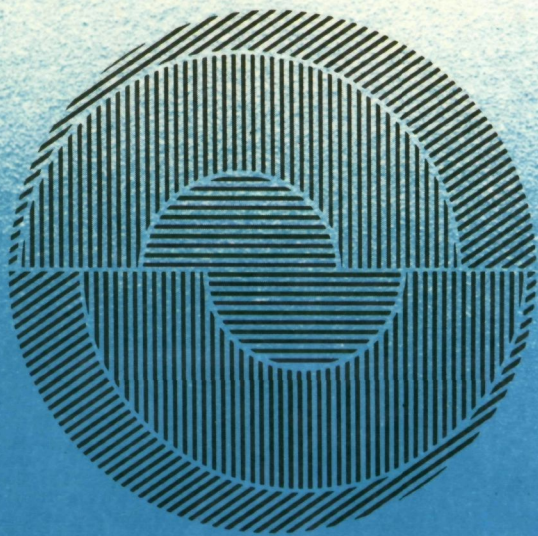


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO
ANO 19 • NÚMERO 76

Perda de mandato por infidelidade partidária?

NELSON DE SOUSA SAMPAIO
Universidade Federal da Bahia.

O tema

O presente trabalho ocupa-se do problema das normas incongruentes dentro do mesmo setor ou âmbito normativo. Procuraremos dividir a matéria em três partes:

- a) o problema geral das normas incongruentes do mesmo setor hierárquico;
- b) a solução do problema;
- c) um exemplo constitucional brasileiro: a decretação de perda de mandato legislativo por infidelidade partidária.

Incongruências normativas do mesmo setor hierárquico

Considera-se sistema um conjunto de partes articuladas de modo harmônico, isto é, sem incoerências ou contradições. Desse modo, quando empregamos a palavra "sistema" como sinônima de ordenamento jurídico, usamos de uma ficção. Ninguém ignora que, na coleção de preceitos que constitui o chamado ordenamento jurídico — seja ele nacional ou internacional —, é quase impossível encontrar-se um todo perfeitamente harmônico. Nos ordenamentos dessa natureza, descobrem-se normas que estão em choque com outras. O grau de discordância entre elas pode variar, e foge ao nosso assunto classificá-las sob esse ponto de vista. Sabemos que o desacordo entre as normas pode ir da simples

Comunicação ao Primeiro Congresso Internacional de Filosofia do Direito, La Plata, República Argentina, dias 19 a 23 de outubro de 1982.

dissonância, passando pela divergência, até a contradição ou incompatibilidade. Nos dizeres e no conteúdo das normas, podem aninhar-se verdadeiros absurdos ou contra-sensos (nonsenses). Contudo, a idéia de sistema jurídico não deixa de ser útil, pois sugere ao jurista, ao intérprete e, sobretudo, ao aplicador do direito a necessidade de harmonizar as normas em conflito ou achar solução até para o caso de incompatibilidade entre elas.

A solução é fácil quando o conflito se verifica entre normas de datas diversas, de ordenamentos jurídicos estranhos ou de hierarquia diferente. O direito intertemporal ensina que, entre duas normas contrárias mas não coincidentes no nascimento, a mais recente prevalece, porque revoga a anterior. A divergência entre normas de dois ou mais ordenamentos jurídicos é resolvida segundo as lições do direito internacional privado, na denominação imprópria de vários países, ou da disciplina designada, pelos autores de fala inglesa, de *Conflicts of Laws*. O direito público de cada país estabelece o preceito a ser seguido. Quando o choque se dá entre normas de hierarquia diversa, a prevalência é, naturalmente, da superior que, nesse caso, torna inaplicável a de grau inferior.

MERKL criou a teoria da estrutura escalonada da ordem jurídica, que ganhou maior voga com a adesão de KELSEN. Sabemos que os degraus normativos aumentam com a complexidade social, indo, nas mais avançadas sociedades hodiernas, desde a Constituição, passando pelas leis comuns (que podem ser de várias espécies conforme os países), os regulamentos, as convenções coletivas até as diversas modalidades de norma individual (atos negociais, simples decretos e decisões administrativas ou judiciais). Onde existe o controle de constitucionalidade das leis — sobremodo o controle judicial —, a hierarquia das normas ganha maior eficácia. Em todos os casos, deve-se fazer uso de todos os métodos e processos interpretativos a fim de harmonizar as normas de hierarquia diferente.

A inaplicabilidade de qualquer preceito de categoria inferior somente deve ser concluída na certeza de sua antinomia com a norma superior. Vale, para todas as hipóteses, o ensinamento dos autores norte-americanos quanto ao problema da inconstitucionalidade, que somente deve ser declarada quando o intérprete estiver isento de qualquer "dúvida razoável" (beyond all reasonable doubt).

Solução da incongruência no mesmo setor normativo

A solução de incongruências no seio da mesma camada normativa é, entretanto, mais trabalhosa. Acreditamos, porém, que ela pode lançar mão de dois recursos:

a) exame da maior importância ou relevo de cada uma das normas conflitantes;

b) apelo aos "princípios gerais do direito".

Quanto ao primeiro ponto, parece-nos claro que não se pode falar no nivelamento de todas as normas da respectiva categoria. Por esse motivo, vimos adotando a expressão “setor normativo”, “camada” (também poderia ser “estrato”), subentendendo que, nesse espaço, umas normas podem ocupar posições diferentes, mais acima ou mais abaixo de outras. Desse modo, haveria subdegraus dentro de cada camada normativa. Seria uma espécie de subhierarquia ou hierarquia secundária existente em determinada categoria de normas. Essa a razão de termos evitado dizer “plano” ou “nível” normativo, porque poderia dar a impressão de que todos os preceitos de certo grau estariam colocados no mesmo pé de igualdade. Isso pode acontecer na maioria dos casos, mas não em todos necessariamente.

