



Mestrado em Direito Constitucional

**A FIDELIDADE PARTIDÁRIA À LUZ DO
ATIVISMO JUDICIAL**

VANESSA COSTA TOLENTINO

Brasília - DF

2011



Mestrado em Direito Constitucional

A FIDELIDADE PARTIDÁRIA À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL

VANESSA COSTA TOLENTINO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação “stricto sensu” – Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco.

Brasília - DF

2011



VANESSA COSTA TOLENTINO

A FIDELIDADE PARTIDÁRIA À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL

*Dissertação apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP), como
parte dos requisitos para a obtenção do
título de mestre em Direito Constitucional.*

Aprovada pelos membros da banca examinadora em 13/04/2011, com
menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, Orientador (IDP)

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (IDP)

Prof. Dr. Terrie Ralph Groth (UNB)

Tolentino, Vanessa Costa.

A Fidelidade Partidária à Luz do Ativismo Judicial.
Vanessa Costa Tolentino. Brasília, 2011.
96 p.

Dissertação de Mestrado- Instituto Brasiliense de Direito
Público- IDP.

Orientação: Prof. Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco.

1. Direito Constitucional. 2. Fidelidade Partidária. I. Título.

Aos meus pais, José Ramos e Zaíra, exemplos de caráter que, mesmo à distância, sempre foram um constante incentivo ao estudo e à busca pelo aperfeiçoamento.

Ao meu noivo, quase marido, Eduardo, pela paciência de ouvir as explicações jurídicas e ainda pelas noites e fins de semanas de ausências dedicadas aos estudos.

Aos amigos da Codevasf, sempre interessados em acompanhar os aprendizados adquiridos.

Por fim, mas não por último, a Deus, agente causador de tudo.

Agradeço ao Professor Paulo Gustavo Gonet Branco, pela dedicação e paciência na difícil tarefa de orientar aqueles que estão desorientados.

Aos professores Inocêncio Coelho, Gilmar Mendes, Júlia Ximenes, José Levi, Marcelo Neves, Heloísa Estelita, Márcio Garcia e Liziane Meira, pelas enormes contribuições ao ensino jurídico.

RESUMO

Palavras-chave: Ativismo judicial- Fidelidade partidária- Neoconstitucionalismo- Hermenêutica jurídica- Direitos fundamentais.

O trabalho pretende demonstrar as influências do ativismo judicial na orientação jurisprudencial da fidelidade partidária no Brasil. Para tanto, perpassa por uma análise da importância do equilíbrio entre os Poderes constituídos para o Estado Democrático de Direito como meio essencial para o funcionamento harmônico das instituições, possibilitando, assim, a efetivação dos direitos traçados na Constituição de 1988. Analisa a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo que conduziram à transferência da função de implementação dos anseios sociais e políticos ao Judiciário, incrementando seu papel, tornando-o substituto em funções atípicas, ou seja, que não seriam, ao menos inicialmente, de atribuição do Judiciário, tudo em nome da concretização da vontade da Constituição. Neste sentido, busca na doutrina americana os balizamentos do ativismo judicial como forma de explicar a nova postura do Judiciário brasileiro. Concluindo que a criação judicial da perda de mandato por infidelidade partidária encontrou respaldo nas modernas teorias da hermenêutica jurídica, mormente no neoconstitucionalismo, ainda que inexistente tal previsão no ordenamento jurídico positivado. O ativismo Judicial ultrapassou as barreiras do positivismo em virtude da necessidade de atendimento dos anseios do povo, potencializando o alcance das normas constitucionais por meio de uma interpretação que permita a concretização de direitos constitucionais inefetivados em virtude da inércia dos demais Poderes, ainda que para tanto seja preciso afastar outros direitos. Concomitantemente, tal atuação é duramente criticada por exacerbar o papel do Poder Judiciário face às competências previstas na Constituição.

ABSTRACT

Keywords: Judicial Activism- Party loyalty - Neoconstitutionalism- Juridical interpretation - Fundamental Rights.

The study discusses the influence of judicial activism in the jurisprudential orientation of party loyalties in Brazil. For that runs through an analysis of the importance of balance between the powers constituted for the democratic state of law as an essential means for the harmonious functioning of the institutions, thus enabling the realization of the rights outlined in the 1988 Constitution. Analyzes the inertia of the Executive and Legislative branches that conducted the transference of the implementing function of the social and political aspirations to the judiciary, increasing its role, making it atypical in office replacement, or which would not, at least initially, to award the Judiciary, all in the name of the implementation of the desire of the Constitution. In this way, search in American doctrine the guideposts of judicial activism as a way of explaining the new attitude in the Brazilian Judiciary. Concluding that the judicial creation of loss of office by party loyalty found support in modern theories of legal interpretation, particularly in neoconstitutionalism, even absent such a provision in the legal positivised. Judicial Activism pushed the obstacles of positivism because of the necessity of fulfilling the desires of people, increasing the scope of constitutional norms through an interpretation that allows the realization of constitutional rights not effected because of inertia of the other branches, although for both need to remove other duties. Concomitantly, such action is harshly criticized for exacerbating the judiciary role in relation of the Constitucional skills.

SUMÁRIO

Introdução:	10
Capítulo 1- Considerações iniciais acerca do ativismo judicial:	14
1.1. Breve histórico do ativismo judicial:	14
1.2. Diferenças entre Ativismo Judicial e Judicialização da Política:	29
Capítulo 2- Limites do Ativismo Judicial:	36
2.1. O Papel do Estado:	42
2.2. Interpretação e concretização:	47
Capítulo 3- A efetivação dos direitos políticos e a perda de mandato eletivo:	52
3.1. Fidelidade partidária no Brasil:	58
3.2. Análise da jurisprudência sobre a perda de mandato por infidelidade partidária:	68
Conclusões:	80
Referências:	90
Anexos:	94

Introdução:

Não é fácil imaginar, atualmente, alguma questão política, econômica, científica, moral ou ambiental que não possa ser levada à apreciação pelo Judiciário. A própria Constituição Federal traz tal previsão em seu artigo 5º, XXXV¹.

Entretanto, a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em face dos problemas da sociedade tem exacerbado a necessidade de se recorrer ao Judiciário para que a população tenha acesso aos direitos previstos na Constituição da República. “Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como judicialização da política.²”

Tal processo pode ser visto como a “judicialização do direito em geral”, fenômeno pelo qual a ação judicial é utilizada crescentemente em diversos ramos como forma de efetivação dos direitos, ou seja, é o instrumento de concretização da Constituição, por meio do alargamento do seu círculo de intérpretes, conforme defendido por Peter Häberle³, especialmente em virtude do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Criticado por uns e defendido por outros, as transformações inerentes a esse processo de judicialização da sociedade estão cada dia mais presentes nas vidas dos cidadãos e parece não ter escapatória, segundo a ordem constitucional vigente.

É inegável que, na recente história democrática do Brasil, o Poder Judiciário se firmou como uma das instituições mais sólidas da República, considerado *ultima ratio* para impedir os abusos do Poder Executivo e corrigir as mazelas que assolam o Poder Legislativo.

Entretanto, o processo de “judicialização da política”, que conduz ao ativismo judicial, não deve ser visto como uma postura paternalista dos Tribunais, mas sim como um instrumento de transformação social e decorrente do modelo constitucional vigente.

¹ Artigo 5º, XXXV: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

² CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em 12/01/2009.

³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

Essa tarefa é responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que, em verdade, depende da conduta dos Tribunais na aplicação dos mecanismos processuais instituídos pela própria Constituição e que buscam dar efetividade aos seus princípios.

Tal fenômeno está ligado à redemocratização do país, iniciada com a Constituição Federal de 1988, à constitucionalização dos direitos e à forma de controle de constitucionalidade adotada pelo Brasil. Assim, percebe-se que, no Brasil, a problemática da judicialização da política e do ativismo judicial possui uma conotação de causa e efeito, o que será explicado adiante.

A inquietação intelectual surge ao tentar conciliar a abertura democrática que conferiu ao cidadão e às instituições democráticas liberdade e segurança nunca antes vistas com os dogmas postos pelo positivismo e agora colocados à prova em virtude da impossibilidade de compatibilizar os anseios sociais com a simples e dura letra da lei.

Esse cenário tem servido de pano de fundo, ou, às vezes, com papel de destaque, às várias decisões tomadas pelas Cortes brasileiras, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), como foram os casos do direito de greve dos servidores públicos, do uso de algemas e da fidelidade partidária, apenas para ilustrar a recorrência do tema em nossos tribunais. Ressalta-se que a técnica de ponderação de interesses defendida, entre outros, por Robert Alexy, tem grande relevo sob a ótica do neoconstitucionalismo, uma vez que o ativismo judicial nele está engajado.

Percebe-se que o tema assaz intrigante e complexo, todavia, é de extremo relevo para a conjuntura atual da sociedade brasileira. Assim, seriam inconciliáveis as consequências impostas pela abertura democrática com o modelo da inércia do Judiciário? Ou o fomento do ativismo judicial como forma de consolidar a democracia seria válido mesmo diante da separação dos poderes?

A partir desse panorama surgem vários problemas passíveis de análise: a legitimidade do Poder Judiciário atuando como legislador positivo, os limites dessa atuação, o paradoxo entre os direitos previstos na Constituição e sua inefetividade perante as políticas públicas adotadas pelos governantes.

Destarte, não se pretende esgotar o tema do ativismo judicial e suas imbricadas consequências, mas sim utilizá-lo como prisma de análise da criação judicial da nova hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária instituída pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁴.

É sob o prisma do ativismo judicial e da judicialização da política que se pretende examinar as resoluções nºs 22.610/2007 e 22.733/2008 do TSE, bem como o julgamento proferido pelo STF no âmbito das ADI's nºs 3.999/DF e 4.086/DF, com o intuito de estabelecer uma nova hipótese de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

Tendo por objeto de exame as supramencionadas resoluções do TSE, é sob o aspecto da legitimidade e da possibilidade jurídica do estabelecimento de tal limitação aos direitos políticos dos cidadãos brasileiros que será examinada a perda de mandato por infidelidade partidária, tendo em vista o neoconstitucionalismo⁵, o ativismo judicial e o princípio democrático.

Ressalta-se que o foco deve recair não apenas no detentor do mandato eletivo que eventualmente pode perdê-lo em caso de infidelidade partidária, mas também sob o prisma do cidadão, que se vê a mercê do jogo político empreendido pelos eleitos quando protagonizam a dança partidária.

Nesse diapasão, ao mesmo tempo em que a criação judicial da fidelidade partidária fortalece a democracia e privilegia uma coletividade de eleitores, ela tolhe os direitos políticos de cidadãos exercentes de mandatos eletivos. Percebe-se que houve uma opção do Judiciário por guarnecer a democracia, em uma nítida escolha dos valores a serem prestigiados⁶.

⁴ Cf. Informativo nº 528 do STF (novembro de 2008).

⁵ Segundo Daniel Sarmiento, em *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, disponível em www.editoraforum.com.br, a palavra neoconstitucionalismo não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha; trata-se de um conceito formulado, sobretudo, na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos. Adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, mas nenhum destes se define neoconstitucionalista, nem mesmo o próprio Sarmiento se autodefine neoconstitucionalista, quando entendido nos moldes traçados por Luis Pietro de Sanchís (mais princípios que regras, mais ponderação que subsunção, mais constituição do que leis, pluralidade de valores).

⁶ Contra a ideia dos juízes escolherem os valores a serem protegidos, cf. John Hart Ely, *Democracia Y Desconfianza, capítulo III - El descubrimiento de los valores fundamentales*, p. 70.

Sabe-se que o legislador conferiu ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a possibilidade de editar resoluções⁷ e responder a consultas visando regular o processo eleitoral. Entretanto, a inovação legislativa ocorrida por meio das resoluções nºs 22.610/2007 e 22.733/2008 estaria dentro dos limites disciplinares e normativos do TSE? Passaremos às respostas à diante.

⁷ Cf. Código eleitoral brasileiro (lei nº 4737 de 15 de julho de 1965), artigo 23, incisos IX e XII.

Capítulo 1- Considerações iniciais acerca do ativismo judicial:

1.1. Breve histórico do ativismo judicial:

O problema inicial permeia a conceituação do ativismo judicial, e não há consenso acerca de sua definição.

A expressão começou a ser utilizada nos Estados Unidos como forma de criticar a postura de alguns juízes da Suprema Corte americana que adotavam tendências mais liberais. Tal divisão, conservadores e liberais, foi materializada pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr. em seu artigo “The Supreme Court: 1947”, no qual foi realizada uma análise dos juízes que compunham a Corte, dividindo-os em ativistas, autolimitadores e de centro⁸.

Todavia, essa divisão era desprovida de conteúdo jurídico e se baseava primordialmente em uma perspectiva crítica daqueles juízes que rompiam com o sistema de precedentes judiciais, o que não era bem visto, uma vez que países adeptos do *common law* são deveras rígidos com relação ao *stare decisis*⁹.

O termo *judicial activism*¹⁰ foi utilizado em contraponto ao *self restraint*, ambos caracterizando posições dos juízes da Suprema Corte americana; o primeiro, no sentido da utilização do Tribunal como forma de efetivação da justiça social, e o segundo, na linha da autocontenção judicial, preocupava-se primordialmente com a forma.

O jornalista dividiu os juízes em três grupos: Hugo Black, Willian Douglas, Wiley Rutledge e Frank Murply na ala dos ativistas, enquanto Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton se alinhavam à autocontenção; já o *Chief*

⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio (Org.). Et al. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, v. 1, p. 152.

⁹ O sistema do *stare decisis* se baseia no respeito às decisões proferidas por instâncias de julgamentos superiores, assim, os julgadores de instâncias inferiores devem seguir tais decisões quando os casos forem similares.

¹⁰ Craig Green, professor associado da Yale Law School, critica a introdução feita por Schlesinger ao ativismo judicial, pois ela teria sido feita de forma duplamente desfocada: nem conseguiu explicar o que seria ativismo, tampouco se dignou a dizer quando o ativismo é bom ou ruim. Acrescenta ainda que Schlesinger fez a classificação entre juízes ativistas ou não focando sempre no lado pessoal, ao invés de se articular em princípios. *An Intellectual History of Judicial Activism*. 58 Emory Law Journal, 2008-2009, p. 1200.

Justice, Fred Vison, juntamente com Stanley Reed, ocupavam uma posição intermediária.

O artigo de Schlesinger Jr. foi produto de uma entrevista concedida por Robert H. Jackson, *Justice* que retornava à Corte após um período atuando como procurador no Tribunal de Nuremberg, na qual os bastidores da política e da formação da Suprema Corte Americana foram revelados à população, e um dos principais aspectos abordados foi a articulação promovida pelo Presidente Roosevelt para implementar o *New Deal*.

Não obstante a conotação pejorativa dada ao termo por pessoas estranhas ao mundo jurídico, no âmbito acadêmico o ativismo judicial encontra respaldo, havendo ávidos defensores e também ferrenhos opositores.

Há muito se fala em ativismo. Como se vê, a expressão foi cunhada na década de 40, mas quem bem estabeleceu critérios didáticos para facilitar o estudo foi Bradley Canon¹¹, em 1983, conforme será visto adiante.

Como dito, a origem do ativismo é norte-americana. Antes mesmo de a expressão *judicial activism* ficar conhecida, nos Estados Unidos o ambiente era propício ao desenvolvimento do ativismo, visto como o fortalecimento do Judiciário, em virtude do contexto histórico no qual o país sempre esteve inserido. O célebre caso *Marbury versus Madison*¹², embora tenha ganhado notoriedade por ser o

¹¹ CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism. Judicature*. Vol. 66. Number 6. December-January 1983.

¹² LIMA, Diego dos Santos; SANTOS, Eron Simas dos. *Controle Difuso de Constitucionalidade*. Disponível em <http://br.monografias.com/trabalhos3/supremacia-constitucional/supremacia-constitucional2.shtm>. Acesso em 22/5/2010. Veja-se resumo do caso:

“O caso teve início quando, na eleição americana do ano de 1800, Thomas Jefferson e John Adams disputavam a Presidência. Thomas Jefferson viria a vencer o então presidente John Adams. Adams, no tempo que restava de seu mandato, com o intuito de conservar sua influência política no Poder Judiciário, aliou-se ao Congresso para, em fevereiro de 1801, aprovar uma lei de reestruturação do poder judiciário federal. Suas principais mudanças foram ter diminuído o número de ministros da Suprema Corte, impedindo assim a nomeação de novos pelo futuro presidente, e ter criado dezesseis cargos de juiz federal, que foram ocupados por seus aliados. Ainda no mês de fevereiro, uma nova lei autorizou John Adams a nomear quarenta e dois juizes de paz, sendo que quase todos os nomes indicados pelo Presidente foram aprovados e confirmados pelo Senado na véspera da posse de Thomas Jefferson. Contudo, não deu tempo de distribuir todos os Atos de Investidura; com isso, alguns juizes, apesar de nomeados, não chegaram a ser empossados. Quando assumiu, Thomas Jefferson determinou ao seu Secretário de Estado (James Madison) que não entregasse os Atos de Investidura aos juizes de paz que ainda não tinham sido empossados. Entre os juizes que não tomaram posse estava William Marbury, que havia sido nomeado juiz de paz do Distrito de Colúmbia. Em dezembro de 1801, para ter seu direito ao cargo reconhecido, Marbury recorreu até a Suprema Corte requerendo um *mandamus*, para que o Secretário de Estado Madison fosse obrigado a lhe dar posse. O *writ* baseava-se na Lei Judiciária de 1789, que autorizava a

primórdio do controle de constitucionalidade difuso, também tem relevo para o ativismo judicial devido à interpenetração ocorrida entre Judiciário, Legislativo e Executivo em nome da Supremacia da Constituição. Veja-se um trecho da magistral decisão proferida por John Marshall, em 1803:

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la, e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e não essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam. (...) O Poder Judiciário dos Estados Unidos estende-se a todas as causas oriundas da Constituição.¹³

Vale lembrar que a Constituição Americana de 1787 não possui nenhum preceito taxativo que disponha sobre o *Judicial Review* (controle de constitucionalidade difuso pelos juízes e tribunais).

Todavia, Marshall, utilizando-se da supremacia formal das Constituições rígidas e, em especial, do artigo III, seção 2, que trazia a seguinte possibilidade “o Poder Judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e de equidade, que nascerem desta Constituição ou das leis dos Estados Unidos”, estabeleceu a hipótese de controle de constitucionalidade difuso.

