticos**: comentários, notas e jurisprudência, p. 89, São Paulo- SP. Max Limonad LTDA, 1983.

Clève, Clèmerson Merlin. **Fidelidade Partidária** – estudo de caso. Curitiba, Juruá, 1998, p. 26.

CUNHA JÚNIOR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional, vol. 7. Salvador: Juspodium**, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. PGS.184 e 185.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 4 mai. 2023.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. (Tradução de Jeferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999. P.451.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, entre a facticidade e validade. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 185.

HARTMANN, Nicolai. Ontologia. México: **Fondo de Cultura Econômica**, 1986. v. I.

**Justiça em Números 2022**: Judiciário julgou 26,9 milhões de processo em 2021. CNJ. 01 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/#:~:text=Justi%C3%A7a%20em%20N%C3%BAmeros%202022%3A%20Judici%C3%A1rio,processos%20em%202021%20%2D%20Portal%20CNJ&text=O%20Po der%20Judici%C3%A1rio%20concluiu%2026,solucionados%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202020>>. Acesso em 02 abril.2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**/ 18. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MACHADO, Costa. **Constituição Federal Interpretada**. 5ª ed. São Paulo: Manole, 2014, P. 07

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. 2. ed. p. 281, Rio de Janeiro – RJ: Lumen Juris, 2004.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional**. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 29. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca

NICOLAU, Jairo. **Falta de fidelidade partidária anula o voto**. Disponível em: <<http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/brasil/2001/06/09/jorbra20010609004.html>>. Acesso em 05 maio. 2023.

NUNES JR., Amandino Teixeira. **Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária**. Revista de informação legislativa. Ano 51, nº 201, jan/mar 2014.

**O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier. **Juízes legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis: V.21, n.41. UFSC, SC, 2000. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818142.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2022.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

PINHO, Rodrigo César R. **Direito Constitucional: da organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 18. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetro dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SADEK, Maria Teresa. **Poder Judiciário: seu panteão**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 131-137, jan./mar. 2007.

SALEME, Edson R. **Direito Constitucional**. 5. ed. Santana de Parnaíba: Manole, 2022. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. **The Supreme Court**: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 73.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. **The Supreme Court**: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 75/77. → deferência à vontade do legislador.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. **The Supreme Court**: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 201.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e ossibilidades. Disponível em [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br). Acesso em 16/06/2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política**: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i3.12206>> Acesso em 02 abr. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **MS 26.603**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. em 04.10.2007, DJe-241, pub. 19.12.2008b.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **MS 26.604**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julg. em 04.10.2007, DJe-187, pub. 03.10.2008.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. rev. New York/London: New York University Press, 1997. pgs. 13 e 28).

TAVARES, José Antônio Giusti. **Significados e causas da fragmentação e da volatilidade no sistema partidário brasileiro**. Estudos Eleitorais, v.1, p.88, jan/abril 1997.

TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 9, jan./jun. 2007.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº2, 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resolução n.º 12.017, de 27 de novembro de 1984**. Colégio Eleitoral. Fidelidade partidária. Diretriz partidária. Validade de voto. Brasília, 1984. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-12017-principio-fidelidade-partidaria>>. Acesso em: 5 mai. 2023.



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resolução n.º 22.610, de 25 de outubro de 2007**. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 5 maio 2023.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Petição nº 3019** - Brasília/DF, Acórdão de 25/08/2010. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. acesso em: 01/10/2010z5.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Consulta n. 1.398**. Classe 5ª, Distrito Federal (Brasília). Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Consultante Partido da Frente Liberal (PFL). Julgamento em 27 de março de 2007. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/96817-conheca-a-decisao-do-tse/>>. Acesso em: 05. mai.2023.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). Resolução n. 22.526. **Consulta n. 1.398**, Classe 5ª, Distrito Federal (Brasília). Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Consultante Partido da Frente Liberal, nacional, por seu presidente. Julgamento em 27 de março de 2007. Publicação no Diário da Justiça em 08 de maio de 2007. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/hotSites/eje/arquivos/julgados\\_evidencia/RESOLUCAO\\_22526.PDF](http://www.tse.jus.br/hotSites/eje/arquivos/julgados_evidencia/RESOLUCAO_22526.PDF)>. Acesso em: 07. maio.2023d.

*Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 128 (1958).

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição De 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte E Ativismo Judicial “À Brasileira”. **Revista Direito Gv**, São Paulo 4(2) | P. 407-440 | JUL-DEZ 2008. p. 409.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição De 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte E Ativismo Judicial “À Brasileira”. **Revista Direito Gv**, São Paulo 4(2) | P. 407-440 | JUL-DEZ 2008. p. 411.

5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803). → citação sobre Marshall.