Indiscutivelmente, no mesmo estrato normativo, identificamos normas mais importantes ou de mais peso do que outras. São normas, por assim dizer, basilares de um instituto ou de um conjunto de preceitos. Poder-se-ia usar da comparação astronômica com as constelações, nas quais figuram estrelas de maior e de menor brilho. Assim, numa conexão de normas, haveria as de primeira grandeza, as de segunda ou de outra graduação. Ninguém desconhece, no caso de normas escritas, que a legislação usa de definições (normas “explicativas” na terminologia de DEL VECCHIO, ou modalidade de “normas não autônomas”, Kelsen) ou normas auxiliares. As definições legislativas não deixam de ser normas, porquanto elas *prescrevem* como *deve ser* entendida determinada palavra ou expressão. Quanto à sanção, é muito conhecida a classificação de normas ⁽¹⁾ *mais que perfeitas* (aquelas cuja violação anula o ato praticado e comina pena), *perfeitas* (anulam o ato, mas não impõem pena), *menos-que-perfeitas* (mantêm o ato, mas infligem pena) e *imperfeitas* (desprovidas de sanção).

As normas de menor relevo devem ser interpretadas à luz das de maior porte. Se aquelas forem incompatíveis com as últimas, a solução razoável deve ser a sua inaplicabilidade. Deve-se seguir a mesma prática se houver antinomia das normas referidas com os “*princípios gerais de direito*”, aqui entendidos no sentido de *princípios*, expressos ou implícitos, que servem de fundamento a todo o direito positivo ou parte dele. Nessa acepção — estreme de qualquer conotação jusnaturalista —, existirão *princípios gerais* extensivos a todo o ordenamento jurídico, a um ramo do direito, a uma instituição ou a um instituto normativo.

Como vamos exemplificar com um problema do direito constitucional brasileiro, deveremos tentar uma distinção, ainda que incom-

(1) Quase sempre se emprega a expressão “leis mais-que-perfeitas, perfeitas etc.” Mas o termo “leis”, aí, deve ser tomado como equivalente a “normas”. No sentido de diploma legal resultante do mesmo ato de promulgação, seria imprópria aquela maneira de falar, vez que, dentro do mesmo texto legislativo, poderiam localizar-se normas de diversas espécies segundo as sanções.

pleta, das normas dessa natureza. Num sistema de Constituição escrita, é hoje de quase geral aceitação a discriminação entre normas *irreformáveis* e normas *reformáveis*. As primeiras seriam intocáveis pelo poder reformador, somente podendo suprimi-las ou modificá-las o poder constituinte. Algumas Constituições consagram expressamente a irreformabilidade de certos princípios, como, no Brasil, a Federação e a República. Cremos, porém, que a rigidez constitucional implica na existência de limites inerentes ao poder de reforma. Em monografia dedicada ao tema ⁽²⁾, enumeramos as seguintes normas como intangíveis à ação do revisor constitucional: 1) as relativas aos direitos fundamentais do homem; 2) as concernentes ao titular do poder constituinte; 3) as referentes ao titular do poder reformador; 4) as disciplinadoras do próprio processo de emenda.

1) Os direitos fundamentais do homem, sendo supra-estatais, situam-se no plano de competência do direito internacional. Se escapam à atuação do próprio poder constituinte, não se poderia conceber qualquer cerceamento deles pelo poder reformador. É óbvio que argumentamos no plano da teoria jurídica, e não no domínio dos fatos.

2) O poder constituinte e, conseqüentemente, o seu titular, se acham em posição transcendente ou externa à Constituição, que é obra sua. Mas, pelo menos uma referência implícita a ele pode ser vista no dispositivo genérico que é de quase praxe nas Constituições democráticas (e nas que pretendem passar como tal), qual seja o de que “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”. Reportando-se à totalidade do poder, abrange o maior, que é o poder constituinte. Consideramos que fugiria à competência do reformador alterar esse princípio, de modo que o poder passasse a pertencer a uma camada social ou a um indivíduo. Com isso, se faria a transmutação da democracia ou numa aristocracia ou numa autocracia.

3) Também não se pode mudar o titular do poder reformador instituído pelo constituinte. Sendo o poder de reforma um poder delegado, não pode, ele mesmo, fazer delegação de suas prerrogativas, salvo cláusula expressa nesse sentido. Atente-se que, geralmente, é a própria Assembléia Legislativa ordinária que detém o poder reformador. Mas essa reunião de dois poderes num só órgão se verifica por simples economia institucional, não sendo necessária. Em algumas Constituições, o poder revisor é delegado a uma Assembléia especial. Na Constituição norte-americana, o poder de reforma é da competência do Congresso ou de uma convenção especial (a última hipótese se a proposta de emenda for apresentada por dois terços dos Legislativos estaduais).

(2) *O Poder de Reforma Constitucional*, 2ª ed., Imprensa Oficial, Bahia, 1961. No presente estudo, deixamos de lado as limitações temporais ao poder revisor da Constituição — como o de não reformá-la durante o estado de sítio — porque não interessa à nossa exposição.

4) A reforma da Constituição, para ter validade, deve obedecer ao processo nela previsto. Nosso problema não cogita, porém, desse ponto pacífico. O que indagamos é se, mediante reforma, se pode alterar o próprio processo de reforma. Nosso parecer varia de acordo com a natureza das modificações processuais a serem introduzidas. Se forem para tornar mais rigorosos os requisitos da reforma, entendemos que a revisão é válida. Por outras palavras, pensamos que se pode aumentar o grau de rigidez, pois, então, o reformador constitucional se autovincula às novas condições. Mas o contrário — a diminuição do teor de rigidez — não seria admissível, salvo autorização estabelecida pelo constituinte. Caso contrário, o poder reformador não tem competência para agir desse modo. De outra sorte, de simplificação em simplificação, uma Constituição rígida poderia acabar transmudando-se numa Constituição flexível. Além de significar uma metamorfose da Constituição, representaria, ao mesmo tempo, uma usurpação do poder constituinte pelo poder reformador, e a usurpação deste pelo poder legislativo ordinário. No fim, estariam reunidos neste último, como no Reino Unido, o poder constituinte, o de reforma constitucional e o de legislador comum.