Suprema Corte a expedir mandados para remediar erros ilegais do Executivo. Com a maioria no Congresso, o Presidente Thomas Jefferson revogou a lei que reorganizava o Judiciário Federal, extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes. Com a intenção de evitar questionamentos acerca dessa decisão, a Suprema Corte, por supressão do Congresso, deixou de se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803. Após esse intervalo de tempo, a Suprema Corte julgou o caso *Marbury versus Madison*. John Marshall, então *Chief Justice*, tratou o caso pelo prisma da competência constitucional da Suprema Corte para julgar o caso, analisando a incompatibilidade da Lei Judiciária de 1789 e a Constituição, que, em seu artigo III, seção 2, disciplinava a competência originária da Corte. Assim, mesmo a Corte entendendo que a conduta do Secretário Madison era ilegal, recusando-se a expedir a comissão legalmente devida à *Marbury*, declarou sua incompetência para emitir o *writ*, pois a Constituição previa taxativamente as competências originárias da Suprema Corte e que a Lei Judiciária de 1789 não poderia ampliá-las. É indiscutível a contribuição da sentença do juiz Marshall para o constitucionalismo moderno, sobretudo ao controle difuso de constitucionalidade; contudo, antes de ser uma marcante para o Direito, foi tomada em virtude de interesses políticos, pois Marshall sabia que decisão favorável à *Marbury* dificilmente seria cumprida pelo então Presidente Thomas Jefferson, o que importaria em grave crise constitucional e desprestígio para a Suprema Corte. Em inversão à boa técnica processual, estabeleceu no julgado que *Marbury* tinha direito a ser empossado como juiz, mas que a lei que conferia competência originária à Suprema Corte para o julgamento do caso era inconstitucional. Atribuiu, por conseguinte, à Suprema Corte, o poder de invalidar atos contrários à Constituição, em termos que não poderiam ser recusados por Jefferson.”

¹³ Apud MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

O célebre julgado, em verdade, ganhou maior relevância em virtude de ter servido como marco da trajetória da Suprema Corte em torno da jurisdição constitucional, pois o juiz Marshall acabou se apegando a questões procedimentais, desligando-se da matéria que originou o *writ of mandamus*. O *Chief Justice* encontrou, na declaração de inconstitucionalidade da lei que dava competência à Corte para julgar o caso, a melhor saída para evitar indisposições políticas com o então Presidente Thomas Jefferson.

Após o famoso julgamento de 1803, somente em 1857 a Suprema Corte americana veio a julgar novamente outra lei federal inconstitucional. Foi o caso *Dred Scott versus Sandford*. Entretanto, a decisão não foi ativista nos moldes hoje entendidos, uma vez que a Corte negou o direito à liberdade a Scott.

Segundo relata Saul Torinho Leal¹⁴, Dred Scott era um escravo que morava em Missouri e pleiteou sua liberdade de Irene Emerson Sandford, sob o fundamento de que a escravidão havia sido abolida nos estados onde residia. O pleito foi deferido pelo júri, todavia a decisão foi reformada pela Suprema Corte Missouri, entendendo que Scott deveria servir seu proprietário, no caso, a família de Irene Sandford.

Scott recorreu à Suprema Corte Americana. O caso foi incrivelmente julgado em desfavor do escravo, uma vez que a Corte entendeu que Scott, por ser um escravo, não teria nem mesmo capacidade civil para demandar judicialmente. No mesmo ato, a Corte julgou inconstitucional o Compromisso de Missouri, pois, interpretando a quinta emenda, entendeu que o poder legislativo estadual não tinha competência para abolir a escravidão.

Mais tarde, em 1860, a Guerra Civil estourou e o desastre criado pela autocontenção da Corte americana no caso de Scott foi sanado pela décima terceira emenda, que aboliu a escravidão.

Enquanto nos Estados Unidos o ambiente propiciava a expansão do Judiciário, na Europa, o caminho percorrido, desde o fim do absolutismo, seguia em direção contrária.

¹⁴ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez. O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 49.

Percebe-se que o próprio sistema parlamentarista adotado na Europa, no qual prevalece uma preocupação preponderante com o controle do Executivo, já que vigora a supremacia do parlamento, desfavorece a proliferação de qualquer comportamento que atinja o Parlamento. Vale lembrar que, normalmente, as Cortes Constitucionais europeias não integram o Judiciário.

Nesse esteio, qualquer ato no sentido de afastar a aplicação de uma lei criada pelo Legislativo encontra certa resistência no sistema europeu, por isso que o controle de constitucionalidade denominado europeu, concentrado ou abstrato, é feito por uma Corte Constitucional, composta de forma variada¹⁵, conforme o país em análise.

Por exemplo, na França vigora um controle de constitucionalidade político, quando a atividade de controle de constitucionalidade é exercida por órgão político e não por órgão jurisdicional, denominado de Conselho Constitucional, que exerce um controle preventivo. A exclusão do Poder Judiciário se explica por razões históricas e teórico-políticas, que se entrelaçam.

Rosa Maria de Lima e Souza¹⁶ explica que, historicamente, os juízes franceses, durante o Antigo Regime, interferiam com frequência na esfera dos outros poderes e não raramente com abuso e arbítrio, posto que os juízes das cinco Cortes Superiores, chamadas *Parlements* (Parlamentos), tinham a função judiciária como um direito patrimonial a ser exercido da maneira que os aprovesse.

Não é de se estranhar que as Assembleias Constituintes que sucederam 1789 procuraram prevenir-se contra qualquer investida do Poder Judiciário de se opor à vontade do Legislativo¹⁷.

¹⁵ Na França, os nove membros que formam o Conselho são designados para um mandato de nove anos, não prorrogáveis, pelos presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Senado – cada uma dessas autoridades nomeia um membro de três em três anos. Existe, ainda, uma segunda categoria de membros composta pelos ex-presidentes da República e com direito vitalício. O Presidente do Conselho Constitucional é designado pelo Presidente da República entre os membros nomeados ou os de direito. De fato, os sucessivos Presidentes da República têm sempre escolhido para o cargo de Presidente do Conselho um dos membros designados pelos próprios membros do Conselho Constitucional.

¹⁶ O *Controle de Constitucionalidade na França: Breves Considerações*. Disponível em http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/CD_Nepjur/pdf/franca.pdf. Acesso em 30/6/2010.

¹⁷ A Lei 16 de 24 de agosto de 1790 dispôs que os tribunais não poderiam tomar, direta ou indiretamente, parte no exercício do Poder Legislativo, nem impedir ou suspender a execução dos decretos do corpo legislativo, cabendo todo o poder de interpretação das leis ao *Corps Législatif* (Tribunal de Cassação), mediante decreto a pedido dos juízes. O chamado *refere facultatif* e a

A própria Constituição francesa de 1791, em seu artigo 3º, trazia a vedação aos tribunais de se imiscuírem no exercício da função legislativa, o que era inclusive infração penal, nos termos do artigo 127, § 1º, do Código Penal de 1810.

Parece ter surgido uma versão radical da separação dos poderes traçada por Montesquieu, o que tornava impossível a interferência dos juízes no âmbito do poder legislativo, este sim, considerado como o representante direto da vontade popular.

Continua, a mesma autora, em seu artigo:

Com efeito, na construção do “Estado Legal”, que atingiu sua plenitude na III República (1870-1940) e teve em *Carré de Malberg* seu maior idealizador, a lei está no centro do ordenamento jurídico: o “legicentrismo” era a doutrina dominante até depois da Segunda Guerra Mundial, não somente na França, mas também na Europa. A destituição, com terríveis conseqüências, dos Parlamentos Legislativos da Alemanha Nazista e da Itália Fascista, levaram, após a Segunda Guerra Mundial, à disseminação da idéia da importância de uma garantia jurisdicional dos textos constitucionais, obrigando não somente o Poder Executivo mas também o Poder Legislativo, ao respeito dos direitos e liberdades dos indivíduos. Assim, já na IV República (1940-1958), com a promulgação da Constituição Francesa, tentou-se introduzir no ordenamento jurídico francês um novo sistema. Criou-se o Comitê Constitucional, que, longe de representar uma jurisdição constitucional, era apenas um órgão de conciliação entre as Casas do Legislativo (Assembléia Nacional e Senado). A V República (1958 até hoje) instaurou-se com a volta do General de Gaulle ao poder após o incidente na Argélia, em 13 de maio de 1958, que provocou a desintegração da IV República. Preparado o projeto da nova Constituição, foi submetido ao referendo popular e aprovado por quase 80% dos votantes. A Nova Carta foi promulgada em 04 de outubro de 1958 e trazia consigo a previsão de um órgão especial para exercer, dentre outras funções, o controle de constitucionalidade das leis: o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*).

Nesse diapasão, percebe-se que a forma de controle adotada na Europa adveio, em grande parte, de um receio do crescimento do Judiciário sobre os demais poderes, uma vez que, historicamente, prevalecia o Parlamento.

proibição de interpretação judicial só foram revogados pelo Código de Napoleão. (CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. 1984, p. 41)

Assim, a exemplo da França, levar o controle de constitucionalidade a um órgão supostamente independente do Executivo¹⁸ (como reflexo do pós-guerra) seria um paliativo entre o controle jurisdicional e a pura supremacia do Parlamento.

Na verdade, esse tipo de controle, hoje, é bastante criticado pela doutrina. Parece que realmente o modelo jurisdicional tem se consagrado pelo mundo¹⁹. Vejam-se as afirmações de Cappelletti²⁰:

Em uma objetiva observação apresenta-nos, na França, um tipo de controle de constitucionalidade muito limitado, e à luz de uma pesquisa comparativa, decididamente rudimentar: e isto não tanto pela limitação das garantias “judiciárias” (independência, imparcialidade) do órgão ao qual é confiado, quanto pelos gravíssimos limites subjetivos (só quatro órgãos legitimados ao recurso), objetivos (incontrolabilidade, por parte do *Conseil Constitutionnel*, dos decretos com força de lei do executivo, os quais na V República assumem uma extensão impressionante (...)) e temporais do aparelho que pode colocar em movimento o próprio controle, um controle que não pode mais ocorrer depois da promulgação da lei.

¹⁸ Importante lembrar que, nos idos da década de 30, era acalorado o debate sobre quem deveria ser o “Guardião da Constituição”. Os protagonistas do debate eram Carl Schmitt, um filósofo alemão que viveu de 1888 a 1985, e Hans Kelsen, jurista austríaco. Em linhas gerais, Schmitt questiona em sua obra “O Guardião da Constituição” o papel do Judiciário como intérprete último da Constituição. Para ele, somente o presidente do *Reich* poderia desempenhar essa função, pois o povo é quem o escolhe. Para Schmitt, o presidente representa a unidade da autoridade política que traz consigo os anseios sociais do povo. Schmitt também entende que a revisão dos atos legislativos por um tribunal independente é uma afronta clara à soberania estatal. Hans Kelsen publicou uma resposta com o título “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. Nela, Kelsen destaca a importância de um Tribunal Constitucional para uma democracia moderna. Foi inspirado em Kelsen que a Áustria escreveu a sua Constituição de 1920, na qual criava uma Corte Constitucional com o poder de fazer o controle concentrado de constitucionalidade. Kelsen questiona como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade. Fala-se que Schmitt foi o filósofo que permitiu a ascensão de Hitler. Assim, àquela época, prevaleceu a tese de Schmitt; todavia, a história deu razão a Kelsen. Depois da Segunda Guerra Mundial, a maioria dos países democráticos adotou um sistema de controle jurisdicional. A recusa de Schmitt em aceitar um controle concentrado de constitucionalidade encontra sua origem na própria concepção que o autor alemão fazia de Constituição. Para Schmitt, a ideia de Constituição não se equipara a um simples conjunto de leis constitucionais. A Constituição seria, na verdade, a decisão consciente de uma unidade política concreta que define a forma e o modo de sua existência. Cf. SILVA E SILVA, Frederico. *O Decisionismo de Carl Schmitt e sua Relação com a Discricionariedade e a Medida Provisória*. Disponível em: [\[http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo05.pdf\]](http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo05.pdf). Acesso em 8/8/09.

¹⁹ As formas de controle de constitucionalidade, quanto ao órgão de controle, podem ser: controle político, controle jurisdicional e controle misto.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. 1984, p. 30.

Já nos Estados Unidos, o controle maior é exercido sobre o Legislativo, pois vigora a supremacia da Constituição. Por isso há previsão que o juiz pode deixar de aplicar uma lei editada pelo Parlamento se considerá-la inconstitucional, o conhecido controle difuso de constitucionalidade.

O intuito primordial do ativismo judicial é manter a força normativa da Constituição ameaçada pela inércia dos demais poderes. Assim, percebe-se que o contexto em que foi proferida a decisão no caso *Marbury versus Madison*, conforme fora evidenciado, coaduna com as finalidades traçadas pelo ativismo judicial.

De tal modo, o ativismo judicial não é novidade do século XXI, tampouco é uma exclusividade norte-americana. Na Europa também há espaço para o criacionismo judicial. Todavia, Garcia Enterría adverte²¹:

Nem o Parlamento, nem os partidos políticos, nem o povo aceitariam uma Corte Constitucional que decidisse as graves questões que lhe são submetidas com base em critérios pessoais: ou a simpatia ou a opção política dos juizes. É a transcendência de sua função que exige da jurisdição constitucional a renúncia a critérios simplesmente políticos de decisão; portanto, traz como fatores à prática do ativismo a preservação dos critérios de avaliação e composição do problema.

Vislumbra-se que mais um doutrinador renomado opta pelo modelo jurisdicional de controle como o mais adequado; entretanto, a constante preocupação da imparcialidade, assim mencionado alhures por Ely, também assombra Enterría.

No entanto, o ambiente brasileiro somente se tornou favorável à postura ativista após a Constituição de 1988, não só pelo fim da ditadura, mas também porque, antes dela, as Constituições não eram vistas como normas, mas sim como um conjunto de enunciados programáticos desprovidos de coercibilidade, característica própria das normas. Ou seja, as constituições eram meros programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário na defesa de direitos.

²¹ Apud VALLE, Vanice Regina Lírio. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. P. 32.

Daniel Sarmento²² bem explica a concepção da época acerca do tema:

Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou o descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. (...) A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera com o nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.

Embora nos Estados Unidos a Constituição sempre tenha sido vista como norma jurídica, foi somente no pós 2ª Guerra Mundial²³ que essa concepção se espalhou pela Europa e começou a irradiar seus efeitos no Brasil. Surge o fenômeno da constitucionalização²⁴ do direito, no qual toda a leitura do ordenamento jurídico deve ser feita sob o prisma constitucional.

Todavia, as Constituições possuem 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”.

²² SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em www.editoraforum.com.br. Acesso em 16/06/2010.

²³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1998. “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.”

²⁴ A constitucionalização do direito é outro traço marcante do neoconstitucionalismo, nas palavras de Bonavides: “Ontem, os códigos, hoje, as Constituições”. A frase foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

Aos poucos, os juízes deixaram de se restringir a pronunciar a lei, passando a ocupar um papel mais ativo na definição e aplicação dos direitos, tudo isso em virtude da abertura interpretativa conferida pela constitucionalização do direito.

Desse modo, embora os países da *commom law* sejam mais férteis à proliferação do ativismo judicial, nos países adeptos à *civil law*, que optaram pelo modelo ocidental de constitucionalismo, a cada dia avulta a convergência entre os dois mencionados sistemas. Nesse sentido já ilustrava Cappelletti acerca da aproximação dos dois sistemas²⁵.

Em países como a Espanha e a Itália, a manifestação típica do ativismo se dá pelo desenvolvimento jurisprudencial de técnicas e modalidades de provimento que permitam a concretização de atividades distintas da simples chancela de validade ou nulidade dos temas submetidos a controle.

Vanice Regina Lírio do Valle²⁶ explica que é no espaço da eventual baixa densidade das normas constitucionais que a atividade interpretativa encontrará maior liberdade de atuação; e justamente esses espaços propiciaram na Espanha o desenvolvimento das sentenças interpretativas e aditivas, veículos de concretização do ativismo judicial.

O Supremo Tribunal Federal, historicamente, adotou uma postura mais procedimentalista, voltada ao *self restraint*, uma vez que, no sentido entendido por Ely²⁷, a Suprema Corte deve se preocupar apenas em assegurar a regularidade do processo democrático, pois qualquer invasão em questões materiais estaria desprovida de legitimidade.

Na mesma linha é o pensamento de Habermas, segundo explica Streck²⁸:

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em

²⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* 1999.

²⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org). *Ativismo Jurisdicional e Supremo Tribunal Federal*. 2009, p. 31.

²⁷ Cf. ELY, John Hart. *Democracia y Desconfianza*. 1997.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 2009, p. 41.

uma “nação de cidadãos”. Critica a assim denominada “jurisprudência de valores” adotada pelas cortes européias, especialmente a alemã. (...) Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.

Embora nos primeiros momentos da pós-promulgação da Constituição Federal de 1988 a tendência fosse alargar o acesso ao STF (como ocorreu com a ampliação dos legitimados para propor ações de controle abstrato), visando exteriorizar a redemocratização e em resposta ao período ditatorial vivido pelo país, essa amplitude de acesso visava mais conferir um aspecto democrático ao sistema vigente do que efetivar quaisquer direitos dos cidadãos.

Tanto que, em um segundo momento, a jurisprudência constitucional começou a limitar o acesso ao STF (jurisprudência defensiva²⁹). O alargamento dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade levou o STF ao entendimento de que a perda de representação de partido político no Congresso acarretava a perda da legitimidade para a ação, gerando a extinção do processo de controle abstrato.

Embora essa posição fosse contra a lógica do controle concentrado, ela prevaleceu por mais de uma década (pois, se o processo é objetivo, não tem partes, e sim interessados, além da impossibilidade de desistência da ação e de não haver recursos, além dos embargos de declaração).

Apenas em 2004³⁰ houve a mudança de entendimento da Corte, passando a jurisprudência do STF a ser firme no sentido de que a perda da representação não

²⁹ A jurisprudência defensiva consiste na criação de obstáculos que visam restringir o acesso aos Tribunais Superiores e ao Supremo, hoje, os exemplos mais emblemáticos são as súmulas vinculantes e a repercussão geral.

³⁰ “Perda de Representação de Partido e Legitimidade para ADI - O Tribunal, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto contra decisão do Min. Carlos Velloso, relator, que, por ilegitimidade ativa *ad causam*, negara seguimento a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL) contra as expressões 'conjunta dos presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e', constantes do art. 7º da Emenda Constitucional 19/98, que incluía o inciso XV no art. 48 da CF, dispondo sobre a iniciativa legislativa para a fixação

implica na perda de legitimidade do partido político, tampouco conduz à extinção do processo.

Essa visão menos apegada à forma e mais voltada à solução do caso concreto inicia uma nova postura do STF voltada à concretização³¹, nesse esteio, ligada ao substancialismo.

Vários casos levados ao STF servem para ilustrar essa mudança de postura, como o caso do direito de greve dos servidores públicos. Inicialmente, o STF se limitava a dizer que o Poder Legislativo estava demorando a editar a lei³². Ora! Se foi exatamente a demora legislativa que gerou a necessidade de se recorrer ao Supremo para solucionar o impasse, tal posicionamento tornava letra morta a previsão constitucional do mandado de injunção.

Posteriormente, no celebrado julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670/ES, 708/PB e 712/DF³³, foi adotado, nos sobreditos julgados, o entendimento de

do subsídio dos Ministros do STF. Entendeu-se que a aferição da legitimidade deve ser feita no momento da propositura da ação e que a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional não o desqualifica como legitimado ativo para a ação direta de inconstitucionalidade. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, relator, e Celso de Mello, que consideravam que a perda da representação implicava a perda da capacidade postulatória. Em seguida, declarou-se prejudicado o pedido, em face do advento da Emenda Constitucional 41/03, que alterou o inciso XV do art. 48 da CF, na redação que lhe havia sido dada pela EC 19/98.” (Grifos nossos) ADI nº 2.159/DF-AgR, Rel. originário Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 12/8/04. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 1º/8/10.

³¹ Importante destacar que apenas com o surgimento da força normativa da constituição, teoria estruturada por Konrad Hesse, segundo a qual a Constituição não é um instrumento estritamente político, mas eminentemente normativo, com grande poder de vinculação, a Constituição passou a ser vista como um instrumento jurídico e não apenas político, permitindo que o Judiciário atuasse efetivamente na sua concretização. Embora a doutrina da força normativa tenha sido difundida na Europa ainda na primeira metade do século XX, no Brasil, somente na década de 80 surgiu um debate consistente acerca do tema. Assim, embora com peculiaridades, a interpretação constitucional sempre será uma interpretação de normas jurídicas.

³² STF: Mandado de Injunção nº 20/DF, julgado em 1994. Disponível em: www.stf.jus.br/inteiroteor Acesso em: 1º/8/11.

³³ Informativo 485 de 31/10/07: No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido. Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário (grifei). Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora “solução constitucionalmente obrigatória”. Salientou-se que a disciplina do direito de greve para os

que a Lei nº 7.783/89, que regulamentava o direito de greve para os trabalhadores comuns, seria aplicada aos movimentos paredistas titularizados por servidores.

Todavia, a lei não poderia ser aplicada naquilo que colidisse com a natureza estatutária do vínculo estabelecido pelos funcionários do Estado e a Administração Pública, e somente seria utilizada enquanto o Poder Legislativo não promulgasse diploma legal específico.

Voltando ao substancialismo, convém advertir que ativismo não é sinônimo de substancialismo, embora tenham a mesma finalidade, a de efetivar regras, valores e princípios constantes da Constituição, mantendo, assim, a sua força normativa.

Não é passível de afirmação que ambos percorrem o mesmo caminho, uma vez que juízes ativistas podem se apropriar de ideias substancialistas e acabarem por extrapolar a finalidade concretizadora, adentrando na seara dos demais poderes constituídos³⁴.

trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro. Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional. Por fim, concluiu-se que, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, seria mister que, na decisão do *writ*, fossem fixados, também, os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário. Dessa forma, no plano procedimental, vislumbrou-se a possibilidade de aplicação da Lei 7.701/88, que cuida da especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos. No MI 712/PA, prevaleceu o voto do Min. Eros Grau, relator, nessa mesma linha. Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Também ficou vencido, parcialmente, no MI 670/ES, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do *writ* apenas para certificar a mora do Congresso Nacional. MI 670/ES, Rel. orig. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25/10/07. MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 25/10/07. MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, 25/10/07. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 10/10/10.

³⁴ “A toda evidência, não se pode confundir a defesa das teses substancialistas com a adesão a uma espécie de ‘ativismo judicial’. Ao contrário, autores como Bercovici defendem ferrenhamente as teorias materiais da Constituição, colocando, porém, uma profunda desconfiança em relação ao Poder Judiciário. (...) Entretanto, entendo que as promessas de modernidade contidas no texto da Constituição não podem ficar à mercê de vontades políticas *ad hoc* dos Poderes Legislativo e Executivo. (...) Daí a necessidade de se lançar mão da jurisdição constitucional, mesmo que esta não responda adequadamente as demandas propostas”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 2009, p. 51.

Para os substancialistas, capitaneados por Cappelletti, a Constituição deve consagrar direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem importantes valores de uma sociedade: justiça, liberdade e igualdade. Para que tais valores não se transformem em promessas esquecidas, os juízes e tribunais podem implementar tais aspirações constitucionais. Alguns, como Lênio Streck, entendem que as correntes são repulsivas, ou seja, não podem caminhar numa trilha conciliatória³⁵.

Vale destacar que, dependendo do enfoque teórico conferido por aquele que analisa a decisão judicial, a expressão “ativismo judicial” pode ganhar conotação negativa ou positiva.

Assim, os adeptos de correntes não interpretativistas (*construction*) não veem o ativismo de forma pejorativa, “na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto de instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial como demonstrado pela hermenêutica contemporânea”³⁶.

Em sentido oposto estão os defensores do “interpretativismo”, nas variantes do originalismo e do textualismo, que, em suma, conduzem à interpretação voltada à subsunção dos fatos à norma, sem dar espaço criativo ao aplicador do direito. Entretanto, tal posicionamento leva ao passivismo judiciário³⁷.

³⁵ Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 2009, Cap. 2.

³⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2010, p. 133. O autor define como variantes engajadas no não interpretativismo o conceitualismo e o simbolismo; para tanto, cita Charles Cole, professor de *Cumberland School of Law*: “O conceitualismo é a teoria da interpretação constitucional que reconhece que a sociedade evolui e muda, e o significado da Constituição evolui de acordo com os conceitos básicos derivados (pela Corte) do próprio documento. Já o simbolismo pode ser genericamente definido como uma teoria de interpretação constitucional que permite à Corte lançar mão de aspirações fundamentais da história e da tradição norte-americana (qual definidas pela Corte) para determinar a constitucionalidade das ações das diferentes ramificações políticas do governo”.

³⁷ Ao explanar acerca do passivismo, Dworkin refere que, por esta teoria, as cláusulas abstratas da Constituição não concedem nenhum direito aos cidadãos, a não ser os direitos concretos que indiscutivelmente decorrem somente da linguagem dessas cláusulas. Dworkin refuta o passivismo e assevera que o passivista apela ao convencionalismo e, muitas vezes ao ceticismo, que é singularmente inepto. Dworkin refuta também a teoria contrária à passivista, qual seja a ativista, afirmando que o ativismo ignora o texto constitucional e impõe aos demais poderes estatais sua própria concepção do que a justiça exige. PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. Brasília. R. CEJ, n. 30, p. 70-80, jul/set 2005. Disponível em: [[http://www.cjf.gov.br/revista/ numero30/artigo10.pdf](http://www.cjf.gov.br/revista/numero30/artigo10.pdf)]. Acesso em 16/1/09.

A hermenêutica moderna tem abandonado a mera interpretação³⁸ e tem caminhado em busca da concretização³⁹. É nesse espaço que o ativismo judicial cresce e ganha relevo.

Assim, foi seguindo o caminho da concretização que o ativismo começou a despontar na jurisdição constitucional brasileira, mas, a partir do pronunciamento do Ministro Celso de Mello⁴⁰, na posse do então Presidente do Tribunal, Ministro Gilmar Mendes (2008/2010), marcou-se de forma explícita a orientação ativista do STF. Veja-se trecho do brilhante discurso:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Pelo exposto, parece que o ativismo não deve ser visto como decorrência natural da atividade julgadora, mas aceitável dentro de determinadas situações em análise, desde que vise à concretização da Constituição.

³⁸ Inocêncio Mártires Coelho ensina que nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar a estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos. (Limites objetivos do processo hermenêutico). *Curso de Direito Constitucional*. 2009, p. 107.

³⁹ Cf. Capítulo 3 do presente trabalho. Vale conferir ainda expoentes da concretização como Friedrich Müller, Gadamer e Heidegger.

⁴⁰ A íntegra do discurso está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursosCMposseGM.pdf>. Acesso em 14/8/09.

É no esteio do contexto histórico e político que se pretende examinar o caso da nova hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária.

1.2. Diferenças entre Ativismo Judicial e Judicialização da Política:

Inicialmente, cumpre ressaltar que é sob a ótica do neoconstitucionalismo que o ativismo judicial ganha espaço. Dentre as principais características do novo constitucionalismo, conforme será visto à diante, o ativismo judicial se apresenta quase como uma decorrência do neoconstitucionalismo⁴¹.

Daniel Sarmiento⁴² sintetiza cinco principais pontos do neoconstitucionalismo: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

⁴¹ Elival da Silva Ramos perfilha a linha contrária ao neoconstitucionalismo, não apenas por não ser adepto à linhagem adotada, mas especialmente por considerá-lo um modismo intelectual. Veja-se interessante passagem: “O Direito Constitucional dos neoconstitucionalistas, de perfil pós-positivista, se distinguiria do Direito Constitucional clássico, tributário do positivismo jurídico, por haver abraçado a moderna Hermenêutica e desenvolvido princípios instrumentais adequados à interpretação da Constituição. Escuso-me, neste passo, de retomar a demonstração da perfeita compatibilidade dos avanços teóricos no plano da teoria da interpretação com os postulados centrais do positivismo jurídico, contribuindo, assim, com o seu aperfeiçoamento. Se há algo próprio ao neoconstitucionalismo em matéria de teoria da interpretação é o exagero na valorização dos princípios constitucionais”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2010, p. 283.

⁴² SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: www.editoraforum.com.br. Acesso em 16/6/10.

Na alínea “e”, fala-se em judicialização da política e das relações sociais, assim, mister diferenciar, se é que é possível traçar pontos divergentes entre dois institutos que possuem mais pontos coincidentes, as duas afamadas figuras.

Segundo Luís Roberto Barroso, “judicialização⁴³” significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso e o Poder Executivo.

O ativismo se parece com a judicialização e em alguns pontos se confunde, mas tem origem diversa. Assim explica Barroso:

O ativismo judicial é uma postura, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.⁴⁴

Percebe-se que a judicialização é uma decorrência lógica do modelo constitucional adotado depois da redemocratização iniciada com a Constituição Federal⁴⁵. Ressalta-se que, mesmo havendo vários instrumentos hábeis a concretizar a “vontade da Constituição” (como mandado de injunção), a postura adotada pelos Tribunais, especialmente o STF, era deveras tímida, sendo que, somente no início do século XXI, surgiu no Brasil um pensamento ativista mais voltado para a concretização da Constituição.

Marcos Faro de Castro⁴⁶ explica que, nas Ciências Sociais, uma das abordagens dessa dimensão política da atuação das cortes judiciais procura avaliar especificamente como o processo judicial interage com o sistema político democrático, especialmente os poderes executivos e legislativos, e quais os seus

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimação Democrática*. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista>. Acesso em 13/8/09.

⁴⁴ *Idem*

⁴⁵ Carl Schmitt advertia que a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional transfere poderes de legislação para o Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito.

⁴⁶ CASTRO, Marcos Faro de. *O STF e a Judicialização da Política*. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/>. Acesso em 18/9/10.

efeitos em termos de formulação e implementação de políticas públicas. O termo “judicialização da política” tem sido proposto para designar esse papel político dos juízes, sobretudo dos tribunais constitucionais.

A judicialização da política corresponde a um fenômeno observado em diversas sociedades contemporâneas, é uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas dessas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo) (...). A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”.⁴⁷

O autor continua seu estudo, apontando os fatores principais que conduzem à judicialização da política. A “expansão” do poder das Cortes judiciais seria o resultado da reação democrática em favor da proteção de direitos e contra as práticas populistas e totalitárias da II Guerra Mundial na Europa. Acrescentem-se a isso a tradição europeia (kelseniana) de controle da constitucionalidade das leis e os esforços de organizações internacionais de proteção de direitos humanos – sobretudo a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 – contribuíram para o desenvolvimento da judicialização da política, sendo que esses fatores, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, encontram-se presentes no sistema político e jurídico brasileiro.

O catedrático da USP, Elival da Silva Ramos, em sua obra com o mesmo título, explica o que é o ativismo judicial:

Muito embora o ativismo judicial se revele mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação dos

⁴⁷ *Idem.* O autor adverte que a judicialização da política também conduz a politização da justiça, que, em grande parte, é estimulada pela maneira de indicação dos membros das Cortes Constitucionais, como é o caso da França, dos Estados Unidos e também do Brasil. Nesses países os membros das Cortes são indicados e nomeados pelo Executivo e pelo Legislativo, levando, muitas vezes, questões de cunho político às Cortes Constitucionais, ou, até mesmo, julgando de forma política.

poderes: por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)⁴⁸.

O professor da Universidade de Kentucky, Bradley Canon⁴⁹, advertindo que não visava dar um significado definitivo ao termo “*judicial activism*”⁵⁰ e, que nem poderia dar todos os enfoques abordados pelos estudiosos do tema, traçou as seis dimensões do ativismo judicial. O estudo foi publicado em um livro denominado “The Supreme Court in American Politic: Judicial Activism v. Judicial Restraint”, cuja autoria de dezoito juízes e estudiosos do assunto incluía figuras ilustres, como os juízes Robert Jackson e John Marshall Harlan.

Vejam-se os parâmetros adotados por Bradley C. Canon⁵¹:

1. Majoritarismo: prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade emanados de outros poderes (vide *Marbury versus Madison*), ou seja, regras adotadas por meio de um processo democrático são negadas pelo Judiciário. O majoritarismo é mais pronunciado quando a Corte declara um ato legislativo inconstitucional, pois, tendo sido exarado por representantes eleitos democraticamente, a sua nulificação padeceria de ilegitimidade. Outro aspecto relevante do majoritarismo ocorre quando o Tribunal, exercendo a revisão judicial, substitui uma ou outra política pública, estipulada por representantes eleitos no Congresso, por medidas tomadas pelos membros da Corte. Essa atitude é vista como ilegítima, sob o ponto de vista da teoria democrática.
2. Estabilidade interpretativa: observa-se o grau em que a Suprema Corte decide, mantendo ou abandonando os precedentes judiciais. Na medida em que o Tribunal altera recentes entendimentos aplicados em decisões judiciais com

⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2010, p. 129.

⁴⁹ CANON, C. Bradley. *Defining the Dimensions of Judicial Activism*. *Judicature*. Vol. 66. Number 6. December-January, 1983.

⁵⁰ *Idem*. No original consta: “I will not presume to propose a definitive meaning of judicial activism. I doubt that I could fashion one that would include in a meaningful way all of the focuses noted above.”

⁵¹ O autor adverte que vários estudiosos tem tentado definir parâmetros para o ativismo judicial e que, frequentemente, o ativismo é equiparado à política liberal, enquanto a autocontenção é equiparada ao conservadorismo.

frequência, mais ativista é considerada a Corte. A instabilidade é mais visível quando a Corte revê alguma de suas recentes decisões, aplicando o *overruling*. Segundo Elival da Silva Ramos, a técnica consiste no refinamento da interpretação do texto da decisão precedente, do que poderá resultar a restrição ou a ampliação dos efeitos da norma a ele acoplada ou até mesmo o reconhecimento da revogação, total ou parcial, de um precedente⁵².

3. Fidelidade interpretativa: afastamento dos cânones metodológicos de interpretação, conferindo sentido diverso daquele que seria a intenção do constituinte. Canon aduz que somente seria chamada de ativista a decisão proferida em clara oposição a alguma norma constitucional⁵³, desde que eventuais adaptações não sejam feitas em busca da atualização do texto constitucional do século XVIII, com a realidade atual. Entretanto, convém neste momento repisar que o Direito é um objeto cultural, em que valores são agregados com o decorrer do tempo, variando o seu significado e, por isso, as interpretações são constantemente renovadas. Diferentemente do que ocorre com os objetos naturais, os quais não sofrem esse tipo de alteração, somente por meio da experiência seu significado pode ser modificado. A Constituição, as leis e os atos normativos infralegais, enquanto objetos centrais de estudo do Direito, precisam ultrapassar o plano ideal (dever-ser) para tornar possível a aplicação dos enunciados normativos (abstratos) aos fatos concretos da vida. Assim, parece inservível a ideia da “*mens legislatoris*” nos dias atuais, porque qualquer interpretação deve ser feita atribuindo valores às normas, pois o juiz não pode ser mero “boca da lei”.

4. Regra específica: conduta dos juízes como legisladores positivos, as decisões judiciais estabelecem regras próprias, típicas da discricionariedade dos agentes governamentais. Tradicionalmente, as Cortes intervêm em políticas públicas apenas nos casos de leis inconstitucionais. Entretanto, mais frequentemente, as Cortes têm

⁵² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 106.

⁵³ Consta no original: “*I think it is fair to call activist any decision that appears to clearly contradict any constitutional provision in terms of the ordinary meaning of its wording, or any decision that is contrary to the logical implications of two or more provisions considered together.*” Tradução própria: Eu acho que é justo chamar de ativista qualquer decisão que parece claramente contradizer qualquer disposição constitucional em termos de sentido comum da sua formulação, ou de qualquer decisão que seja contrária às implicações lógicas de duas ou mais disposições consideradas em conjunto. (CANON, C. Bradley. *Defining the Dimensions of Judicial Activism. Judicature*. Vol. 66. Number 6. December-January, 1983).

se manifestado em questões típicas da discricionariedade administrativa, como sistemas prisionais, escolares e hospitalares. Recentemente, muito se falou sobre o assunto quando o STF editou as súmulas vinculantes do nepotismo e das algemas⁵⁴, muito criticadas por trazerem uma inovação legislativa, uma vez que a matéria não possui previsão legal explícita. Todavia, há de se asseverar que normas-princípios, como a moralidade e a dignidade da pessoa humana, possuem previsão constitucional, merecendo proteção.

5. Distinção do processo democrático substantivo: o ativismo ocorreria quando um julgamento é proferido para alcançar um resultado pré-estabelecido, ou seja, as decisões judiciais visam mais atender a uma regra substantiva do que a mera preservação do processo político democrático. Embora essa característica revele o apego procedimentalista de Canon, essa dimensão deve ser vista à luz da Constituição Federal de 1988. Por ser analítica, o seu cumprimento perpassa por questões substancialistas, sob pena de sua completa inefetividade, algo impensável em tempos de valorização da força normativa da constituição⁵⁵, diferentemente da sintética Constituição Americana de 1787.

6. Disponibilidade de um poder alternativo de criação de políticas públicas: a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo, nesse sentido, haveria uma invasão de competência de um poder sobre os demais. Neste diapasão, o Judiciário estaria expandindo seus poderes sobre o Executivo e o Judiciário. Não se pode perder vista o aspecto brasileiro dessa eventual invasão, qual seja, a Constituição Federal de

⁵⁴ Súmula vinculante nº 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Súmula vinculante nº 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_1_a_29_e_31_d_a_Sumula_Vinculante.pdf. Acesso em 20/9/10.

⁵⁵ Formulado por Konrad Hesse, o princípio da força normativa da constituição estabelece que, na interpretação constitucional, deve-se dar primazia à aceção que, levando em conta os limites e pressupostos do texto constitucional, possibilite a atualização de suas normas, garantindo-lhes eficácia e permanência. Assim, somente garantindo-se um mínimo de eficácia às normas constitucionais é que seria possível garantir a sua força normativa.

1988 disciplinou tudo e conferiu ao STF o papel de seu guardião. Nesse ponto, avulta a inafastabilidade da jurisdição como princípio constitucional (art. 5º, XXXV, da CF), assim, como o Estado retirou do cidadão a possibilidade da autotutela, salvo nos casos expressos, o Estado-juiz não pode se negar a prestar a jurisdição, sob pena, inclusive, de responsabilidade. Nesse sentido, a atuação do Judiciário, visando efetivar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, mais que uma possibilidade, sob a ótica da inafastabilidade de jurisdição, é um dever.

Assim, analisando uma decisão judicial sob o prisma dessas seis dimensões é que se pode entender a postura dos órgãos judicantes, se ativista ou não. É certo que não é uma fórmula matemática a ser aplicada, mas tais características orientam a sua identificação, que mais visa entender a forma interpretativa adotada pelo agente que proferiu certa decisão do que classificar este ou aquele julgador como ativista.