Outra discriminação entre os dispositivos constitucionais é a usada por muitos constitucionalistas norte-americanos quando fazem menção a “cláusulas mandatórias” (mandatory provisions) e a cláusulas diretórias (directory provisions). Correspondem, mais ou menos, à diferenciação entre *normas perfeitas* e *imperfeitas*. Em outro trabalho⁽³⁾, apontamos como exemplo de “cláusulas diretórias” as fórmulas da sanção e da promulgação existentes no bojo das Constituições brasileiras de 1891 e 1934. Elas mandavam que o Presidente da República empregasse, na sanção dos atos legislativos, os seguintes dizeres: “O Congresso Nacional decreta e eu sanciono etc.” Perguntávamos, então: se o Presidente, em lugar de grafar “decreta”, escrevesse “determina” (ou verbo equivalente), a lei seria inconstitucional? — Reputaríamos uma demasia formalista a resposta afirmativa, salvo se o texto constitucional previsse tal consequência, a exemplo de algumas Constituições estaduais da União norte-americana que assim prescrevem em relação à falta de certos termos tidos como sacramentais. Essas Constituições estabelecem que, em tais casos, a lei seria nula (void).

Merece ainda referência a classificação, também oriunda da doutrina constitucional norte-americana, de normas auto-aplicáveis ou auto-executáveis (self-enforcing, self-executing ou self-acting) e não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis. Ao nosso ver, as denominações mais apropriadas seriam as de normas de aplicabilidade plena e normas de aplicabilidade parcial, uma vez que a ausência completa de aplicabilidade é inexistente. As normas da segunda categoria seriam aplicáveis, pelo menos, ao legislador para que ele regulasse ou complementasse os preceitos constitucionais.

(3) *O Processo Legislativo*, Saraiva, São Paulo, 1968, págs. 133 e segs.

As tentativas de distinção entre normas constitucionais visam apenas a sugerir ao aplicador o caminho a tomar quando em face de preceitos antinômicos. Elas poderão auxiliá-lo a ponderar a importância das normas em questão. Se essa ajuda não bastar, o aplicador se socorrerá dos “princípios gerais do direito” ou dos princípios fundamentais do direito constitucional, que se identificam com os princípios básicos do respectivo ordenamento jurídico.

Com as Cartas políticas escritas, passou a predominar o conceito formal de Constituição, tornando-se difícil invocar o seu conceito material. No sentido material, Constituição é a lei que estrutura os órgãos supremos do poder e lhes define a competência. Uma vez que, numa Constituição escrita, tudo que nela se contém se considera, formalmente, de caráter constitucional, não é fácil separar, no texto da lei fundamental, o que seria constitucionalmente material. A primeira Constituição brasileira, a imperial de 1824, fez essa distinção, no seu art. 178, no qual se lê:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes públicos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.”

CARL SCHMITT não se distancia dessa posição quando procura, em linguagem equívoca, traçar uma divisória entre *Constituição* e *leis constitucionais*. Na *Constituição*, corporificam-se as decisões existenciais de uma unidade política sobre seu modo de ser.

“As ulteriores normações, as enumerações e delimitações de competência em pormenor, as leis para as quais se escolheu, por qualquer motivo, a forma de lei constitucional, são relativas e secundárias diante daquelas decisões” (4).

Com isso, pretendemos, apenas, assinalar certo parentesco entre a idéia de Constituição material e os princípios fundamentais de uma ordem constitucional. Poder-se-ia aludir, pois, a um núcleo constitucional, às *decisões* (segundo SCHMITT) fundamentais de cunho político-jurídico, aos valores basilares de uma Constituição, ou que outra expressão se queira adotar.

Hoje é costume também associar esse conceito com o da ideologia dominante de uma organização política. Tal orientação começa com os sistemas totalitários. O fascismo italiano ergue como princípio básico a *nação*, que atinge sua máxima expressão no Estado concebido à maneira hegeliana como suprema encarnação da idéia moral, tendo seu condutor na figura do *duce*. O nazismo colocou como critério supremo, orientador dos legisladores e juizes, mesmo em matéria penal (onde se podia aplicar a analogia), “o são espírito do povo alemão”.

(4) *Teoría de la Constitución*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1934, págs. 28-29.

Na União Soviética, tudo se subordinou, desde o início, aos interesses do proletariado revolucionário. Na Constituição de 1936, os direitos políticos têm como marcos os “interesses dos trabalhadores” e a consolidação do “regime socialista”. A Constituição de 1977 reitera essas direções, e proclama, com todas as letras, que “o núcleo” do sistema político da URSS e de todas as suas organizações públicas é o “Partido Comunista”, armado com os ensinamentos do “marxismo-leninismo” (art. 6º). A Constituição chinesa de 1978 é ainda mais explícita, ao dispor em seu art. 2º:

“Na República Popular da China, a ideologia diretora é o marxismo, o leninismo e o pensamento maotsetunguiano.”

Constituições democráticas também indicaram o seu cerne normativo ou sublinharam as linhas mestras guadoras do intérprete. As disposições mais expressivas nesse sentido se encerram na proibição de Partidos antidemocráticos. A prática ganhou certa voga depois da II Guerra Mundial. Assim agiram os autores da Constituição brasileira de 1946, ao darem ao § 13 do art. 141 a seguinte redação:

“É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem” (5).

Em 1947, a Constituição de Baden inseriu igual redação:

“É proibida a formação de Partidos Políticos, grupos eleitorais ou associações de qualquer espécie que visem à destruição das liberdades públicas e individuais ou ao emprego da violência contra o povo, o Estado ou a Constituição” (art. 118, § 4º).

Dois anos depois, a proibição se estendeu ao plano federal, com a Lei Fundamental de Bonn:

“Os Partidos que, pelos seus objetivos ou pela conduta de seus adeptos, visem a prejudicar ou destruir o regime liberal democrático ou a pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha, são anticonstitucionais” (art. 21, § 2º).

Em essência, embora com menos ênfase, a Constituição degaullista, de 1958, preceitua:

“Os Partidos e agrupamentos políticos concorrem para a expressão do sufrágio. Eles se formam e exercem sua ativi-

(5) Não obstante a situação de anormalidade política, ainda vigorante no Brasil, c princípio permanece na Constituição vigente (1967), quando exige, entre os princípios obrigatórios para os Partidos Políticos, o “regime representativo e democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e garantia dos direitos humanos fundamentais” (art. 152, § 1º, I).

dade livremente, devendo respeitar os princípios da soberania nacional e da democracia” (art. 4º).