Como bem conclui Canon⁵⁶, o ativismo é um fenômeno multidirecional. Ele pode ser liberal ou conservador, libertário ou estatizante, politicamente necessário ou desnecessário.

As dimensões devem ser utilizadas com o mote de aguçar o debate acerca do tema, retirando o conteúdo ideológico que normalmente circunda tal problemática, conferindo uma análise mais objetiva das decisões proferidas sob seu manto. Por óbvio não consenso acerca dos critérios adotados por Canon, o intuito é retirar o subjetivismo da análise conferindo parâmetros para o estudo do tema.

⁵⁶ CANON, C. Bradley. *Defining the Dimensions of Judicial Activism. Judicature*. Vol. 66. Number 6. December-January, 1983.

Capítulo 2- Limites do Ativismo Judicial:

Não é possível falar dos limites ao ativismo judicial sem mencionar a separação de poderes⁵⁷. Pois bem, a primeira crítica ao ativismo é a invasão do Judiciário nas esferas dos demais poderes. Entretanto, é preciso conectar a mera alegação “supervalorização do Judiciário” a uma análise percuciente do sistema jurídico em questão, no caso, o brasileiro, e mais especificamente, as normas constitucionais.

Assim, a simples ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional não implica, necessariamente, uma decisão ativista, tampouco em invasão inconstitucional do Judiciário sobre os demais Poderes.

Montesquieu, em sua celebrada obra “O espírito das leis”, afirma que:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. Isto porque, é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele, salvo se, pela disposição das coisas, o poder freie o poder⁵⁸.

A teoria da tripartição dos Poderes Estatais já havia sido formulada por pensadores anteriores à Montesquieu. Na antiguidade clássica, Aristóteles⁵⁹ e seu discípulo Platão já defendiam que o Estado possuía três funções essenciais, a executiva, a legislativa e a judiciária, muito embora tenha sido Montesquieu (no século XVIII) que tenha explicitado de forma coerente e sistemática, pela primeira vez, a teoria, levando os louros por estruturar a doutrina que embasa os Estados de Direito.

⁵⁷ Constituição Federal, art. 2º:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 14/10/10.

⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo “versus” parlamentarismo*. 6 ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo, 1999. P. 168.

⁵⁹ Aristóteles denominou as funções estatais em deliberativa, executiva e judicial. A nomenclatura hoje utilizada é de autoria de Montesquieu.

A teoria da separação dos poderes foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos, no entanto, com o passar dos anos, novas concepções a levaram ao intuito de aumentar a eficácia do Estado, por meio da distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados.

Esta última ideia, na verdade, só apareceu no final do século XIX, quando já se havia convertido em dogma a doutrina da separação dos poderes, como um artifício eficaz e necessário para evitar a formação de governos absolutos. É importante assinalar que essa teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na vida social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos⁶⁰.

A separação dos poderes por si só não possui grande importância se não for associada à identificação das principais funções a serem desempenhadas por cada um desses Poderes instituídos. Assim, as funções dos Poderes estatais têm grande relevância na realização dos fins a que se propõe o Estado.

Nesse sentido, Dallari critica a denominação conferida à teoria de “separação de poderes”, pois o poder é uno, assim, não teríamos a separação de poderes e sim uma “distribuição de funções”, já que o simples fato de vários órgãos estatais exercerem o Poder soberano do Estado não implica a quebra da unidade do Poder.

Posto isso, percebe-se que a distribuição das funções estatais, além de evitar a concentração do Poder nas mãos de apenas um órgão, o que facilitaria a formação de um governo ditatorial, visa à especialização de cada exercente de Poder em suas atividades, o que levaria a um melhor aproveitamento das funções estatais, traduzindo-se em eficácia.

Para tanto, faz-se necessário o estabelecimento de regras tais que possam estruturar o funcionamento dos Poderes, como criação de prerrogativas institucionais e garantias funcionais aos membros para que permitam o exercício do

⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo, 1998, p. 215.

poder com independência. Deve haver certo nível de especialização, de modo que cada aparato orgânico possua, predominantemente, sua atividade.

É certo que a atividade de cada “função estatal” é predominante (funções típicas) e não exclusiva; assim, cada poder, além de suas funções típicas, exerce também funções atípicas.

Exemplo disso é o julgamento pelo Legislativo no caso de *impeachment* (art. 52, I e II, da CF) e a edição de medidas provisórias pelo Executivo, legislando (arts. 62 e 84, XXVI, da CF). Destarte, no caso brasileiro, a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de penetração de um Poder nas atividades predominantes de outro Poder.

Pois bem, definido em um Estado quais as funções de cada um dos poderes, a invasão de um poder nas atribuições do outro seria algo imperdoável?

Em que medida devemos, em nome da separação dos poderes, abandonar a efetivação de direitos individuais e coletivos? Esta difícil resposta demonstra quais são os limites do ativismo judicial como instrumento concretizador da Constituição.

Elival da Silva Ramos⁶¹ explica que o ponto ótimo do rateio das funções entre os Poderes (estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado com o foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade.

O limite do ativismo deverá observar a independência, harmonia e separação dos poderes, confrontados com os direitos e garantias fundamentais ameaçados e, no caso dos direitos políticos, o cuidado deve ser maior, pois eles materializam o princípio democrático.

A criatividade judicial crescente dá azo ao surgimento de novos mecanismos de controle da atuação do Judiciário, que, não obstante necessários para manter o equilíbrio dos poderes, não podem interferir de maneira a impedir a concretização do direito ali tutelado. Pois, do contrário, os mecanismos de controle atuariam de forma contrária às próprias finalidades para as quais a separação de poderes foi criada, qual seja, a proteção das liberdades.

⁶¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. 2010, p. 113.

Deve-se sempre ter em vista que, embora exista a alegação de que a separação dos poderes, criada por Aristóteles, esquematizada por Montesquieu e adota pela Constituição Democrática de 1988, vede a invasão de um Poder sobre o outro; a separação dos poderes não pode ser vista como algo estanque. Modernamente, tal separação deve ser enxergada e interpretada como a interpenetração dos Poderes constituídos atuando decisivamente em benefício de todos, e não apenas de alguns, já que o Poder é uno.

Existe sim a divisão em funções legislativa, executiva e judicial, que, conjuntamente, realizam o Estado Democrático de Direito. Assim, pode-se concluir que o processo interpretativo moderno culmina com a concretização de um direito protegido pela norma jurídica e que, neste sentido, é legítima⁶² a liberdade interpretativa do julgador, observando-se as orientações traçadas pela hermenêutica jurídica, que conduz a proteção dos valores protegidos pela sociedade, sem se pautar no “decisionismo⁶³” do julgador.

Falando na legitimidade da intervenção do Judiciário nas esferas que, *a priori*, não seriam de sua competência, eis a segunda crítica mais recorrente na doutrina acerca do ativismo.

Mais uma vez, esse enfoque remonta à concretização do direito constitucionalmente protegido e frequentemente ferido. Ou seja, se um Poder insiste em não tomar nenhuma medida visando assegurar a efetividade dos direitos dos cidadãos, a postura do Judiciário diante da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) não poderia ser a de também fechar os olhos para o imbróglio.

⁶² “Do ponto de vista filosófico, a legitimidade repousa no plano das crenças pessoais, no terreno das convicções individuais de sabor ideológico, das valorações subjetivas, dos critérios axiológicos variáveis segundo as pessoas, tomando os contornos de uma máxima de caráter absoluto, de princípio inabalável, fundado em noção puramente metafísica que se venha a eleger por base do poder. (...) Na feição jurídica, um governo é legal, conseqüentemente é legítimo, sob o aspecto de direito, desde que se estabeleça de modo regular, conforme regras da ordem estatutária nacional”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 115.

⁶³ O sentido adotado no texto, embora guarde relação com o conceito dado pela teoria de Schmitt, não quer dizer que o chefe do Executivo tem a decisão política fundamental em suas mãos, mas sim que a decisão não pode ser ato meramente discricionário nas mãos do intérprete. “O decisionismo, que, *a priori*, pode deixar-se levar pela ideia pragmática do vocábulo, é complexo. Não reflete, assim, a pura decisão do Executivo, subordinando todas as outras esferas de poder ou – de forma mais simplista – a ditadura do executivo”. SILVEIRA E SILVA, Frederico. *O Decisionismo de Carl Schmitt e sua Relação com a Discricionariedade e a Medida Provisória*. Acesso em 8/8/09, disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo05.pdf>.

É sabido que o Brasil adota o sistema da jurisdição única (ou inglês), no qual somente o Poder Judiciário possui a atribuição de, quando provocado, dizer, em caráter definitivo e imutável, o direito aplicável a determinado caso concreto; diferentemente do sistema do contencioso administrativo (ou francês), no qual é vedado ao Judiciário conhecer de atos da administração pública, ficando tais atos sujeitos ao controle apenas da jurisdição especial do contencioso administrativo.

Posto isso, percebe-se que é inerente ao sistema jurídico brasileiro esse acesso ilimitado ao Poder Judiciário e, considerando ainda que não é dado aos magistrados o poder de não decidir, conhecido como “*non liquet*”, caberá ao juiz buscar formas de preenchimento de eventuais lacunas⁶⁴, uma vez que “*iura novit curia*”, ou seja, o juiz conhece o direito.

Parece não restar dúvidas de que o Judiciário deverá analisar quaisquer questões levadas à sua apreciação, todavia a decisão de concretizar ou não o direito supostamente ferido está na esfera do convencimento do magistrado. Contudo, a opção interpretativa adotada por cada julgador foge aos questionamentos da legitimidade do Judiciário, adentrando nos limites interpretativos que serão objeto de análise em capítulo apartado.

Não se pode afirmar a ilegitimidade do Judiciário de adentrar em questões sociais, políticas, econômicas se a própria Constituição conferiu tal papel à instituição. Nesse sentido, haveria incongruência caso o Judiciário se negasse a exercer suas atribuições, por isso o questionamento do ativismo remonta à opção interpretativa e não à legitimidade.

Aspecto relevante das limitações ao ativismo, já que o caso concreto deverá prevalecer sobre regras previamente estabelecidas, é a textualidade. Toda e qualquer interpretação constitucional deve ser compatível com a amplitude de sentidos projetada pela norma.

A baixa densidade normativa das normas-princípios abriu espaço para interpretações desconectadas da textualidade normativa. Entretanto, o intérprete deve partir da norma e obter a própria norma como resultado.

⁶⁴ Também se infere a obrigatoriedade de apreciar o pedido posto em juízo em virtude do disposto artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe, na hipótese de a lei ser omissa, que o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Muito elucidativa a passagem de Konrad Hesse acerca da textualidade:

O limite da textualidade é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição, e se, por um lado, inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação, por outro, exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação. Assim, onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição⁶⁵.

Hoje, alguns instrumentos interpretativos parecem afastar o intérprete da textualidade, como as mutações constitucionais, sentenças de perfil aditivo e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Segundo Inocêncio Mártires Coelho⁶⁶, as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que concretiza a sua aplicação.

A mutação constitucional ganha espaço em virtude da textura aberta dos enunciados constitucionais, todavia a mutação constitucional somente é válida enquanto instrumento de adequação da norma à realidade, evitando constantes reformas constitucionais.

O elemento dinâmico possui grande relevância para a ocorrência das mudanças informais nas Constituições, que diferem dos processos formais por não observar os requisitos previstos pelo legislador constituinte. Assim, a rigidez constitucional acaba por fomentar o processo de alteração informal (mutação) e colaborar para que a Constituição esteja adequada à evolução social.

Portanto, a mutação não é instrumento de abstrativização constitucional, tampouco deve ser utilizada de forma desregrada, somente alterações no plano fático-social conduzem a este processo informal de alteração constitucional de sentido sem alteração de texto.

⁶⁵ Apud RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. 2010, p. 169.

⁶⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (*et al*). *Curso de Direito Constitucional*. 2009, p. 152.

Nesse sentido, a mutação não serve de pretexto à fuga da textualidade, pois o intérprete não pode perder de vista o texto base, objeto do processo hermenêutico, pois a utilização de um princípio constitucional não pode servir de pretexto para que o Judiciário imponha uma normatização que ultrapasse as barreiras da atividade julgadora.

Ante todo o exposto, as críticas apontadas ao ativismo, no que concerne à legitimidade do Judiciário, separação dos poderes e fuga da textualidade, não demonstram ofensas a quaisquer princípios constitucionais pelo ativismo judicial; ao contrário, a postura ativista visa conferir eficácia vertical aos direitos fundamentais quando negada pelo Estado. Entretanto, toda análise deve ser feita à luz do caso concreto, pois em certos momentos o ativismo pode ser necessário para sanar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, assim, não deve ser visto como simples decorrência da atividade interpretativa.

2.1. O Papel do Estado:

O surgimento do Estado e suas funções possuem vasta doutrina acerca do tema, todavia, o foco será dado aos aspectos relevantes ao ativismo judicial. Todavia, existem teorias que defendem a formação natural do Estado e não por um ato voluntário; assim, o Estado sempre teria existido, apenas suas causas possuiriam origens variadas (teorias não-contratualistas).

Segundo Dallari⁶⁷, o Estado, sociedade política organizada, somente apareceu no século XVI, sendo seus primórdios as cidades-estados romanas (*civitas*) e gregas (*polis*), dotadas de autoridades políticas superiores e com fixação de regras de convivência, embora contassem com âmbito territorial restrito.

⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 53.

A Idade Média cristã, após o colapso do Império Romano, abandonou a ideia, o modelo de governo conhecido dos antigos, e que nós, os modernos, tendo em mente a versão que nos é familiar, designamos de “Estado”. Segundo Paulo Bonavides⁶⁸, toda a Idade Média, consoante sua organização feudal erguida sobre as ruínas do Império Romano, contribuiu, em certa maneira, para esfriar a concepção de Estado.

No Estado medieval, o qual se divide basicamente em duas fases: a das invasões e a das reconstruções⁶⁹, ainda não havia Estado na acepção que geralmente hoje é conhecida, o Estado feudal era fraco e descentralizado.

A difusão do Cristianismo envolve-se de modo relevante na mudança da concepção do papel estatal, pois exigia a limitação do poder diante da supremacia do poder divino, fazendo o papel de universalizar direitos. Nesse sentido, a soberania do governante era arrefecida pela supremacia papal e de todo o clero.

Foi com o Estado moderno que a acepção da palavra “Estado⁷⁰” ganhou características globais, especialmente com o poder do soberano aparentemente ilimitado e a formação de Estados nacionais, aqueles formados com base em uma nação ou comunidade histórica, fator de unificação política.

O Estado moderno começa a se delinear na segunda metade do século XV devido às necessidades de proteção contra ataques bárbaros, que culminavam com um constante estado de guerra. Ademais, os senhores feudais não toleravam a imposição de tributação indiscriminada pelos monarcas, gerando um sentimento de que a unidade de poder poderia sanar tais problemas⁷¹.

Assim, o Estado moderno surge repousado em três características ou elementos essenciais: território, povo e poder. A primeira forma de Estado moderno foi absolutista, todavia a sua formação se deu de maneira variada nos países europeus.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 32.

⁶⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria Geral do Estado e da Constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 16.

⁷⁰ Vem da Itália renascentista, com grande variedade de organizações e formas políticas, que se consagra uma designação genérica, neutra, e, sobretudo, mais abstracta: o vocábulo Estado (*stato*), certamente proveniente do latim *status* (que equivale a constituição ou ordem e já empregado, de resto, no sentido de condição social desde o século XII). E o primeiro autor que introduz o termo na linguagem doutrinal é Maquiavel em *Il Principe*: “Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens são Estados e são ou repúblicas ou principados”. *Idem*. P. 19.

⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 1998, P. 70.

Na época do Estado absolutista, as virtudes e os defeitos do monarca se confundiam com as qualidades do Estado, o que acabou gerando diversas ofensas às liberdades individuais, uma vez que os reis não eram muito dados a respeitar as leis, vigorando o “*l’Etat c’est moi*” (“o Estado sou eu”).

Como meio de reação ao absolutismo e proporcionado pela prosperidade econômica da burguesia, o Estado liberal surge como forma de manter o Estado longe da vida social do povo. O grande teórico não-intervencionista foi Adam Smith, que, em sua célebre obra “A Riqueza das Nações” (1776), pregava a existência de uma ordem natural capaz de assegurar a harmonia espontânea de todos os interesses; assim, cada homem seria o melhor juiz de seus interesses e deveria ter a liberdade de promovê-los segundo a sua livre escolha⁷².

Entretanto, na prática, sob o manto da proteção da liberdade, o que se viu foi uma situação de privilégio para aqueles economicamente favorecidos em nítido prejuízo às classes pobres. Vale lembrar que nesse período aconteceram as revoluções industrial e francesa (século XIX).

Em especial a primeira, levou grandes massas populacionais aos centros urbanos em busca de trabalho, o qual era mal remunerado e sob péssimas condições; todavia, o Estado não-intervencionista nada podia fazer para proteger o proletariado dos abusos do poder econômico. Ademais, não havia interesse político, pois grande parte dessa burguesia que explorava o trabalho, até mesmo de crianças, estava no poder.

Foi essa atitude da burguesia que deflagrou os movimentos socialistas, culminando com a formação do Estado socialista na Rússia e disseminando a ideia intervencionista em todo o mundo. A Constituição alemã de Weimar, aprovada em 1919, continha o embrião dos direitos sociais e foi utilizada em todo o mundo como modelo do novo Estado social.

Cumprir registrar que, além dos três elementos supramencionados, existem autores que admitem um quarto requisito indicador de Estado – a finalidade –, resguardando, nesse sentido, o Estado como uma autêntica entidade de fins

⁷² Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. P. 275.

precisos e determinados. Esse último elemento firmou-se como essencial com a obra de Alexandre Groppali⁷³.

A finalidade surge, na concepção estrutural da formação do Estado, em primeiro lugar, porque as pessoas só se integram numa ordem e vivem sob um poder visando atingir um fim; em segundo lugar, o Estado, sendo dotado de ordem própria e poder também próprio, é evidente que deverá ter uma finalidade peculiar, que justifique sua existência. Esse elemento ganha força no Estado social, fruto da transformação do Estado liberal. As finalidades a que se destinam os Estado sociais são expandidas e mais diversificadas.

É preciso reforçar que os direitos sociais são histórica e ideologicamente socialistas, inclusive porque a lógica coletivista, que lhe é implícita, desafia o ritmo da apropriação individual do capital. Aqui é dado um passo além das conotações jurídicas do liberalismo porque, ao invés de se premiar o esforço ou o desempenho individual – a exemplo do direito à propriedade –, gratificam-se as necessidades e as demandas sociais, públicas e coletivas.

Nos Estados Unidos, o Presidente Franklin Roosevelt, eleito em 1932, adotou em seu programa de governo o “*New Deal*”. A política intervencionista se baseava na ajuda à imensa massa de desempregados e desabrigados, a qual logrou grande êxito, embora tivesse sido largamente combatida, até mesmo pela Suprema Corte americana. Vale lembrar que não necessariamente um Estado liberal será democrático.

Segundo Norberto Bobbio, a doutrina liberal compreende dois aspectos quanto à restrição do poder estatal: a limitação dos poderes e os limites das funções do Estado. A noção corrente que serve o primeiro é o Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é o Estado mínimo.

Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder. Vigora a superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens. (...) Por outro lado, quando se fala

⁷³ *Idem.* P. 276.

em Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos⁷⁴.

Nesse sentido, é de se notar que foi exatamente o modelo democrático que pôs a baixo o Estado liberal clássico, pois a universalização do sufrágio conferiu a literalidade do termo democracia à prática – o governo de todos. Todavia, o Estado liberal, com seus pilares fincados no jusnaturalismo (direito natural), passou a não ser suficiente para reger as demandas de uma cidadania crescente, cedendo espaço a um Estado interventor e garantidor, o que não coaduna com o Estado mínimo liberal.

O Estado social-democrático é um Estado atuante, que tudo provê e que em tudo intervém; ao contrário do Estado liberal, que se mantém distante, especialmente de questões econômicas. Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁵ assim descreve a intervenção estatal:

Enquanto o Estado liberal se atinha à manutenção da ordem como condição para que a iniciativa individual, em busca de seus interesses, realizasse sem o perceber o bem geral, o Estado-Providência pretende suscitar o interesse geral, comandando a atividade dos indivíduos e dos grupos. Sua atitude, longe de ser passiva em face do desenvolvimento econômico e social, que para o liberalismo puro decorria naturalmente do livre jogo da iniciativa individual, é ativa. Mais que ativa, é a atitude do impulsionador, do foco de irradiação do desenvolvimento.

O papel que o Estado representa dentro de determinada sociedade dependerá do programa constitucional de cada país. No caso brasileiro, os anseios pela efetivação de direitos traçados constitucionalmente são instrumento de pressão para que a postura dos magistrados diante da inércia dos demais Poderes seja mais proativa.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. Brasiliense. São Paulo: 1994, p. 18.

⁷⁵ *Apud* RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. 2010, p. 270.

Nos ensinamentos de Adam Smith⁷⁶, no Estado liberal o soberano tem apenas três deveres: a defesa da sociedade contra inimigos externos, a proteção de todo indivíduo das ofensas que a ele possam dirigir os outros indivíduos e o provimento das obras públicas que poderiam ser executadas se confiadas à iniciativa privada.

Nesses termos, parece que o Estado brasileiro não se amolda nos parâmetros traçados pelo liberalismo, possuindo um papel mais participativo e ativo na vida dos cidadãos, que a simples atuação negativa de apenas evitar abusos de poder e resguardar os direitos naturais.

No Estado democrático-social brasileiro, a impulsão ao ativismo judicial parece ter bases mais profundas que a mera opção interpretativa de juízes⁷⁷; ele tem supedâneo na finalidade do Estado, ou seja, seu papel dentro da sociedade. O imbróglio está situado no tênue limite de atuação estatal como garantidor e a partir de onde ele se torna dominador.

2.2. Interpretação e concretização:

A Constituição, as leis e os atos normativos infralegais, enquanto objeto central de estudo do Direito, precisam ultrapassar o plano ideal (dever-ser) para tornar possível a aplicação dos enunciados normativos (abstratos) aos fatos concretos da vida.

⁷⁶ Apud BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 1994, p. 23.

⁷⁷ “Mais cedo ou mais tarde, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ramo. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do Estado tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas ‘finalidade e princípios’: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999, p. 42.

Esse processo se dá por meio da interpretação⁷⁸. Embora existam peculiaridades quanto ao processo interpretativo das normas constitucionais⁷⁹, há um núcleo básico interpretativo comum a todas as normas jurídicas.

Interpretar, em seu conceito fundamental, é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que nela contém.

Cabe ao intérprete extrair o real conteúdo da norma jurídica expressa no texto da lei que a vincula; examinar o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo, fazendo, depois, uma comparação com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas.

Hans Kelsen conceitua interpretação⁸⁰ como uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Ou seja, a interpretação deve ser feita com vistas à Constituição, o escalão superior. Diferencia ainda a interpretação feita pelo órgão que aplica o direito (autêntica) e aquela feita por uma pessoa privada.

Kelsen defende que a norma deve deixar um campo de indeterminação, uma margem de aplicação ao caso concreto em virtude de suas especificidades, a norma para Kelsen é a moldura do quadro. Essa margem de indeterminação pode ser intencional ou não.

Kelsen destaca que essa determinação ou vinculação nunca é completa, pois não é possível vincular em todas as direções o ato através do qual a norma superior é aplicada. Sempre fica uma margem, um espaço de livre apreciação, inclusive porque as palavras com as quais se expressa o legislador são, na maioria das vezes, plurívocas.

⁷⁸ Do estudo sistemático da interpretação cuida a hermenêutica jurídica, ou seja, é a teoria científica da Interpretação, que busca construir um sistema que propicie a fixação do sentido e o alcance das normas jurídicas.

⁷⁹ Luís Roberto Barroso destaca quatro peculiaridades interpretativas a serem observadas nas normas constitucionais: a) superioridade hierárquica, b) a natureza da linguagem, c) conteúdo específico, e d) o caráter político. (*Interpretação e Aplicação da Constituição*, 1998, p. 58.)

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. P. 387.

Por isso a interpretação da lei deve dar o caminho, o sentido do objeto a interpretar será uma dentre as várias possibilidades oferecidas pela norma. Mas qual será a significação correta a ser atribuída à norma?

Kelsen⁸¹ afirma não haver, e que todos os métodos de interpretação elaborados até o momento conduzem a um resultado provável, nunca a um resultado que seja o único correto. Disso decorre a necessidade de interpretação. Todavia, deve-se zelar para que, independentemente da forma de interpretação escolhida, o processo seja realizado sempre com vista na Constituição.

Visto o conceito de interpretação, é necessário fazer algumas colocações acerca da concretização. Friedrich Müller desenvolve sua metódica concretizante com fins a conferir ao destinatário da norma mais que o sentido contido nela, buscando a concretização ao invés da mera interpretação.

Embora sua teoria seja voltada às normas constitucionais, o processo hermenêutico de qualquer norma será feito à luz da Carta Magna. Müller⁸² defende que o método de concretização da constituição ocorre por meio da metódica do trabalho dos titulares das funções, seja a legislativa, jurisdicional ou executiva. E que a força normativa da constituição não pode ficar restrita ao campo jurídico. Essa concretização depende da práxis do direito constitucional; deve-se decompor os processos de elaboração da decisão em passos de raciocínio suficientemente pequenos que possam ser captados pelos destinatários.

Ressalta que a não identidade entre a norma e o texto da norma é peculiar do direito consuetudinário, pois não se duvida da sua qualidade jurídica, embora não se apresente nenhum texto definido com autoridade.

Conclui-se que essa propriedade de o direito ser elaborado de forma escrita e lavrado segundo um procedimento ordenado por outras normas, não é idêntica à sua qualidade de norma. Assim, é possível que haja direito não escrito; contudo, o escrito é típico dos estados democráticos.

Como para o autor a norma jurídica não é um juízo hipotético isolável, mas uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio

⁸¹ *Idem.* P. 388.

⁸² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

âmbito social regulamentado, percebe-se uma clara distinção de suas ideias com o pensamento positivista de Kelsen.

A passagem a seguir ilustra bem o pensamento do autor:

A metódica estruturante analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso, as quais não haviam sido oferecidas por Savigny e nem pelo positivismo legalista. Assim, a metódica jurídica só pode ser fundamentada na análise de técnicas práticas de trabalho nas funções de concretização do direito e da constituição.⁸³

Müller critica a mera interpretação da norma, pois o processo da práxis deve ir além, deve ser a concretização, deixando para trás o positivismo legalista. Já que para ele não há um sentido unívoco, sempre dependerá do caso concreto⁸⁴.

Oportuno citar a passagem citada por Inocêncio Mártires Coelho⁸⁵ acerca do tema:

A partir da diferença entre interpretação e concretização, tal como formulada, entre outros, por Ernst-Wolfgang Böckenförde, para quem a interpretação é a indagação sobre a substância e sentido de algo precedente, que desse modo, e na medida do possível, completa-se e diferencia-se enquanto tem enriquecido o seu conteúdo; a concretização, ao contrário, é o preenchimento (criativo) de algo simplesmente sugerido ou o princípio, que permanece aberto em tudo o mais e que necessita essencialmente de prévia conformação para se tornar norma aplicável.

No novo constitucionalismo os limites da interpretação têm se transformado. Não há um caminho rígido a ser percorrido pelo intérprete, na perigosa mistura de métodos e princípios interpretativos, para que o aplicador do direito não se perca

⁸³ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, 2000. P. 68.

⁸⁴ Conclusão diversa chega Elival da Silva Ramos em sua obra sobre o ativismo judicial: “se no positivismo clássico a interpretação se subsume à vontade do legislador, dando ensejo ao fenômeno do passivismo judiciário, a consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico é o ativismo subjetivista do intérprete-aplicador; amplo e explícito no primeiro caso, circunscrito e implícito no segundo. Já no positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no de que o texto normativo objeto da exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete”. *Ativismo Judicial*. 2010. P. 308.

⁸⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. P. 57.

nesse emaranhado hermenêutico, grande importância tem a visão conjunta do ordenamento jurídico, com fincas na realidade social, mas sem perder de vista a razoabilidade e a segurança jurídica.

Nesse sentido, Konrad Hesse⁸⁶, entusiasta da interpretação constitucional como concretização, defende a importância de se estabelecer limites para a criatividade dos intérpretes. Tal visão se justifica diante da necessidade de se ver a norma como o resultado da interpretação, sob pena de atingir conclusões desvinculadas do programa normativo.

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Assim, tendo em vista o ativismo judicial criado nos Estados Unidos, em virtude da Constituição americana, extremamente sintética e repleta de enunciados abertos e indeterminados, confere-se ao intérprete uma liberdade que pode até mesmo ser confundida com a função normativa. Essa liberdade será necessária para que o ordenamento jurídico seja algo vivo e para que a interpretação seja realizada de forma dialética, sob pena de se renunciar a pretensão de vivenciar⁸⁷ a Constituição.

Nesse esteio, o ativismo seria considerado necessário no caso americano, diante do sistema jurídico-constitucional adotado naquele país; todavia, no Brasil, onde o ativismo é visto como algo artificial, muitas vezes ele tem sido a única saída para manter a força normativa da Constituição.

⁸⁶ Apud RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. 2010. P. 273.

⁸⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

Capítulo 3- A efetivação dos direitos políticos e a perda de mandato eletivo:

Os direitos políticos inserem-se no Título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais. O assunto foi abordado pelo constituinte originário no Capítulo IV do mencionado Título, que assim prevê em seu artigo 14:

Art. 14: A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

plebiscito;

referendo;

iniciativa popular.

(...)

Os direitos políticos formam a base do regime democrático. Segundo ensina Gilmar Ferreira Mendes, os direitos políticos compreendem o direito de participar do processo político como um todo, direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, à autonomia de organização do sistema partidário e à igualdade de oportunidade dos partidos⁸⁸.

Como se vê, o direito ao sufrágio, que tem por essência a possibilidade de todo cidadão votar, atendidas as condições para o alistamento eleitoral, e ser votado, preenchidas as condições de elegibilidade, é o principal instrumento do regime democrático. Pois, em uma democracia representativa, com pontos de democracia direta⁸⁹, prevista no artigo 1º da Constituição⁹⁰, o voto consagra a

⁸⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 779.

⁸⁹ Há vários institutos que, embora considerados por alguns autores como característicos da democracia direta, não dão ao povo a possibilidade de ampla discussão antes da deliberação, sendo, por isso, classificados pela maioria como representativos da democracia semidireta. Essas instituições são: o *referendum*, o plebiscito, a iniciativa, o veto popular, o *recall*. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 1998, p. 153).

⁹⁰ Art. 1º 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:

(...)

soberania popular, porque é também por meio dele que o cidadão expressa sua vontade, nos casos de referendo e plebiscito.

A concepção moderna de Estado Democrático surgiu no século XVIII e tinha supedâneo na valorização da pessoa humana, na necessidade de organizar o funcionamento da máquina estatal e na luta contra o absolutismo.

Desde a Grécia antiga, a noção de “governo do povo” é vista como sinônimo de democracia; entretanto, no decorrer dos séculos, a palavra democracia passou a ter outra conotação, pois o “povo” nem sempre foi representado pelos mesmos indivíduos em sociedades e épocas distintas.

É certo que, na Grécia antiga, apenas determinadas pessoas possuíam o *status* de cidadão, assim artesãos e comerciantes não eram considerados como tal⁹¹; desta forma, não possuíam direitos políticos, não votavam, não participavam das decisões políticas e nem das discussões que ocorriam na Ágora.

No Brasil, atualmente, o sufrágio é universal, ou seja, é um direito político reconhecido a todos nacionais do país, independentemente da qualificação pessoal ou patrimonial (salvo os conscritos no período do serviço militar obrigatório – art. 14, § 1º, CF).

Todavia, na tradição brasileira, o direito ao voto foi sendo conquistado gradualmente.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes⁹², na Constituição do Império de 1824, o direito ao voto somente era dado àqueles que alcançassem a renda líquida anual de cem mil réis, e somente poderia ser eleito deputado aquele que obtivesse renda líquida anual de duzentos mil réis.

A primeira Constituição republicana (1891) somente outorgava direito de votar a pessoas do sexo masculino.

Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos Constituição.

⁹¹ Aristóteles, no livro III de “A Política”, conceituou: “o nome cidadão só se deveria dar com propriedade àqueles que tivessem parte na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária. A cidade-modelo não deverá jamais admitir o artesão no número de seus cidadãos. Isto porque a virtude política, que é a sabedoria para mandar e obedecer, só pertence àqueles que não têm necessidade de trabalhar para viver, não sendo possível praticar-se a virtude quando se leva a vida de artesão ou de mercenário”. *Apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 1998, p. 146.

⁹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2009, p. 780.

Tão somente, sob o advento da Constituição de 1988, os analfabetos adquiriram o direito de votar, ainda que de forma facultativa, mas não detinham e ainda não detêm a capacidade de serem eleitos (artigo 14, § 4º, CF).

O exercício dos direitos políticos, sob a égide da Constituição Federal de 1988, envolve a capacidade eleitoral ativa e passiva, capacidade de votar e ser votado, respectivamente.

Destarte, qualquer limitação ao exercício dos direitos políticos constitui séria ofensa ao regime democrático, do qual o sufrágio é a essência e deve ser precedido de lei, conforme será visto adiante.

Nesse diapasão, o sufrágio consubstancia a manifestação popular, já que a impossibilidade prática de utilização dos processos de democracia direta em virtude do elevado número de pessoas que formam o povo de certo Estado, bem como as limitações próprias de se recorrer com frequência aos institutos da democracia semidireta, tornaram quase que inevitável a predominância da democracia representativa.

Conforme explica Dallari⁹³, na democracia representativa o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando.

Assim, a nova hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária é uma clara limitação ao exercício dos direitos políticos, estabelecida em nome do princípio da representação proporcional, relegando a segundo plano a ideia de democracia representativa na qual está inserta hoje o Brasil; vota-se nos candidatos e não nas legendas, já que os partidos dominantes não possuem ideologias claras, não defendem um ideal, se coligam e se separam como se trocassem sua roupagem de acordo com o evento a se apresentarem⁹⁴.

⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 1998, p. 155.

⁹⁴ A falta de uniformidade ideológica dos partidos políticos ficou clara nas eleições gerais de 2010, na qual não houve a obrigatoriedade de vinculação das candidaturas de âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal (art. 17, § 1º, da CF), possibilitando que partidos e candidatos rivais em âmbito estadual fossem aliados na esfera nacional. O fato ocorreu, dentre outros, nos estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, inclusive com alguns membros declarando apoio a candidatos rivais para a Presidência da República.

O papel atribuído pela Constituição aos partidos políticos é frontalmente diverso daquele exercido hoje pelas agremiações, embora não se discuta que a fidelidade partidária é forte instrumento para potencializar e estruturar a atuação partidária; o que se questiona é a forma adotada pelo TSE e pelo STF em criar uma nova hipótese de perda de mandato eletivo sem previsão legal e constitucional (vide artigo 55 da CF).

A Constituição Federal dedicou capítulo (V) exclusivo aos partidos políticos, inserto no Título II que versa sobre os direitos e garantias fundamentais. Resta claro que a Constituição quis dar papel de destaque às agremiações dentro do sistema político-eleitoral, tanto que a filiação partidária é condição de elegibilidade constante no artigo 14, § 3º, V da Constituição.

Ademais, os partidos políticos possuem autonomia para definir sua estrutura, organização e funcionamento, inclusive com poderes para estabelecerem normas internas de disciplina e de fidelidade partidária, conforme se vê no artigo 17, § 1º, da CF. Parece claro que a Constituição Federal concedeu aos partidos políticos, que tem natureza de associações civis, a atribuição de regulamentar a fidelidade partidária. Tal poder não foi conferido ao Poder Judiciário, muito menos por meio de resoluções do TSE.

Como mencionado alhures, a fidelidade partidária, dentro de um contexto de reforma política, tem o condão de moralizar o troca-troca partidário, maximizando a representação proporcional e fortalecendo os partidos políticos. Mas se feito de forma desprovida de debate legislativo, mais parece uma arbitrariedade limitadora dos direitos políticos dos exercentes de mandato eletivo do que um instrumento democrático para efetivação do princípio da representação proporcional, sem adentrar-se no fato de que a fidelidade também foi estabelecida aos senadores, os quais são eleitos pelo sistema majoritário (artigo 13 da resolução TSE nº 22.610).

No mínimo irrazoável a utilização da mesma fundamentação para estabelecer a infidelidade partidária como hipótese de perda de mandato eletivo aos senadores; eles representam os estados, não há representação proporcional.

Nesse sentido, é de se notar que o fundamento utilizado pelos Tribunais é o princípio da representação proporcional, conforme explica Elival da Silva Ramos⁹⁵:

O espaço de interpretação do princípio da representação proporcional não comporta muito mais do que a diretriz de que no preenchimento de cargos legislativos sujeitos a esse sistema eleitoral, deve-se observar a proporção entre o número desses cargos e a votação obtida pelas agremiações partidárias, na forma da legislação eleitoral.

O Ministro Cezar Peluso, utilizando o princípio da representação proporcional, ao proferir seu voto na consulta nº 1.398 TSE, dá enfoque diverso ao festejado postulado:

Não precisa grande esforço intelectual por advertir que o fundamento político-filosófico do sistema representativo radica na necessidade de atribuição de espaço de atuação e expressão política às correntes ideológicas dos mais diversos matizes, que são agrupadas e sintetizadas pelos partidos políticos. É que a representação não se dá sem a mediação do partido, enquanto elemento expressivo e agregador do ideário político dos cidadãos. Não se concretiza, na democracia, a representação do povo pelo chamado representante, senão por intermédio de um partido político, já que não se cuida, estritamente, de mandato conferido por um cidadão à pessoa do representante.

Nesse contexto, o ilustre Ministro traz à baila a diferença do sistema proporcional e majoritário: o primeiro pretende garantir a representação das diversas categorias, enquanto o segundo somente garante a representação da classe dominante⁹⁶:

⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. 2010, p. 250. É de se notar que o STF, por meio do Min. Celso de Mello, em despacho denegatório de seguimento de recurso extraordinário, aduziu que “o sistema de representação proporcional, por constituir conceito jurídico indeterminado, depende, para sua implementação, de prévia definição normativa a ser estabelecida pelo legislador ordinário no exercício do poder de regulação que lhe foi atribuído pelo ordenamento constitucional”. (RE nº 140.543-1/RO).