Apesar de mais lacônico, deve ter o mesmo entendimento o art. 3º, § 3º, da Constituição portuguesa de 1976:

“Os Partidos Políticos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional e da democracia política.”

Outras vezes, o poder constituinte identifica a parte da Constituição que reputa mais valiosa ao ditar uma diretriz de interpretação. É o que deparamos na citada Constituição lusitana, art. 16, § 2º:

“Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

Pertence à mesma família o art. 27 da Lei Constitucional canadense de 1982, que estipula:

“Toda interpretação da presente Carta deve concordar com o objetivo de promover tanto a manutenção como a valorização do patrimônio multicultural dos canadenses.”

A interpretação constitucional — sobretudo quando feita pela cúpula do Poder Judiciário — tem, irrecorrivelmente, um alto quilate político. Desse modo, tal exegese não se pode furtar de maior ou menor influxo da ideologia dominante no momento histórico em que são proferidas as decisões judiciais. Um exemplo apenas, entre inúmeros. Desde que se desenvolveu o constitucionalismo escrito, a partir da Constituição estadunidense de 1789, a rigidez constitucional se firmou como regra. No entanto, o que seria sua consequência lógica, o controle de constitucionalidade das leis — em especial sob a forma da *judicial review* —, levou quase um século para atravessar o Atlântico depois que, em 1803, o juiz da Suprema Corte John Marshall o deduziu como o consectário natural de uma Constituição rígida. As nações européias, embora possuidoras, na quase totalidade, de Constituições do mesmo tipo, se recusavam a adotar o instituto. Consideravam-no infrigente da doutrina da rigorosa separação dos poderes, que se vinculava com a ideologia da preeminência do Legislativo. A Noruega foi, na Europa, um raro exemplo de *judicial review* surgida por evolução jurisprudencial.

Outra diretriz interpretativa é que o Judiciário, no caso de obscuridade das normas e, sobretudo, de conflito entre elas, adote a decisão que mais a prestigie como poder do Estado. Não haveria, então, julgamento em causa própria, pois não se trataria de interesse individual do juiz, mas, sim, da organização judiciária como um todo. A defesa

da judicatura identifica-se, aliás, com a preservação de um órgão independente para a salvaguarda dos cidadãos e da sociedade. As garantias clássicas do Judiciário, por outro lado, somente podem vicejar num regime de liberdade. Por isso, o juiz deve aproveitar toda oportunidade que se lhe oferece para consolidar, com sua independência, as garantias dos direitos individuais. É claro que esse caminho somente pode ser trilhado quando não exista possibilidade de confronto desfavorável com o poder político, do qual resulte até descumprimento das sentenças dos juízes. A alternativa contrária à autonomia judicial é a vinculação política da Justiça. É óbvio que o juiz também é cidadão e pode ser presa até de ideologia que represente um menoscabo do Poder Judiciante. Acusam-se os juizes alemães do regime de Weimar de haverem aplinado os caminhos do III Reich (6). Deve-se ponderar, porém, que os juizes não são os únicos pilares de um regime e que as reações que possam tentar chegar, muitas vezes, tarde.

Um exemplo constitucional brasileiro

O exemplo reside na norma que estabelece a perda de mandato legislativo como sanção da infidelidade partidária. Está contida, hoje, no § 5º do art. 152 da vigente Constituição brasileira, que assim reza:

“Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o Partido sob cuja legenda foi eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo Partido.”

O § 6º acrescenta que a perda do mandato “será decretada pela Justiça Eleitoral mediante representação do Partido, assegurado o direito de ampla defesa”.

O dispositivo que nos interessa — o § 5º — não constava (como o do § 6º) do texto originário da Constituição. Sua origem — de que nos ocuparemos adiante — foi a *chamada* “Emenda” Constitucional nº 1, de 1969, que introduziu aqueles preceitos num parágrafo único do art. 152. Por seu turno, a Emenda nº 11, de 1978, acrescentou ao mesmo artigo seis parágrafos, dois dos quais, o 5º e o 6º, como desdobramento do parágrafo único (7). A única modificação ao anterior parágrafo

(6) ILSE STAFF reuniu algum material a respeito no livro *Justiz im Dritten Reich*, Fischer Bucherei, Frankfurt am Main, 1964.

(7) Por incompleta coordenação do texto, quando da Emenda nº 11, o art. 35, que enumera os casos de perda de mandato de congressista, continua, no seu item V, fazendo remissão ao desaparecido parágrafo único do art. 152.

único foi o acréscimo da parte final do § 5º: “salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo Partido”.

Esse tipo de perda de mandato entra ora em simples desacordo ora em franco antagonismo com muitas normas, do mais alto valor, do nosso ordenamento constitucional, tais como: art. 1º, § 1º (Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido); art. 32 (Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a honra), que também se acha em conexão com o § 8º do art. 153 (É livre a manifestação de pensamento, de *convicção política* ou filosófica etc.); art. 39 (segundo o qual os Deputados são “representantes do povo”); art. 41 (que define os Senadores como “representantes dos Estados”); art. 152, § 1º, I (que manda os Partidos Políticos observarem, na sua organização, os princípios do “regime *representativo e democrático*”); § 2º do art. 153 (Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão *em virtude de lei*); § 1º do art. 153 (Todos são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, *trabalho*, credo religioso e *convicção política*).

Além do choque frontal com esses dispositivos básicos, a perda de mandato por infidelidade partidária contraria os princípios fundamentais da nossa ordem constitucional, os quais poderiam ser assim sintetizados: *O Brasil é uma República federativa, democrática e representativa, de regime líbero-social.*

O exame, embora breve, desse conflito de normas leva-nos aos argumentos seguintes:

I) O dispositivo que pune a infidelidade partidária é incoerente consigo mesmo, ao isentar dessa sanção o parlamentar que deixa o Partido para ser fundador de outro. Esse abandono do Partido não poderia ser excludente do “delito”, pois, em essência, também envolve a sua consumação. Os Deputados e os Senadores não podem ser destituídos pelo povo ou pelo Estado, dos quais são, respectivamente, “representantes”. E não o podem porque não recebem instruções nem do povo nem do Estado. Todavia, esses parlamentares podem receber *instruções* imperativas dos seus Partidos.