⁹⁶ Cf. Consulta nº 1.398/DF (TSE). Disponível em www.tse.jus.br. Acesso em 9/12/10.

Dentre as especificidades reclamadas pela estrutura do sistema representativo, está a opção por um dos métodos eleitorais, proporcional ou majoritário. Em confronto com as manifestas deficiências deste, especialmente a sub-representação dos grupos ou extratos minoritários, ganha primazia o sistema proporcional, enquanto tende, mais que a garantir-lhes a mera presença nas assembleias, a assegurar verdadeira proporção de todas as relevantes correntes ideológicas na representação popular. Como afirma GILBERTO AMADO, “os sistemas de representação proporcional não visam, como se pode pensar à primeira vista, à representação das minorias; visam à representação de todas aquelas opiniões que, existindo em força numérica suficientemente importante para significar uma corrente de idéias, têm o direito de influir, na proporção da sua força, no governo do país”.

O espaço interpretativo acerca do princípio da representação proporcional, conferido ao intérprete pela Constituição Federal, deu azo aos mais diversos entendimentos, todos de grande plausibilidade do ponto de vista material, sobre os limites e aplicação do instituto da fidelidade partidária.

Percebe-se que, em nome do clamor popular, pois as constantes trocas de partidos pelos parlamentares sempre foi mal vista⁹⁷, especialmente pela imprensa, o TSE decidiu pela velha máxima “os fins justificam os meios”.

⁹⁷ O antropólogo Roberto da Matta assevera: “No Brasil, os políticos trocam de partido e parceiros com generosidade. Isto, no setor das relações pessoais, seria traição (cujo motor é o ciúme, a outra cara da lealdade). Já no setor dos elos amorosos, seria adultério, mas, no âmbito político, vencer significa trair e enganar. Na política, traições são normais (...)” *Apud* PIMENTA, Fernando Gurgel. *Guia Prático de Fidelidade Partidária à Luz da Resolução TSE 22.610/07*. 2008, p. 39.

3.1. Fidelidade partidária no Brasil:

A infidelidade partidária pode ocorrer de duas formas. Há infidelidade partidária quando um deputado, senador ou vereador vota de forma contrária ao decidido em reuniões de sua bancada partidária, em detrimento ao decidido pelos demais integrantes do partido, podendo sofrer sanções de natureza política desde que previstas em normas intrapartidárias e a salvo de apreciações externas em respeito ao princípio da autonomia partidária.

A segunda hipótese, de maior relevância ao presente estudo, é quando um cidadão, eleito sob uma determinada legenda partidária, migra, sem justa causa, para outro partido, mostrando-se infiel às diretrizes ideológicas do partido pelo qual se elegeu e à estrutura partidária utilizada na eleição. Difunde por intermédio da propaganda partidária e eleitoral sua adesão a determinado seguimento político e, após eleito, abandona a legenda pela qual se elegeu e adere a outra.

Assim, o cerne da questão da denominada “infidelidade partidária” é sua consequência prática, ou seja, a perda de mandato de parlamentar em virtude de desfiliação voluntária do partido pelo qual foi eleito. A controvérsia veio à tona em virtude da consulta nº 1.398/DF, formulada ao TSE pelo DEM (então PFL), a qual foi respondida por meio da resolução nº 22.526, de 27/3/07, no sentido da manutenção da vaga obtida no sistema proporcional aos partidos políticos.

A fidelidade partidária possui previsão na Constituição Federal no artigo 17, § 1º, o qual delegou aos estatutos dos partidos políticos a sua regulamentação:

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:

(...)

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária (grifos nossos).

O instituto não é novidade no sistema político brasileiro. A Constituição de 1967, por meio da emenda constitucional nº 1 de 1969, introduziu regras de fidelidade partidária; entretanto, os objetivos eram escusos, uma vez que, em detrimento do princípio democrático, o que pretendia o governo militar era evitar a fuga de parlamentares da bancada da ARENA, partido que apoiava os militares, para o MDB. Nesse sentido, passou a prever a CF de 1967⁹⁸:

Art. 152 (...) Parágrafo único: Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.

Com o advento da EC nº 25 de 1985, a fidelidade partidária foi retirada do ordenamento jurídico. Somente com a promulgação da CF de 1988 a fidelidade passou a ter previsão constitucional, todavia, desprovida de regulamentação, pois, conforme mencionado acima, o instituto foi colocado a cargo de regulamentação interna pelos partidos políticos por meio de seus estatutos.

Nesse diapasão, percebe-se que, embora o Constituinte de 1988 tenha ressuscitado o instituto, a roupagem conferida foi diversa, de tal modo que artigo 55 da própria Constituição não trouxe a mudança de partido como forma de perda de mandato eletivo por deputado ou senador.

Ademais, é de notar que a Lei nº 9.096/95, conhecida como lei dos partidos políticos, destinou quatro artigos à disciplina de fidelidade partidária; nela, mais uma vez não se nota qualquer previsão legal de perda de mandato por desfiliação partidária. Veja-se:

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

⁹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 5/12/10.

O dispositivo legal é claro em estabelecer a perda de cargo ou função na Casa Legislativa, não se fala em perda de mandato. Ademais, a lei ordinária não seria o instrumento hábil a estabelecer tal hipótese de perda de mandato, por ser uma limitação feroz ao exercício dos direitos políticos, deveria ser instituída por meio de emenda constitucional, acrescentada tal previsão ao artigo 55 da CF.

Atualmente tramita, no Congresso Nacional, a PEC nº 42⁹⁹, de 1995 (apensas PEC's nºs 51 e 60, de 1995, e 4, de 2007), que visa dar nova redação ao art. 55 da Constituição Federal, estabelecendo a perda do mandato parlamentar ao Deputado ou Senador que se desfiliar voluntariamente do partido sob cuja legenda foi eleito. A autoria da proposta de emenda é da Deputada Rita Camata e a relatoria é do Deputado Luciano Castro.

Embora a matéria esteja há mais de 15 anos no Congresso e tenha recebido parecer favorável do relator da Comissão Especial¹⁰⁰, a tramitação foi interrompida

⁹⁹ Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 03/01/2011.

¹⁰⁰ “(...) E não há órgão que nos pareça mais autorizado juridicamente a proferir um julgamento desse tipo que o Plenário da Casa a que pertença o parlamentar envolvido – um órgão que, pela redação atual do texto constitucional, já detém competência para julgar outros processos de perda de mandato, como é o caso, por exemplo, dos motivados por infração às proibições do art. 54. A medida ora proposta, na verdade, tem o mérito de retomar para o Legislativo a autoridade sobre uma matéria que, afinal de contas, é de ser mesmo resolvida *interna corporis*, envolvendo um juízo muito mais político que propriamente técnico ou jurídico sobre cada caso de desfiliação que eventualmente vier a se apresentar. É que, como já havia sido observado pelo relator Nelson Jobim no citado parecer apresentado sobre o tema à época da Revisão Constitucional, 'a proteção do partido político contra atos de infidelidade dos seus filiados exige a ponderação de interessantes conflitantes. A solução desse conflito não se encontra em um céu dos conceitos jurídicos ou políticos. Constitui decisão eminentemente política decidir quando o interesse público na consistência do sistema partidário se sobrepõe ao interesse público em preservar a autonomia do detentor de mandato eletivo'. Por isso estamos convencidos de não se poder simplesmente deixar nas mãos do Judiciário decisão de tal natureza, devendo as Casas Legislativas assumir o ônus do exame e da apreciação das representações propostas contra seus membros por atos de desfiliação partidária. Em relação, finalmente, às duas alterações propostas na Emenda nº 1/09 que extrapolaram o objeto principal das propostas de emenda à Constituição sob exame (mudando a forma de eleição dos suplentes de Senador e o sistema de eleição dos membros da Câmara dos Deputados), apesar de não apresentarem problemas de admissibilidade constitucional e de até coincidirem, quanto ao mérito, com a posição individual deste Relator em relação a esses dois temas, não tivemos como incorporá-las ao substitutivo ora proposto justamente pela falta de conexão com a matéria ali tratada, o que é repellido tanto pelo art. 100, § 3º, do Regimento Interno da Casa, quanto pelo art. 7º, inciso II, da Lei Complementar nº 95/98, que dispõe sobre a redação, a elaboração e a alteração das normas jurídicas. Em face disso, nosso voto com relação à Emenda nº 1/09 será pela aprovação apenas da parte referente ao tema da perda de mandato por infidelidade partidária. Tudo isso posto, concluímos nosso voto no sentido da aprovação das Propostas de Emenda à Constituição de nºs 42, 51 e 60, de 1995, e 4, de 2007, assim como da admissibilidade e, no mérito, da aprovação parcial da Emenda nº 1/09, tudo nos termos do substitutivo que ora submetemos à consideração de nossos ilustres Pares no âmbito desta Comissão Especial. Deputado LUCIANO CASTRO (relator)”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=14293. Acesso em 2/12/10.

por pedidos de vista e também prorrogada a existência da mencionada Comissão, o que impediu que a matéria fosse levada a plenário.

Como se vê, é evidente que a matéria está dentro das competências legislativas do Congresso Nacional, consoante artigo 22 da CF:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I- direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trânsito; (....)

Destarte, embora altamente questionável, a constitucionalidade das resoluções do TSE foi declarada pelo STF, por meio das ADI's nºs 3.999 e 4.086¹⁰¹, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, tendo sido julgadas improcedentes as ações de inconstitucionalidade e mantidas as resoluções TSE nºs 22.610/07 e 22.733/08 no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁰¹ Informativo nº 528 do STF (novembro de 2008): “O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade, a primeira ajuizada contra a Resolução 22.610/2007, pelo Partido Social Cristão - PSC, e a segunda, também contra a Resolução 22.733/2008, pelo Procurador-Geral da República, ambas do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, as quais disciplinam o processo de perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa, bem como de justificação de desfiliação partidária. Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu das ações. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio, que delas não conhecia por reputar não se estar diante de atos normativos abstratos e autônomos. No mérito, julgaram-se válidas as resoluções impugnadas até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria. Considerou-se a orientação fixada pelo Supremo no julgamento dos mandados de segurança 26.602/DF (DJe de 17/10/08), 26.603/DF (j. em 4/10/07) e 26.604/DF (DJe de 3/10/08), no sentido de reconhecer aos partidos políticos o direito de postular o respeito ao princípio da fidelidade partidária perante o Judiciário, e de, a fim de conferir-lhes um meio processual para assegurar concretamente as consequências decorrentes de eventual desrespeito ao referido princípio, declarar a competência do TSE para dispor sobre a matéria durante o silêncio do Legislativo. Asseverou-se que de pouco adiantaria a Corte admitir a existência de um dever, qual seja, a fidelidade partidária, mas não colocar à disposição um mecanismo ou um instrumental legal para garantir sua observância. Salientando que a ausência do mecanismo leva a quadro de exceção, interpretou-se a adequação das resoluções atacadas ao art. 23, IX, do Código Eleitoral, este interpretado conforme a CF. Concluiu-se que a atividade normativa do TSE recebeu seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau, que julgavam procedente o pleito, ao fundamento de que as citadas resoluções seriam inconstitucionais, haja vista não caber ao TSE dispor normas senão tendo em vista a execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral, que não trataram da perda de cargo eletivo em razão de infidelidade partidária, e, ainda, porque avançam sobre áreas normativas expressamente atribuídas, pela Constituição, à lei.”

[ADI 3999/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.11.2008. \(ADI-3999\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo528.htm)
[ADI 4086/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.11.2008. \(ADI-4086\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo528.htm) Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo528.htm>. Acesso em 5/12/10.

Tais decisões, juntamente com aquelas proferidas nos mandados de segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, instituíram no ordenamento jurídico pátrio regras de fidelidade partidária antes inexistentes, demonstrando um claro ativismo judicial da Corte Constitucional brasileira ao inovar o sistema jurídico, mantendo a criação judicial da fidelidade partidária pelo TSE.

Interessante notar que o próprio relator, Ministro Joaquim Barbosa, embora tenha votado pela improcedência das ADI's, ponderou que estava proferindo seu voto de acordo com a jurisprudência do STF e em obediência ao princípio da colegialidade, que orienta os ministros a seguirem a orientação da Corte. Isso porque, como lembrou, foi voto discordante em votações anteriores da Corte sobre fidelidade partidária.

O ministro, ainda, colocou em dúvida a capacidade dos partidos políticos como arregimentadores da vontade popular. “É inequívoco que o poder político deriva do povo”, afirmou o ministro relator. “Não dá para sobrepor o partido à intenção do eleitor. Seria a ruptura da soberania do povo. Os partidos políticos não substituem o eleitor como centro de referência política”.

No conteúdo (nesse ponto ligado à doutrina substancialista), é louvável a decisão que quis privilegiar a vontade do eleitor e, assim, valorizar o princípio democrático por meio da representação popular, já aclamado pela imprensa e pela população há muito. Entretanto, na cultura brasileira não subsiste a hábito no voto de legenda¹⁰², o que subverte a lógica adotada acima.

Todavia, o que se questiona são os meios adotados pelo Judiciário, que acabaram por vilipendiar os direitos políticos dos cidadãos exercentes de mandatos eletivos, em um sistema no qual os partidos políticos não possuem ideologias claras, tampouco representam categorias que supostamente representariam.

¹⁰² Veja-se trecho de reportagem no Jornal “O Globo” acerca do assunto: “Cai o número de votos para legenda - O Brasil tem uma profusão de partidos políticos - são mais de 20 representados no Congresso -, mas o brasileiro não tem a tradição de votar na legenda. Nesta eleição foram 96,5 milhões de votos válidos para deputado federal, dos quais apenas 9,35% (pouco mais de 9 milhões) foram para a legenda, uma proporção menor que os 9,84% registrados em 2002 e os 9,83% de 2006. Em geral, os partidos com fortes candidatos a presidente conseguem se sair melhor, ajudando o legenda a eleger mais nomes. (...) Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/eleicoes2010/mat/2010/10/15/cai-numero-de-votos-para-legenda-922802615.asp> Acesso em: 12/04/2011.

O Brasil tem uma mescla de fórmulas de representação inusitada nas democracias industriais avançadas. Alguns cargos como de presidente e vice-presidente da República e governadores e prefeitos de cidades com mais de 200.000 eleitores são preenchidos em eleições majoritárias, realizando-se um segundo turno entre os dois candidatos mais votados, caso nenhum dos candidatos obtenha mais de 50% dos votos no primeiro turno.

Algumas cadeiras como de senadores e prefeitos de cidades com até 200.000 eleitores são preenchidas em eleições majoritárias simples, ou seja, quem obtiver a maioria relativa no primeiro turno se elege. A eleição de deputados federais, deputados estaduais e vereadores se dá em eleições proporcionais.

Todos os três formatos básicos de representação cumprem um papel importante no sistema. Todavia, o número de deputados federais, que varia de acordo com a população do estado em um número mínimo de 8 (oito) e máximo de 70 (setenta), não é proporcional à população¹⁰³, embora o artigo 45 da Constituição preveja a adequação no ano anterior à eleição.

Isso significa que as eleições supostamente proporcionais são marcadas por grandes desproporcionalidades, por exemplo, o número de habitantes por deputado é cerca de sete vezes maior em São Paulo do que no Acre. Vejam-se algumas informações constantes do sítio oficial do TSE¹⁰⁴:

Nas eleições de 2010, no estado do Acre, foram atribuídos 341.672 votos válidos para o cargo de deputado federal, o que resulta em um quociente eleitoral de 42.709 (são oito vagas em disputa na Câmara). A população do estado, segundo resultado do Censo 2010, é de 732.793¹⁰⁵ habitantes.

¹⁰³ Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. Disponível em: www.planalto.gov.br/constituicao Acesso em 6/12/2010.

¹⁰⁴ Disponível em: http://www.tse.jus.br/internet/eleicoes/estatistica2010/Est_resultados/quocientes_eleitoral_partidario.html. Acesso em 6/12/10.

¹⁰⁵ Disponível em: http://www.ibge.gov.br/censo2010/primeiros_dados_divulgados/index.php?uf=12. Acesso em 6/12/10.

Enquanto no estado de São Paulo foram computados 21.387.464 votos válidos para o mesmo cargo em análise, resultando em um quociente eleitoral de 305.535 (são 70 vagas em disputa). A população do estado obtida pelo Censo 2010 é de 41.252.160 habitantes.

Nesse sentido, sem considerar as regras de quociente partidário, enquanto no Acre um deputado federal precisa de 42.709 para se eleger, no estado de São Paulo, o mesmo deputado necessitaria de 305.535 votos (quociente eleitoral¹⁰⁶), o que demonstra clara desproporção na representação.

No mesmo sentido demonstrou reportagem da Veja¹⁰⁷, intitulada “A cara do Congresso”, na qual, embora ignorando as regras de quociente eleitoral, evidenciou a sub-representação de alguns estados com relação aos demais.

No texto, indicou que o voto de eleitor de Roraima vale mais que o voto do eleitor de São Paulo, pois, enquanto no estado de Roraima cada deputado representa 34.000 eleitores, em São Paulo, um deputado representa 428.000 eleitores. Ressalte-se que tal cálculo foi feito apenas dividindo-se o número de eleitores de cada estado pelo número de deputados, sem considerar regras eleitorais. Ao final, a reportagem atribuiu a culpa ao “obtusos sistema de cálculo do coeficiente eleitoral”.

No malfadado sistema, as cadeiras são distribuídas de acordo com o número total de votos válidos que um partido ou coligação recebe (votação dividida pelo quociente eleitoral). Tal operação resulta no quociente partidário. Não há patamar mínimo, exceto o quociente eleitoral (número de votos dividido pelo número de cadeiras); assim, os partidos que não atingem esse quociente não são elegíveis para a distribuição de sobras.

Como não há arredondamento no cálculo quociente partidário, as vagas resultantes das sobras serão atribuídas nos moldes do artigo 109 do Código Eleitoral, ou seja, dividi-se a votação de cada partido pelo número de lugares por ele

¹⁰⁶ Para determinar o quociente eleitoral, dividi-se os votos válidos pelos lugares a preencher, conforme prevê o artigo 106 do Código Eleitoral, desprezando-se a fração, se igual ou inferior a 0,5, arredondando-a para 1 se superior. Somente após, adentra-se no cálculo do quociente partidário, que é feito dividindo-se a votação de cada partido (votos nominais + legenda) pelo quociente eleitoral (art. 107 do Código Eleitoral), desprezando-se a fração, qualquer que seja.

¹⁰⁷ VEJA. São Paulo: Editora Abril, ed. 2203: 09 de fevereiro de 2011. P. 62 a 65.

obtidos mais um; ao partido que alcançar a maior média atribui-se a primeira vaga da sobra.

Pois bem, como o objetivo do presente trabalho não é discutir o sistema proporcional, as elucidações são feitas a título de esclarecimento sobre a desigualdade da representação popular nesse sistema, e que a utilização do princípio da representação proporcional para atribuir o mandato ao partido demandaria um reforma política geral e não pontual, como pretendeu o TSE.

Tal reforma há muito tempo é discutida, existem diversas propostas de emenda constitucional no Congresso, algumas visando a implantação do sistema distrital, com apoio da bancada do PSDB, outras com a finalidade de adoção do sistema fechado, com base na bancada do PT e aliados. Há ainda o sistema misto, inspirado no sistema alemão, no qual coexistem os dois sistemas.

A situação é agravada pelo individualismo no sistema eleitoral brasileiro. O sistema de lista aberta, só encontrado no Brasil e na Finlândia, estimula o voto em personalidades, enquanto enfraquece a ideologia dos partidos, uma vez que as agremiações mais se interessam por candidatos “bons de voto” do que por candidatos que se amoldem aos ideais partidários.

Segundo explica o Ministro Cezar Peluso¹⁰⁸, a extravagância da disciplina do sistema proporcional no ordenamento brasileiro, que permite o voto nominal e não apenas no partido, nas eleições proporcionais, decorre de nosso sistema permitir uma mistura de escrutínio uninominal e de representação proporcional, da qual há poucos exemplos através do mundo, citando, assim, Walter Costa Porto:

Quais esses exemplos hoje? Talvez somente o da Finlândia. Nesse país, vota-se só em um candidato (...). Essa fórmula, adotada pelo Brasil e pela Finlândia, foi classificada por Giusti Tavares, em livro recente, como voto pessoal único em candidatura individual. Para ele, ‘uma experiência singular e estranha, inconsistente com o espírito e com a técnica da representação proporcional’. O voto em candidato individual, esclarece, ‘que, contabilizado para a legenda, é transferível a outros candidatos da mesma legenda, equivale ao voto numa lista partidária virtual cuja ordenação se faz como resultado das escolhas de todos os eleitores da legenda.

¹⁰⁸ Voto proferido na consulta nº 1.398/DF (TSE). Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em 9/12/10.

A lista aberta é, aparentemente, um sistema simples: o eleitor vota apenas em um deputado e seu voto ajuda a compor o quociente partidário, o que pode levar a situações esdrúxulas, como ocorrido na eleição do famoso Tiririca – Francisco Everardo Oliveira Silva, o qual obteve expressiva votação, 1.353.820 de votos.

No caso, com o número de votos do candidato, o PR, partido de Tiririca, levará para a Câmara pelo menos mais três deputados graças à votação atribuída ao humorista. Ainda que o número de representantes seja determinado pelos votos partidários, a eleição ou não de um candidato depende de sua capacidade de angariar votos individuais.

O sistema proporcional com lista aberta incentiva fortemente o indivíduo nas campanhas, especialmente porque o prestígio e o poder de um candidato são robustamente fortalecidos por um total de votos massivo. Deve-se notar que os candidatos podem não conseguir se eleger ainda que somem mais votos que um candidato com mais votos de outra legenda mais votada.

De longa data vem a discussão da reforma política, mas ultimamente há maior pressão para que ela seja executada. Uma das questões a serem decididas é o tipo de voto nas eleições proporcionais. Nesse quesito, abre-se uma discussão para a adoção da lista fechada¹⁰⁹ contra o que existe hoje, a lista aberta.

Para conhecimento, na lista aberta, os partidos apresentam os nomes dos candidatos e o eleitor pode votar tanto em seu candidato preferido quanto na legenda do partido, enquanto na lista fechada, os partidos apresentam uma lista ordenada de pretendentes ao cargo e o eleitor pode votar apenas no partido.

Ambos os casos têm lados positivos e negativos. Na lista fechada, o partido é quem dá as cartas: ele apresenta uma lista de candidatos ordenada e os deputados são eleitos nessa sequência, segundo o número de votos que o partido receba.

¹⁰⁹ Existe discussão jurídica e política acerca da constitucionalidade da criação do voto em lista fechada. Considerando o disposto no artigo 60, § 4º, II da Constituição, que traz como cláusula pétrea o voto secreto, direito, universal e periódico, a lista fechada retiraria do eleitor o direito ao voto direto, uma vez que o eleitor votaria em uma lista (que não foi escolhida por ele, mas pela cúpula partidária) e não no candidato. Assim, a conceituação conferida ao instituto do voto direto é que definirá se a reforma política poderá adentrar nessa seara, do contrário, tal instituto seria cláusula pétrea, portanto, não passível de emenda constitucional.

Assim, se um partido encabeçar a lista com um deputado corrupto, mesmo que ele tenha clientela, vai perder votos e terá sua bancada diminuída. Desse modo, a tendência é que os partidos listem candidatos mais idôneos, pois a pressão popular por esse tipo de candidato será mais sentida. Outro fato positivo é que assim se força uma maior identificação do eleitor com o partido, tirando espaço de partidos nanicos e oportunistas, deixando a eleição mais organizada.

A lista fechada não impediria que alguns candidatos “bons de voto” levassem levas de eleitores a votarem no partido, mas o eleitor saberia que estaria votando no partido e não em “Tiririca”, mas elegendo diversos outros candidatos desconhecidos. O lado negativo é que o eleitor perde poder de decisão e, com isso, corre-se o risco de se elegerem sempre os mesmos políticos para as cadeiras legislativas, criando deputados vitalícios.

A solução que tem sido dada pelos cientistas políticos seria adoção do sistema distrital, no Brasil, seria o “distritão”, onde cada estado da federação seria um distrito.

Embora poucos países adotem a lista aberta, tal mudança seria de difícil aceitação, pois a tradição brasileira é muito personalista. O que parece ser certa é a insatisfação popular com o Congresso Nacional, o que acaba supervalorizando a atuação do Judiciário.

Tais considerações valem no sentido de aprofundar o debate acerca do contexto em que a resolução nº 22.610/07 foi editada; ademais, servem para reforçar a necessidade de regulamentação de fidelidade partidária criada pelo TSE, uma vez que o instituto, clara inovação no ordenamento jurídico, foi regulamentado à revelia do Legislativo.

3.2. Análise da jurisprudência sobre a perda de mandato por infidelidade partidária:

A recente história da fidelidade partidária, sob o julgo do judiciário, começou com o julgamento pelo TSE da consulta nº 1.398/DF, a qual foi respondida por meio da resolução nº 22.526, de 27/3/07, no sentido da manutenção da vaga obtida no sistema proporcional aos partidos políticos.

Na famosa consulta nº 1.398/DF, formulada pelo DEM (então PFL), a matéria foi posteriormente, e graças ao julgamento de três mandados de segurança pelo STF, regulamentada por meio da resolução nº 22.610, de 25/10/07. Veja-se o teor da consulta¹¹⁰:

Considerando o teor do art. 108 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático. Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos. Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

INDAGA-SE:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?

A relatoria foi do Ministro Cesar Asfor Rocha¹¹¹, que discorreu, entre outros fundamentos, sobre o fato de o princípio da moralidade repudiar veementemente o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado, não tendo relevo algum afirmar que não se detecta a existência de norma proibitiva da prática da mudança de legenda.

Mencionou ainda que, dentre os deputados eleitos em outubro de 2006, trinta e seis parlamentares abandonaram as siglas partidárias sob as quais se

¹¹⁰ Consulta nº 1.398/DF (TSE). Disponível em: www.tse.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 9/12/10.

¹¹¹ *Idem*.

elegeram; desses trinta e seis, apenas dois não se filiaram a outros grêmios partidários e somente seis se filiaram a outros partidos que integraram a coligação que os elegeram. Por conseguinte, vinte e oito parlamentares, eleitos sob determinadas legendas, passaram para as hostes dos seus opositores, levando consigo, como se fossem coisas particulares, os mandatos obtidos no último prélio eleitoral.

Ademais, ressalta o relator, dos 513 deputados eleitos naquela ocasião, apenas 31 (6,04%) alcançaram por si mesmos o quociente eleitoral. Nesse sentido, respondeu afirmativamente a consulta formulada pelo PFL, enfatizando que seria a privatização de um múnus público caso o entendimento fosse contrário. Veja-se:

Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, incluindo o de dele dispor. (...) 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 (...).

No voto do Ministro Marco Aurélio¹¹², sua Excelência menciona até mesmo que a sociedade se sentiria de “alma lavada” com a resposta afirmativa à consulta em debate. Afirmou ainda que não existe candidatura independente no Brasil, já que a filiação partidária é condição de elegibilidade prevista na Constituição, em seu artigo 14, § 3º, V.

Não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária.

¹¹²

Idem.

O Ministro Marcelo Ribeiro foi voto vencido e afirmou que não há norma alguma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato. Instado acerca dos princípios implícitos, aduziu lhe causar estranheza que, em dezenove anos de Constituição, essa seja a primeira vez que se proclama a aludida perda de mandato.

Para fundamentar a inexistência de previsão legal, ressaltou que o artigo 26 da Lei nº 9.096/95 trata da perda de cargo ou função que o parlamentar exerça em virtude de proporção partidária na Casa, visto que, nas Comissões, a representação é proporcional à expressão numérica dos partidos. Utilizou precedente do MS nº 20.907, no qual o Ministro Moreira Alves foi taxativo em afirmar a inexistência de preceito jurídico no ordenamento atual que justificasse tal medida.

No julgamento do supracitado mandado de segurança, o Ministro Moreira Alves¹¹³ defendeu que a Constituição brasileira não teria adotado a infidelidade partidária como causa de perda do mandato eletivo, o que tem permitido a mudança de partido por parte de deputados sem qualquer sanção jurídica. Ressaltou ainda que a EC nº 25/85 retirou tal previsão expressa na Carta Constitucional anterior e a atual Lei Máxima não quis reintroduzir o instituto no ordenamento jurídico. Ademais, o artigo 55 é claro em prever as hipóteses de perda de mandato eletivo.

Assim dispõe a ementa do Mandado de Segurança citado:

EMENTA – Mandado de Segurança. Fidelidade Partidária. Suplente de Deputado Federal. Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes.

¹¹³ Mandado de Segurança nº 20.927-5/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em 11/10/89. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/inteiroteor. Acesso em 15/12/10. No julgamento do Mandado de Segurança nº 23.405, seguiu o STF a mesma linha de pensamento. Veja-se: “EMENTA: 1. Mandado de Segurança. 2. Eleitoral. Possibilidade de perda do mandato parlamentar. 3. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entra as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição. (...)” Cf. ainda: Mandado de Segurança nº 23.405. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 22/3/04. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/inteiroteor. Acesso em 15/12/10.

Vale lembrar que, na sessão de julgamento da famosa consulta, os ministros destacaram que no julgamento do mandado de segurança falava-se em imposição de sanção de perda de mandato, enquanto que nessa oportunidade discutia-se que a perda de mandato seria mera consequência jurídica da desfiliação.

Ora, convém esclarecer que, independentemente do nome dado pelo intérprete, o fato continua sendo o mesmo, a limitação do exercício de um direito político em virtude da mudança de legenda fora do período permitido. Neste ponto, não parece consistente, data vênia, os fundamentos utilizados pelos ilustres ministros para afastar o precedente mencionado no voto do Ministro Marcelo Ribeiro.

O Ministro Cezar Peluso¹¹⁴, com supedâneo no princípio da representação proporcional, reconheceu até mesmo que a inexistência de dispositivo legal acerca do tema é irrelevante, e fez sua construção hermenêutica privilegiando um princípio e assim permitindo a criação de “norma” por meio da jurisprudência.

E, neste passo, estou convencido de que, por força de imposição sistêmica do mecanismo constitucional da representação proporcional, as vagas obtidas por intermédio do quociente partidário pertencem ao partido. Daí, aliás, a irrelevância absoluta da circunstância de já não constar do ordenamento vigente nenhuma norma expressa ao propósito.

Analisando os votos proferidos na citada consulta, resta claro que os ilustres ministros do TSE¹¹⁵ estavam cientes que a interpretação conferida ao instituto da fidelidade partidária extrapolava os limites da textualidade da Constituição e da Lei nº 9.096/95, optando por uma construção ativista da nova hipótese de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária em nome do clamor popular que há muito demonstrava insatisfação com o troca-troca partidário.

Com base na resposta do TSE, consubstanciada na resolução nº 22.526, foram ajuizados três mandados de segurança no STF: 26.602-3 (impetrante PPS,

¹¹⁴ Consulta nº 1.398/DF (TSE). Disponível em: www.tse.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 9/12/10.

¹¹⁵ Vale lembrar que, segundo o artigo 119 da Constituição, o TSE é formado por, no mínimo, sete juízes; dentre eles, três são provenientes do STF, dois do STJ e dois representantes da advocacia.

rel. Min. Eros Grau, publicado em 17/10/08), 26.603/DF (relator Min. Celso de Mello, julgado em 4/10/07) e 26.604/DF (rel. Min. Cármem Lúcia, publicado de 3/10/08).

Os três mandados de segurança foram impetrados contra ato do presidente da Câmara de Deputados que se negou a declarar a vacância do cargo de deputados federais que haviam se desfilado do partido. As impetrações foram fundamentadas na decisão do TSE na consulta nº 1398/2007, no sentido de que o mandato pertence ao partido político.

O julgamento se deu no sentido de reconhecer aos partidos políticos o direito de postular o respeito ao princípio da fidelidade partidária perante o Judiciário, e de conferir-lhes um meio processual para assegurar concretamente as consequências decorrentes de eventual desrespeito ao referido princípio.

O prenúncio de tal posicionamento do STF se deu no julgamento da ADI nº 1.351. Naquela ocasião restou consignado a vontade da Corte de mudar de entendimento acerca da fidelidade partidária.

O nosso sistema proporcional, consagrado a partir de 1932, vem dando sinais de alguma exaustão. A crise política que aí está, bem o demonstra. E acredito que nós aqui estamos desafiados a repensar esse modelo a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – e vou um pouco além da questão posta neste voto, neste caso talvez estejamos desafiados a pensar inclusive a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato pelo sistema proporcional. É um segredo de carochinha que todos dependem da legenda para obter o mandato. E depois começa um festival de trocas já anunciadas. Uma clara violação à vontade do eleitor¹¹⁶.

Nesse esteio, o STF reconheceu a fidelidade partidária e a consequente perda do mandato eletivo do infiel, conferindo ao TSE a competência para regulamentar a matéria, o que foi feito na Resolução nº 22.610/07. A mencionada resolução, bem como a nº 22.733, que alterou dispositivo da primeira, foram objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

¹¹⁶ Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 1.351-3. Publicado em 29/6/07. Disponível em: www.stf.jus.br/inteiroteor. Acesso em 17/12/10.

O Supremo, todavia, julgou improcedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade, a primeira ajuizada contra a Resolução nº 22.610/07, pelo Partido Social Cristão (PSC), e a segunda, contra a Resolução nº 22.733/08, pelo Procurador-Geral da República, as quais disciplinam o processo de perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa, bem como de justificação de desfiliação partidária.

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu das ações. Vencido, no ponto, o Ministro Marco Aurélio, que delas não conhecia por reputar não se estar diante de atos normativos abstratos e autônomos, portanto não seriam passíveis de controle de constitucionalidade pela via abstrata.

No mérito, julgaram-se válidas as resoluções impugnadas até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria. Considerou-se a orientação fixada pelo Supremo no julgamento dos mandados de segurança nºs 26.602/DF (DJe de 17/10/08), 26.603/DF (j. em 4/10/07) e 26.604/DF (DJe de 3/10/08), no sentido de reconhecer aos partidos políticos o direito de postular o respeito ao princípio da fidelidade partidária perante o Judiciário, a fim de conferir-lhes um meio processual para assegurar concretamente as consequências decorrentes de eventual desrespeito ao referido princípio e declarar a competência do TSE para dispor sobre a matéria durante o silêncio do Legislativo.

Assim, as resoluções do TSE passaram a gozar de um *status* de normas ainda constitucionais ou inconstitucionalidade progressiva¹¹⁷, técnica utilizada

¹¹⁷ As normas ainda constitucionais têm supedâneo na jurisprudência alemã. A Corte Constitucional alemã passou a adotar, em meados dos anos 50, a chamada decisão de apelo (*Appellentscheidung*), que lhe outorgava a possibilidade de afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções reclamadas. Segundo a fórmula adotada pelo Tribunal, a lei questionada seria, ainda, constitucional (*es ist noch verfassungsgemäss*), o que impediria a declaração imediata de sua inconstitucionalidade. O legislador deveria atuar, porém, para evitar a conversão desse estado imperfeito ou de uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade. Neste sentido, foi decidido pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 135.328, acórdão relatado pelo Min. Marco Aurélio:

“LEGITIMIDADE - AÇÃO *EX DELICTO* - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE – ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS – SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério

exatamente para conferir excepcional aparência de constitucionalidade, mas que apenas se sustentam em casos bastante peculiares.

O caso pendia mais para a declaração de inconstitucionalidade, mas, diante da enorme vontade da Corte em promover a alteração no campo político (politizando a justiça), conferiu-se às resoluções uma constitucionalidade transitória derivada da omissão legislativa em regulamentar o instituto da fidelidade partidária.

Nesse sentido, aduziu o ilustre relator da ADI nº 3.999-7, Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, *in verbis*:

A questão que se coloca é como devem ser processadas essas tensões diante do temporário silêncio do Legislativo. Temporário, pois, como se sabe, o Congresso Nacional já conta com projetos de lei sobre a fidelidade partidária (e.g., PLC 35/2007). Entendo que, em princípio, o debate legislativo é o ambiente adequado para resolver essas e outras questões, que são eminentemente políticas. Somente em situações extremas e sempre quando autorizado expressamente pela Constituição é que o Judiciário pode se manifestar sobre os critérios que orientam a manutenção ou a perda do cargo por infidelidade partidária. É indispensável ter-se uma compreensão não meramente retórica acerca do sistema representativo, para se compreender a gravidade que representa a destituição de um parlamentar do mandato que lhe foi outorgado pelo povo, fora das hipóteses estritamente previstas na Constituição¹¹⁸.

Todavia, o STF, ao impor uma regulamentação do instituto da fidelidade partidária ao legislador, não parece ter respeitado a “vontade da constituição”, pois, se assim fosse, a Carta Magna, no artigo 17, § 1º, em sua parte final traria a seguinte disposição: “devendo a lei estabelecer”, e não como consta: “devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”.

Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.” Disponível em: www.stf.jus.br/inteiroteor. Acesso em 29/12/10.

¹¹⁸ ADI nº 3.999-7. Disponível em: www.stf.jus.br/inteiroteor. Acesso em 5/1/11.

O STF entendeu que, ao reconhecer a existência de um dever de fidelidade partidária, mas não colocar à disposição um mecanismo ou um instrumental legal para garantir sua observância, seria inócuo, e salientou que a ausência do mecanismo leva a um quadro de exceção.

Para resolver a questão, julgou adequadas as resoluções atacadas ao art. 23, IX, do Código Eleitoral, este interpretado conforme a Constituição, portanto, dentro do poder regulamentar do TSE¹¹⁹.

Entretanto, o Ministro Eros Grau, visando esclarecer os limites do poder regulamentar, em seu voto registrou que o poder regulamentar do TSE é análogo ao poder do Presidente da República de baixar decretos e regulamentos para fiel execução da lei, os chamados regulamentos de execução (art. 84, IV, da Constituição). O mesmo poder que detêm os Ministros de Estado, nos moldes do artigo 87, II, da Constituição, concluindo que tanto o TSE, quanto o Presidente e os Ministros só podem dispor da atividade regulamentar *secundum legem*, não podendo inovar a ordem jurídica¹²⁰.