II) Com isso se voltou a instituir, sob uma fórmula esdrúxula, o mandato imperativo, banido dos *sistemas representativos* desde o alvorecer do constitucionalismo moderno. Na Inglaterra, o fim do mandato imperativo verifica-se por costume constitucional que recua à primeira metade do século XVIII. Na França, termina com a Revolução de 1789. No Brasil, tal forma de representação política jamais existiu. A primeira Constituição escrita da França, a de 1791, vedou solenemente que os eleitores dessem instruções aos eleitos:

“Os representantes eleitos nos departamentos não serão representantes de um departamento particular, mas de toda a nação, não se lhes podendo dar nenhum mandato” (Seção III, art. 1º, nº 7). (“Mandato” no sentido de ordem ou instrução.)

Essa proibição foi reproduzida nas Constituições de quase todos os povos e ainda se encontram em muitas Cartas políticas recentes. As que silenciaram a respeito assim o fizeram por considerarem implícita a vedação do mandato imperativo como um traço essencial do sistema representativo moderno de cariz pluralista.

É verdade que diversos Estados-Membros da Federação norte-americana conhecem a revogação popular (*recall*) de representantes de Câmaras estaduais e municipais bem como de governadores, prefeitos, às vezes de juizes e até de funcionários administrativos. Mas o instituto não significa uma volta ao mandato imperativo, porquanto os titulares passíveis de *recall* não recebem instruções do eleitorado. Basta que este consiga o número necessário para uma petição de *recall* e alcance a maioria de votos na eleição para esse fim. Aliás, a revogação popular de mandato é um dos instrumentos de controle popular sobre os órgãos representativos. Sua introdução se deve à época de entusiasmo com a democracia semidireta, nutrido pelo chamado “movimento progressista”, cujo lema era que “os males da democracia se curam com mais democracia”. As mesmas considerações valem para a dissolução popular de todo o parlamento (*Abberufungsrecht*) em alguns Estados (*Laender*) da Alemanha Federal.

Os únicos países que, hoje, conhecem o mandato imperativo são os de tipo soviético. Mas, ainda neles, as instruções aos eleitos provêm do eleitorado. Este, portanto, é quem os destitui, pelo menos *de iure*, pois sabemos que o Partido é, de fato, que aciona o eleitorado para agir, como, de resto, toda a máquina estatal ⁽⁸⁾.

III) Pode-se observar que a voga — hoje um tanto enfraquecida — do sistema de eleição proporcional trouxe a tendência a certa mudança da representação clássica. Esta se caracteriza pela adoção do mandato livre. O mandato imperativo, em que o eleito recebia instruções do elei-

(8) O modelo de preceitos constitucionais dessa ordem se encontra na Constituição da URSS de 1936, art. 142, reproduzido de modo mais explícito nos arts. 102 e 107 da Constituição de 1977. Escrevendo sobre a vigência daquela Constituição, A. BEZÚGLOV comenta o mandato imperativo no seu livro *El Diputado Sovietico — Estatuto Jurídico*, Editorial Progreso, Moscou, 1976, págs. 32 e segs. O mesmo faz BORIS TOPORNIN quanto à Constituição de 1977, na obra *Nueva Constitución de la URSS* (Editorial Progreso, Moscou, 1980, págs. 203 e segs.), onde nos informa que aproximadamente 4.000 Deputados dos Sovietes de diferentes níveis tiveram seus mandatos revogados no último decênio. O mandato imperativo e a revogação popular em outros países marxistas-leninistas: República Democrática Alemã (Const. 1968, arts. 21, § 2º, e 57, § 2º), Albânia (Const. 1946, art. 3º, § 3º), Bulgária (Const. 1947, art. 4º), Hungria (Const. 1949, art. 62, II e III), Romênia (Const. 1948, art. 4º), Tchecoslováquia (Const. 1948, art. 4º, § 1º; Const. 1960, art. 3º, §§ 2º e 3º), Iugoslávia (Const. 1946, art. 7º; Const. 1953, arts. 2º, 32, 52 e 53; Const. 1974, art. 95), República Popular da China (Const. 1954, art. 38; Const. 1978, art. 29), República Popular de Angola (Const. 1975, art. 21). Não nos foi possível consultar as Constituições da Albânia, Bulgária e Romênia em vigência hoje.

torado e por este podia ter o seu mandato revogado, estaria definitivamente sepultado. Tal espécie de mandato se justificava na Idade Média, quando os condados e cidades (burgos) enviavam ao parlamento do Reino representantes como se fossem embaixadores ou plenipotenciários. Enquanto, no sistema eleitoral majoritário, se escolheriam pessoas, na representação proporcional se votaria mais numa corrente de opinião. É natural que, no último sistema, os eleitores desejem a sustentação de uma linha política e se inclinem por maior vinculação dos eleitos ao eleitorado. ESMEIN e CARRÉ DE MALBERG foram dos primeiros a perceberem essa desfiguração da teoria clássica do sistema representativo. Denominaram, por isso, o fenômeno como sistema "semi-representativo". Essa direção se reforça com Partidos Políticos mais disciplinados.

Cabe aqui pequena resenha da evolução das agremiações partidárias nas seguintes fases:

1ª) sua condenação no início do demoliberalismo (no caso de ROUSSEAU, que não era liberal, porque os Partidos fragmentariam a *volonté générale*; por George Washington, no seu "Discurso de Despedida", porque as facções poriam em risco a unidade da República);

2ª) a existência deles à margem da lei;

3ª) o tímido reconhecimento pela lei; e, finalmente,

4ª) a ascensão dos Partidos a entidades constitucionais, com atribuições mais ou menos amplas.

No último estágio, teríamos o "Estado de Partidos" (o *Parteienstaat* dos alemães, ou a *partitocrazia* dos italianos). Ao nosso ver, esse pode assumir a forma de Estado de Partidos parcial ou de completo Estado de Partidos. A realização máxima da última variante encontra-se nos Estados totalitários, nos quais seria mais acertado usar o singular "Estado de Partido", pois neles é o Partido único ou uma única coligação partidária que impera como a mola mestra da sociedade e de sua organização política. A descrição de MARCEL WALINE merece ser lembrada mais uma vez:

"Tudo se passa, com efeito, como se cada Partido constituísse uma potência, e a vida política interior do *Parteeinstaat* se tornasse comparável às relações de potência a potência. Equivale a dizer que cada Partido constitui um Estado dentro do Estado. Poder-se-ia suprimir o Parlamento e atribuir a cada Partido um coeficiente correspondente à percentagem de seus votos no país. Se, num país, por exemplo, existem, segundo a última consulta eleitoral, quatro Partidos, reunindo cada qual, respectivamente, 40%, 30%, 20% e 10% dos votos, bastaria um diretório de quatro pessoas, deliberando uma com 4 votos, a outra com 3, a terceira com 2 e a última com um só. Far-se-ia economia de um Parlamento e o resultado seria o mesmo."

O autor cita, ao pé da página, uma frase de 1581 do Hetman polonês Wielecki:

“Parece que quem envia Deputados *cum limitata potestate* (com poder limitado) poderia fazê-lo com menos despesas mandando uma carta por um doméstico” (9).

Mas as verdadeiras democracias pluralistas souberam combinar o que chamamos de Estado de Partido misto ou parcial com o mandato livre, no qual se proíbe que o eleito receba instrução do eleitorado, porque deve obediência apenas à sua consciência. De outro modo, estaria anulada a inviolabilidade parlamentar ou imunidade material (*Indenitaet* do direito alemão atual, *irresponsabilité* dos franceses, ou *freedom of speech* dos autores de língua inglesa). Por outro lado, não se saberia como conciliar o mandato imperativo, mediante a entrega de instruções do eleitor aos eleitos, com o voto secreto. Na URSS e países similares, as duas coisas — voto secreto e mandato imperativo — coexistem no texto constitucional. A compatibilização não seria explicável pela votação numa única chapa eleitoral, a não ser que se ignorem os que votam em branco.

A Alemanha Federal é um bom exemplo de Estado de Partido parcial ou misto. Nela, os Partidos exercem grande influência, inclusive na elaboração do rol dos candidatos (que também pode ser apresentado por 200 eleitores), cuja ordem não é alterável pelos eleitores, nas eleições por listas ou pelo sistema proporcional. Todavia, isso não impede a existência do mandato livre nem a inviolabilidade parlamentar. Já a Constituição de Baden, além de proibir (como a de vários *Laender*) o mandato imperativo (art. 61), prescreve em seu art. 121:

“É proibido prometer obediência incondicional a um Partido ou a seus líderes bem como exigir essa promessa... Nos discursos, atos, deliberações e eleições, o Deputado procede de acordo com suas convicções e sua consciência.”

Por seu turno, o art. 38 da Lei Fundamental de Bonn determina que os Deputados do *Bundestag* “são representantes de todo o povo, não estão vinculados a ordens nem instruções, subordinando-se unicamente à sua consciência”. É pacífico que o preceito vale tanto para os Deputados eleitos pelo sistema majoritário ou nos distritos como para os eleitos nas listas estaduais. Considera ilegítima, ademais, qualquer pressão da bancada partidária sobre os seus membros (10).

KONRAD HESSE esclarece que a proibição do mandato imperativo tem, aí, um sentido mais amplo do que no antigo constitucionalismo alemão. Por ela “são fortalecidos os limites jurídico-constitucionais da ligação do Deputado, de modo que o *status* deste, que se fundamenta no mandato livre, é independente de sua filiação partidária”. Conseqüen-

(9) *Les Partis contre la République*, Ed. Rousseau et Cie, Paris, 1948, págs. 65-6.

(10) Entre outros comentadores, ANDREAS HAMANN, *das Grundgesetz*, Hermann Luchterhand Verlag, Berlin-Neuwied-Darmstadt, 1956. Comentário ao art. 38.

temente, ainda quando o Partido é extinto por ser julgado inconstitucional, quando o Deputado o abandona ou dele é excluído, seu mandato perdura. A única consequência é a perda da representação do Partido nas Comissões do *Bundestag* (11).

IV) No Brasil, o “delito” de infidelidade conduziria aos maiores absurdos de interpretação qualquer que seja o esforço para salvá-lo. Por um passe de mágica, o dispositivo em apreço faz tábua rasa do art. 39 da mesma Constituição que define o Deputado como “representante do povo”, do qual emana todo poder (art. 1º, § 1º), e da noção dos Senadores como “representantes dos Estados” (art. 41).

Vincula os parlamentares brasileiros tão estreitamente às instruções partidárias que eles passariam a representantes dos Partidos. Note-se que o legislador vacila nesse terreno. Segundo o art. 117 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, de 1971 (12) — posterior, pois, ao preceito constitucional da perda de mandato por infidelidade partidária —, o cancelamento do registro de um Partido não acarreta a exclusão, no parlamento, dos que foram eleitos sob a respectiva legenda. Pelo cordão umbelical que passou a prender o representante “popular” ao Partido, a consequência deveria ser a oposta. O parlamentar sobrevivente ao Partido de quem receberia instruções? Pelo visto, seria o único parlamentar verdadeiramente livre, e com inviolabilidade menos restrita. Mas a parte final do mesmo art. 117 cai em nova contradição, agora com o artigo mesmo, ao excetuar dessa regra os eleitos por Partidos extintos em virtude de sentença que os considerou antidemocráticos. Já sabemos que a norma é contrária ao entendimento do Tribunal Constitucional alemão para situação idêntica. Outro titubeio da legislação, depois de tanta valorização constitucional do Partido Político, reside na exclusão do voto dado apenas à legenda partidária. No caso de divergência, na cédula eleitoral, entre a sigla partidária escrita pelo eleitor e os nomes dos candidatos, estes prevalecerão, não dando causa à anulação do voto. A última prática também briga com a vinculação completa dos votos em todas as eleições.

Nossa Constituição garante a liberdade de manifestação de pensamento, mencionando explicitamente a de “convicção política” (art. 153, § 8º). No entanto, quem menos dispõe disso é justamente o parlamentar, quem mais deveria dela gozar a fim de dar fiel desempenho à sua missão de representante da “soberania popular”. O instituto da fidelidade partidária amesquinha-o, fazendo-o servo espiritual e político do Partido, de cujas “instruções” não pode divergir, sob pena de perda do mandato. Com isso, aniquila-se a inviolabilidade parlamentar, consagrada no art. 32. Com uma espada de Dâmoques sobre suas cabeças, como poderão os Deputados e Senadores ser “invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos”?

(11) KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Mueller, 9. Auflage, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, págs. 241-2.

(12) Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971.

A diminuição do parlamentar viola também o princípio da igualdade perante a lei. Enquanto o grilhão da fidelidade partidária somente prende os membros do Poder Legislativo, os do Executivo estão livres para qualquer aventura política. Podem cruzar à vontade as fronteiras de todas as agremiações políticas. No entanto, uma das tarefas mais relevantes dos parlamentos está na fiscalização dos atos do Poder Executivo. Releia-se a norma a fim de avaliar a profundidade da discriminação:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas” (art. 153, § 1º).

Novamente, a ironia de ser penalizado por suas “convicções políticas” justamente quem exerce o “trabalho” — o trabalho parlamentar —, no qual se devem manifestar, com mais frequência e também com mais liberdade, tais convicções.

A Constituição proclama que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão *em virtude de lei*.” Não obstante, se todos podem invocar essa garantia, os parlamentares, os que mais dela necessitam, estão privados, por mais um contra-senso jurídico, da sua guarida. A Constituição equiparou as “instruções” dos Partidos a “leis” — leis que os legisladores devem cumprir submissamente, sob pena do encerramento da sua atuação legiferante. A voz do Partido — que, aliás, não é do Partido como um todo, mas, como veremos, da cúpula que o domina — soa mais alto que a da Constituição em suas normas de maior vulto. Por fim, a Constituição exige que os Partidos Políticos respeitem os princípios do “*regime representativo e democrático*, baseado na pluralidade dos Partidos e *garantia dos direitos humanos fundamentais*” (art. 152, § 1º, I). A submissão dos parlamentares às instruções dos Partidos traduz, porém, um retorno ao mandato imperativo, que não se coaduna com o sistema representativo, muito menos com a representação popular. Os Partidos — impõe a Constituição — devem observar a “*garantia dos direitos humanos fundamentais*”, mas a mesma Constituição admite que os Partidos privem os seus parlamentares da inviolabilidade, cerceem suas manifestações de pensamento, silenciem suas convicções políticas e, discriminatoriamente, os diminuam em face do Poder Executivo, do qual os mesmos parlamentares são os fiscais. Poderá o povo falar livremente se os seus chamados representantes, os seus porta-vozes, são assim emudecidos? O dispositivo constitucional condena os Partidos antidemocráticos, dando motivo para sua dissolução judicial, mas, por nova incoerência, estimula os Partidos existentes a adotar práticas próprias das agremiações totalitárias, como o mandato imperativo e a subordinação dos eleitos à legenda partidária nas questões parlamentares. Relembremos que, na letra da lei, o nosso mandato imperativo, além de juridicamente contraditório, é mais antidemocrático do que o do modelo soviético. Neste, os parlamentares recebem instruções dos eleitores. Aqui, elas lhes são ditadas pelo respectivo Partido.

V) Justifica-se o encerramento desta série de argumentos com breves ponderações metajurídicas: mais precisamente, político-sociológicas. Mantida a norma da perda de mandato por infidelidade partidária, grandes inconvenientes resultariam. As primeiras vítimas seriam os parlamentares mais independentes, mais inovadores, mais zelosos de seus deveres de consciência e de maior espírito público. Por outro lado, o clima seria propício para os acomodaticios, os carentes de idéias próprias, os que encaram o mandato legislativo com um polpudo “emprego”, e não como um pesado encargo, cheio de compromissos de ordem moral e material com a sociedade. A fidelidade produzida por coerção somente contribui para alimentar a hipocrisia. A fim de conservar o cargo, o legislador acomodado diz amém a todas as manifestações públicas do Partido, deixando falar a voz da consciência somente nas votações secretas.

O dispositivo constitucional impede que o parlamentar, de qualquer nível, se oponha “às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária”. A Lei Orgânica dos Partidos Políticos considerou como tais as diretrizes que “forem fixadas pelas Convenções ou Diretórios Nacionais, Regionais ou Municipais”. Como, por ocasião de um importante problema parlamentar, quase sempre não há tempo para reunir a Convenção — muito menos para uma consulta plebiscitária dentro do Partido —, as instruções, por via de regra, se originam dos Diretórios. Estes, por sua vez, são constituídos ou manobrados pelos “donos” do Partido ou sua grei dominante, que se aferram à direção do prêmio político. É uma espécie de lei sociológica, salientada por ROBERTO MICHELS em seu famoso livro *Os Partidos Políticos*. Mostra-nos ele que essas organizações, em virtude de sua natureza de grupos de luta, tendem a adquirir uma estrutura oligárquica.

Ainda se deve aduzir que não é compreensível nem aconselhável a imposição de fidelidade partidária quando os Partidos quase não se distinguem em seus programas. Somente se excetuam os Partidos de extrema direita ou esquerda, cuja organização é inconstitucional entre nós. O fenômeno da assemelhação dos Partidos verifica-se em todas as democracias industrializadas. Afinal, os problemas da sociedade moderna são mais ou menos iguais, sendo natural que pouco variem os receituários apresentados. Deixemos de lado a similitude dos *Democratas* e *Republicanos* nos Estados Unidos, que já recua a mais de século. Voltemos a vista para as democracias européias, a começar pelo Reino Unido, onde os *Trabalhistas* e *Conservadores*, outrora tão distanciados nas direções programáticas, hoje se separam por meras nuances. A estabilidade das democracias industrializadas resulta de causas mais profundas do que a ausência de diferenças radicais entre os agrupamentos políticos. Mas o último fenômeno não deixa de ter influência. Porque os Partidos não são separados por profundas divergências, o jogo político se desenvolve sem maiores violências, e as forças contendoras podem alternar-se no poder sem que isso signifique, de cada vez, uma revolução. Entre nós, no entanto, se procura alimentar ortodoxias partidárias artificiais, cuja conseqüência é fomentar a ânsia de

monopólio perpétuo do poder nos governistas, e a radicalização nos seus opositores.

* * *

A solução material para a congérie de incongruências normativas em exame já foi apontada. Resta tratar dos caminhos processuais para atingi-la.

Se o ato que introduziu a perda de mandato por infidelidade partidária for caracterizado por sua denominação de "Emenda Constitucional" — a de nº 1 —, a resolução se torna juridicamente — não dizemos "politicamente" — fácil. Sendo o poder de reforma constitucional um poder "constituído", porque criado e regulado pela Constituição, é pacífico o cabimento do controle judicial de constitucionalidade de emendas à Carta Magna ⁽¹³⁾. Não sabemos se a atmosfera política já permite esse raio de ação ao Judiciário. Todavia, quando a meteorologia política fornecesse previsões menos incertas, uma Justiça mais independente ou mais atuante poderia decretar, por via incidental ou em tese, a inconstitucionalidade da mencionada "emenda". Daí poderiam advir profundas mudanças em nosso ordenamento jurídico, tais como a anulação dos atos posteriores à "emenda" e que a ela se ligam. Por esse roteiro, aproximar-nos-íamos muito do texto originário da Constituição de 1967.

Trata-se, entretanto, de senda que dificilmente poderia ser aberta ao trânsito pela teoria constitucional. A luta de rótulos — Emenda nº 1 ou Constituição de 1969 — brotou da semântica política, que presenteou com a vitória o primeiro batismo.

Contudo, é inegável que a "emenda" não foi feita nem pelo órgão competente segundo a Constituição nem pelos processos nela prescritos. O órgão foi a Junta Militar que, desconhecendo o direito de o Vice-Presidente da República assumir o poder nos impedimentos do Presidente, assumiu a Presidência. Ora, para o jurista, toda tomada do poder por modos diversos dos previstos na Constituição representa uma rutura revolucionária da ordem constitucional, sendo indiferente juridicamente que se denomine isso revolução ou golpe de Estado. A preferência pela nomenclatura é uma polêmica política, e não jurídica. Sob o nome de emenda, o que a Junta fez foi outorgar uma nova Constituição, não importando que o seu conteúdo coincida, na maior parte, com o da Carta política de 1967.

Vistas as coisas desse ângulo, nosso problema se resolveria pela inaplicabilidade das normas de menor valor em face das normas de maior peso, embora todas elas pertencentes ao mesmo setor normativo, conforme as premissas acima assentadas.

Se essa estrada — em virtude, sobretudo, da conjuntura política — ainda for tida como áspera, o julgador poderá considerar que não é

(13) Tratamos com mais extensão dessa matéria em nossos livros já citados, *O Poder de Reforma Constitucional* e *O Processo Legislativo*.

plenamente auto-aplicável o preceito da perda de mandato por infidelidade partidária. Trata-se, no caso, de um delito, e delito de opinião, o que é outro choque com o direito à liberdade de consciência e de livre manifestação do pensamento (Const., art. 153, §§ 5º e 8º). Seja qual for o delito, é indispensável a sua plena definição legal. É verdade que a Lei Orgânica dos Partidos Políticos dedica um capítulo (o 2º do Título VI) à matéria. Mas se ocupa mais das questões processuais, sendo muito lacunoso na conceituação no delito em si. Ora, definição defeituosa ou insuficiente de um delito não pode satisfazer ao requisito indispensável de sua tipificação.

Indagações de suma importância repontariam. A infidelidade partidária verifica-se em problemas de constitucionalidade de projetos legislativos? A Justiça, guardiã da Constituição, pode punir um congressista que desobedeceu às "diretrizes" do Partido a favor de determinado projeto que o insubordinado reputou inconstitucional? Puniria a Justiça quem tentou diminuir-lhe o trabalho, lutando contra a aprovação de uma proposição inconstitucional? Lembre-se que muitas são as leis com esse vício e até emendas à Constituição. Se a resposta à nossa pergunta for afirmativa, teremos a mais amarga das ironias: a Justiça decretaria a perda de mandato do parlamentar numa oportunidade, e em outra, decretaria a inconstitucionalidade da lei nascida do projeto que ele se negou a aprovar.

A discordância sobre o interesse público de certos projetos levaria a situações semelhantes. Quem deixou de apoiar emenda constitucional por ser exclusivamente eleitoreira, como a que aumenta, sem necessidade, o número de congressistas, deverá ser incurso no dispositivo que determina a perda de mandato?

Os problemas técnicos levantam as mesmas dificuldades. Deve condenar-se um parlamentar, leigo ou profissional de engenharia, que negou apoio a um projeto (exigido pelo seu Partido) sobre a construção de uma ponte ou túnel por lhe parecer inviável ou mal localizada?

Dir-se-á que, ao arquivar as "diretrizes" de um Partido, a Justiça pratica ato apenas formal, não entrando no exame do seu conteúdo. Consideraria tal análise matéria política, que escaparia ao seu crivo. É escrúpulo que não deveria alimentar, porquanto indisfarçavelmente política é a infidelidade partidária ou o abandono de Partido. Foi o dispositivo constitucional que, fugindo a princípio consagrado, submeteu à apreciação judicial assunto evidentemente político.

Se for tido como ignomínia destituir do mandato um parlamentar que divergiu do Partido nas quatro espécies de problemas acima enumerados — os de consciência, de constitucionalidade, de interesse público e de ordem técnica —, o delito de infidelidade partidária ficará esvaziado. Que se punirá além disso? Nugas legislativas, questões de *lana caprina*? Merecerá o nome de parlamento o órgão que delas se ocupe? Merecerá o nome de Partido Político a agremiação que as torne "questões fechadas"?