Nesse ponto é importante relembrar as diferentes competências traçadas na Constituição, que acabaram alargando a esfera de atuação do poder Judiciário, em face da textualidade como limitadora do ativismo judicial, conforme já exposto no item 3 do trabalho.

A declaração da Constitucionalidade da Resolução nº 22.610 do TSE fere a estrutura hierárquica das normas criada por Kelsen, pois normas primárias encontram seu fundamento de validade diretamente na Constituição, enquanto as normas derivadas ou secundárias buscam seu fundamento de validade em norma intercalar.

Assim, como uma resolução, que, por definição, é um ato normativo secundário, poderia inovar a ordem jurídica? E, ainda, o Código eleitoral poderia conferir um poder ao TSE contra o que dispõe a Constituição?

Não se pode alegar que tal faculdade teria sido conferida ao TSE pelo STF, por ocasião do julgamento dos mencionados mandados de segurança, pois o STF

¹¹⁹ “Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: (...) IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;”

¹²⁰ ADI nº 3.999-7. Disponível em: www.stf.jus.br/inteiroteor. Acesso em 5/1/11.

não é detentor do poder de legislar e, ainda que fosse, de forma excepcional, a repartição de competências é matéria constitucional, que não pode simplesmente ser alterada por decisão da Suprema Corte, pois tal competência é privativa do poder constituinte.

O Ministro Marco Aurélio, vencido na preliminar de não conhecimento da ADI por não se tratar de ato normativo primário apto a sofrer controle de constitucionalidade concentrado, acompanhou a divergência levantada pelo ilustre Ministro Eros Grau, reconhecendo a extrapolação do poder regulamentar pela justiça eleitoral, mas sem deixar de lado a fidelidade partidária como um princípio constitucional.

Por maioria, os ministros concluíram que a atividade normativa do TSE recebeu seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo.

Como demonstrado, foram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau, que julgavam procedente o pleito, ao fundamento de que as citadas resoluções seriam inconstitucionais, haja vista não caber ao TSE dispor normas senão tendo em vista a execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral, que não trataram da perda de cargo eletivo em razão de infidelidade partidária, e, ainda, porque avançam sobre áreas normativas expressamente atribuídas, pela Constituição, à lei. Veja-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que, ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e

do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, *caput* e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, *caput* e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato “pertenceria” ao Partido. Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III, da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.

Outro ponto de grande importância na construção judicial da perda de mandato por infidelidade partidária concerne à competência da justiça eleitoral¹²¹. Pois bem, segundo o artigo 215 do Código Eleitoral, os candidatos eleitos e os suplentes receberão o diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Superior, Regional, ou pela Junta eleitoral, conforme o caso.

¹²¹ Ressalta-se que o TRE/BA, em sessão realizada dia 12 de março de 2008, decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 2º da Resolução nº 22.610 (TSE). Entendeu a Corte Regional que as normas que dispõem sobre competência só poderiam ser estabelecidas por lei complementar, em cumprimento ao artigo 121 da Constituição, que dispõe: “lei complementar disporá sobre a organização e competência dos Tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”.

Finda nesse momento a competência da justiça eleitoral, ressalvada a hipótese de apreciação das ações, impugnação de mandato eletivo, em virtude do disposto no artigo 14, § 10 e § 11, da Constituição.

Percebe-se que, após a diplomação, encerra-se a competência da justiça especializada, ficando a cargo da justiça comum quaisquer discussões acerca do tema (salvo a hipótese mencionada acima), uma vez que os artigos 22 e 29 do Código Eleitoral prevêem as competências do TSE e TRE, respectivamente, e neles não constam a competência para julgar a ação de perda de cargo por infidelidade partidária, tampouco a justificação para desfiliação¹²².

Ademais, há ofensa à competência da União por meio do Congresso Nacional de legislar sobre direito eleitoral e processual, uma vez que a Resolução nº 22.610 (TSE) é nítida inovação normativa, que extrapola o poder regulamentar conferido ao TSE, embora o STF tenha entendido no julgamento das supracitadas ADI's que tal poder foi exercido nos exatos termos previstos no Código Eleitoral. Nesse ponto, percebe-se um claro ativismo judicial da Corte, uma vez que a decisão preenche as características traçadas por Bradley Canon para definir o ativismo, conforme descrito no item 1.2.

Há ainda juristas que questionam o fato de as resoluções terem agredido o contraditório e a ampla defesa, pois, ao criar um procedimento especial para perda de mandato eletivo, feriria a lei adjetiva que prevê o rito ordinário do código de processo civil, no qual não há rito especial. Como se sabe, os prazos previstos na resolução são reduzidos, como, por exemplo, para a apresentação de defesa são cinco dias (art. 4º), diferentemente do que prevê a legislação processual, quinze dias. O número de testemunhas também é limitado, apenas três (art. 3º), o que poderia dificultar a demonstração da justa causa para desfiliação.

¹²² “Ementa: CONSULTA. PROCESSO ELEITORAL NÃO CONCLUÍDO. CASO CONCRETO. MATÉRIA NÃO-ELEITORAL. SITUAÇÃO OCORRIDA APÓS A DIPLOMAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO.

1. *omissis*

2. A competência da Justiça Eleitoral cessa com a diplomação dos eleitos (Precedentes: Consultas nº 1.236, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 01/6/2006; 761, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 12/4/2002; 706, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/02/2002). (BRASÍLIA, TSE, CTA 1.392/DF. Resolução 22.488, BRASÍLIA, Relator(a) JOSÉ AUGUSTO DELGADO, 2006a).” Disponível em: www.tse.jus.br/jurisprudencia Acesso em: 15/01/2011.

Como se vê, são variados os argumentos para a morte da Resolução nº 22.610/07, bem como a resolução nº 22.733/08, todavia, o STF aplicou um remédio popular para lhe dar sobrevida, a vontade do povo, mesmo que para tanto seja preciso passar por cima de algumas normas constitucionais.

O posicionamento do STF, talvez marcado pela enorme alteração sofrida na última década em sua composição, foi ligado a doutrina substancialista, a qual embasa fortemente o pensamento ativista.

Conclusões:

O neoconstitucionalismo trouxe grande carga principiológica para a Constituição (segundo Alexy, os princípios são mandados de otimização que serão cumpridos dentro da medida do possível), possibilitando o alargamento de interpretações possíveis. Assim, uma marca do neoconstitucionalismo é a valorização dos princípios em detrimento das regras. Mas a compatibilização dos princípios, já que eles não se excluem, traz várias discussões.

Difundida por Alexy¹²³, a técnica de ponderação de interesses tem tido grande destaque como forma mais adequada de interpretação dos princípios, já que as técnicas aplicadas para a solução de conflitos entre normas (especialidade, anterioridade, hierarquia) não comportam soluções para conflitos entre princípios.

Contudo, a ponderação somente pode ser aplicada no caso concreto, o que traz uma grande carga de subjetividade para o processo de aplicação do Direito. Entretanto, essa subjetividade pode ser limitada pelo procedimento; ou seja, Alexy entende que o processo interpretativo, se feito de forma lógica e motivada, de modo que o intérprete possa justificar cada passo e assim conduza o leitor a entender o raciocínio desenvolvido (de forma racional, sem subjetivismo).

Na doutrina alexyana, os princípios possuem forma jurídica, mas seriam regidos por conteúdos morais, assim, a argumentação jurídica seria vista como um caso especial da argumentação moral. No esteio do pensamento de Alexy¹²⁴, a construção judicial da fidelidade partidária encontraria alguma guarida.

Todavia, nos moldes descritos por Alexy, o ativismo judicial somente tem espaço na solução de conflitos entre princípios, pois não caberia ao intérprete afastar a aplicação de regras simplesmente por entender que não são adequadas.

¹²³ PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. Brasília. R. CEJ, n. 30, p. 70-80, jul/set. 2005. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero30/artigo10.pdf>. Acesso em 11/1/11.

¹²⁴ Robert Alexy é defensor da jurisprudência de valores, capitaneado pelo posicionamento adotado pela Suprema Corte alemã, tal teoria consubstancia-se na interpretação da lei segundo os valores por ela tutelados. A vigência do direito positivo não é negada, ao contrário, é confirmada, mas suas palavras ganham vida, ganham luz, não são mais simples palavras, são valores.

(Habermas¹²⁵ critica a ponderação, pois acha que é irracional, uma vez que Alexy não diferencia princípios de valores, utilizando-se da ponderação para a solução de conflitos tanto de princípios quanto de valores).

Talvez melhor acomodação da moral junto ao direito tenha encontrado Dworkin¹²⁶. Ele demonstra que argumentos morais, éticos e pragmáticos desempenham um papel importante no processo legislativo, mas, após sua incorporação ao Direito, sua reivindicação jurisdicional apenas se pode dar por meio de argumentos de princípios jurídicos e não mais por argumentos de política.

Entretanto, a linha teórica que parece ter aderido o STF é aquela que ensina a valorizar princípios, como ocorreu com a representação proporcional. Tal princípio ganhou *status* de primeira grandeza, ao se sobrepor a princípios e fundamentos caros à ordem constitucional democrática, como a separação dos poderes, a repartição de competências, a legalidade e a ampla defesa. Bastante esclarecedora a passagem do voto do ilustre Ministro Carlos Britto, embasado na dogmática moralista, *in verbis*:

O pós-positivismo, mais que afirmar o caráter normativo dos princípios, atesta que eles são supernormas, as normas mais importantes do direito positivo, notadamente da Constituição, de

¹²⁵ “Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com pretensão de válida binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relações a proposições normativas, como nos casos de proposições assertóricas, nós só podemos tomar decisões dizendo 'sim' ou 'não', ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferências, as quais significam que determinados bens são mais atrativos que outros; por isso, nosso assentimento a proposições pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercida no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 316-317.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 101 e ss.

modo que os princípios, hoje, enquanto normas de proa, de primeira grandeza, ocupam uma posição de centralidade, a partir da Constituição, vale dizer, os princípios que, na nossa Constituição, se dotam dessas virtudes de onivalência, da autorreferência e da autoaplicabilidade, são aptos a resolver casos concretos. É possível extrair deles as normas de que os operadores do Direito precisam para solucionar controvérsias¹²⁷.

Vale lembrar que os princípios possuem um elevado grau de abstração e indeterminabilidade, portanto não são suscetíveis à aplicação imediata, necessitando de atividades concretizadoras. Outrossim, desempenham papel estrutural de acentuada importância, pois conferem coesão ao ordenamento jurídico, assumindo posição hierárquica superior às regras. Revelam em seu conteúdo o ideal de justiça e servem, por sua natureza normogenética, de substrato às regras.

O esforço interpretativo dos princípios é superior ao das regras, haja vista a indeterminação de seus efeitos e multiplicidade de meios para atingi-los. A reconhecida eficácia dos princípios constitucionais no que diz respeito à função interpretativa, negativa e vedativa de retrocesso é deveras esclarecedora para solucionar conflitos entre normas. Eficácia negativa é aquela que veda que atos normativos de hierarquia inferior se oponham ao conteúdo do princípio, autorizando sejam invalidados tais atos pelo Poder Público.

A eficácia vedativa de retrocesso pressupõe a impossibilidade de o Poder Público revogar normas que viabilizam ou ampliam direitos fundamentais, a menos que a revogação seja acompanhada medida substitutiva equivalente. Todavia, todos esses parâmetros interpretativos descritos estariam aptos a conceber a criação judicial da fidelidade partidária com base no princípio da representação proporcional e na regra da filiação partidária?

A fidelidade partidária sempre foi defendida apenas sob a ótica da majoração do princípio democrático, relegando a segundo plano a atroz decapitação do direito político do exercente de mandato eletivo que se viu surpreendido pela nova regra criada pelo judiciário de fidelidade partidária, mesmo tendo sido pronunciado aos quatro ventos que não se tratava de punição ao infiel.

¹²⁷

Apud RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. 2010, p. 248.

Não obstante tal fundamento, punição maior ao eleito não poderia haver, pois o que mais lhe poderia ser retirado? Só faltou a aplicação de sanção, como a perda ou a suspensão de direitos políticos, que também possui previsão constitucional de impossibilidade, salvo nos casos tratados no artigo 15. Tratamento semelhante dado pelo Constituinte às hipóteses de perda de mandato eletivo, conforme se vê no artigo 55. Mas que cuja interpretação dada pelo STF foi diversa.

Nesse esteio se vê a clara opção do Judiciário em valorizar o princípio democrático e o da representação proporcional¹²⁸ em detrimento dos direitos políticos dos eleitos. Tal construção e opção são feitas com base na técnica de ponderação de interesses para solução de conflitos, que, por sua vez, tem balizamento em três critérios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, em sentido estrito¹²⁹.

Assim, doutrinas americanas e alemãs denominam de princípio da razoabilidade e proporcionalidade, respectivamente, tal técnica para resolução de conflitos normativos-principiológicos.

Nos moldes do direito alemão, a análise da adequação implica a verificação do grau de eficácia dos meios disponíveis para atingir o fim almejado. Após a constatação da idoneidade (princípio da adequação), é verificado se o meio escolhido é necessário ou exigível, ou seja, se é indispensável para a conservação dos direitos em questão de modo que inexista solução menos gravosa (princípio da necessidade).

Por fim, o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, traduz a ideia de equilíbrio entre valores e bens, isto é, entre o meio escolhido e o fim desejado, viabilizando o controle do excesso. No entanto, para que seja procedida a

¹²⁸ Vale lembrar que a fidelidade partidária também foi instituída aos mandatários eleitos pelo sistema majoritário, apenas a data limite para a troca de partido é diversa, 16 de outubro de 2007; por isso o princípio da representação proporcional não poder ser utilizado como fundamento nesses casos. Todavia, os ministros do TSE, seguindo a mesma linha, responderam positivamente a uma consulta do deputado Nilson Mourão (PT-AC) e também do PRTB, que perguntou se “os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral majoritário, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda”.

¹²⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade*. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero30/artigo02.pdf>. Acesso em 12/8/10.

ponderação, deve-se antes extrair, a partir do caso concreto, o denominado pela doutrina alemã de núcleo essencial da norma (*Wesensgehalt*).

O núcleo essencial é o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de fulminar o próprio direito. Assim é que as restrições aos direitos fundamentais encontram sua constitucionalidade na preservação ao núcleo essencial do direito.

No caso, *sub examine*, parece que o núcleo fundamental da norma constitucional que prevê os direitos políticos, inclusive que traz um rol *numerus clausus* de hipóteses de perda de mandato eletivo, não foi respeitado. Clara a ofensa ao direito político daqueles que titularizam mandato eletivo e se viram surpreendidos pela decisão do STF. O fato de ter ocorrido a fixação de datas, que em tese teriam excluído a retroatividade da perda de mandato, não conferiu segurança jurídica ao instituto.

A uma, pela violação ao princípio da legalidade, a duas, pela data fixada, 27 de março de 2007, foi o dia do julgamento da consulta nº 1.398, sendo que a resolução (nº 22.610) regulatória do procedimento de perda de mandato somente foi editada em 25 de outubro de 2007.

Nesse sentido, esse lapso entre o julgamento da consulta e a edição da resolução foi marcado por grande insegurança, já que a consulta não possui caráter vinculante¹³⁰.

¹³⁰ “Mandado de segurança impetrado pelo Partido dos Democratas – DEM contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Natureza jurídica e efeitos da decisão do TSE na Consulta 1.398/2007. Natureza e titularidade do mandato legislativo. Os partidos políticos e os eleitos no sistema representativo proporcional. Fidelidade partidária. Efeitos da desfiliação partidária pelo eleito: perda do direito de continuar a exercer o mandato eletivo. Distinção entre sanção por ilícito e sacrifício do direito por prática lícita e juridicamente consequente. Impertinência da invocação do art. 55 da Constituição da República. Direito do impetrante de manter o número de cadeiras obtidas na Câmara dos Deputados nas eleições. Direito à ampla defesa do parlamentar que se desfilie do partido político. Princípio da segurança jurídica e modulação dos efeitos da mudança de orientação jurisprudencial: marco temporal fixado em 27-3-2007. (...) Resposta do TSE a consulta eleitoral não tem natureza jurisdicional nem efeito vinculante. Mandado de segurança impetrado contra ato concreto praticado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, sem relação de dependência necessária com a resposta à Consulta 1.398 do TSE. O Código Eleitoral, recepcionado como lei material complementar na parte que disciplina a organização e a competência da Justiça Eleitoral (art. 121 da Constituição de 1988), estabelece, no inciso XII do art. 23, entre as competências privativas do TSE, ‘responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político’. A expressão ‘matéria eleitoral’ garante ao TSE a titularidade da competência para se manifestar em todas as consultas que tenham como fundamento matéria eleitoral, independente do instrumento normativo no qual esteja incluído.

Pois bem, foi com supedâneo na combinação do princípio da representação proporcional (arts. 27 e 45 da Constituição) com a norma que traz a necessidade de filiação partidária (art. 14, § 3º, da Constituição), disciplinada pela Lei Federal nº 9.096¹³¹, de 19/9/95, complementada por resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que disciplinam o calendário específico de cada eleição, é que foi construída a inafastabilidade do mandato eletivo do partido político, pois sem ele não haveria candidatura, tampouco mandato.

Entretanto, caso o partido político não apresente o nome de determinado cidadão como filiado em seus quadros, caracterizando-se a desídia ou má-fé do responsável pelo encaminhamento à Justiça Eleitoral, ainda é possível requerer o processamento de lista especial (art. 20, § 2º, da Lei 9.096/85), num esforço de se manter a elegibilidade de quem foi preterido muitas vezes por razões egoísticas.

Assim, não se olvida que a filiação partidária é condição de elegibilidade, conforme apregoadado pelo artigo 14, § 3º, inciso IV da CF/88, e que o filiado firma compromisso de assunção dos ideais partidários, e, sobretudo, quando eleito, manter-se fiel ao programa partidário pelo qual se elegeu, uma vez que, ante ao convencimento do eleitorado, acessível por meio da propaganda política partidária e eleitoral, mostrou-se o candidato simpatizante às ideias propagadas pelo seu partido, utilizando, inclusive, da estrutura partidária para se eleger.

O que se questiona é o fato de tal condição de elegibilidade, combinado com o princípio da representação proporcional, teria condão de afastar o artigo 55 da Constituição Federal, para estabelecer, via Judiciário, limitação dos direitos políticos

(...) Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do TSE à Consulta 1.398/2007." (grifos nossos)

[MS 26.604](#), Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4/10/07, Plenário, DJe de 3/10/08.) No mesmo sentido: [MS 26.602](#), Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 4/10/07, Plenário, DJe de 17/10/08; [MS 26.603](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4/10/07, Plenário, DJe de 19/12/08. (Grifos nossos). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=631>. Acesso em 22/1/11.

¹³¹ Dispõe a lei em questão: "Art. 18. Para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcionais." Prossegue o diploma legal:

"Art. 19. Na primeira semana dos meses de maio e dezembro de cada ano, o partido envia, aos Juízes eleitorais, para arquivamento, publicação e cumprimento dos prazos de filiação partidária para efeito de candidatura a cargos eletivos, a relação dos nomes de todos os seus filiados, da qual constará o número dos títulos eleitorais e das seções em que são inscritos."

do exercente de mandato eletivo, por meio da criação de nova hipótese de perda de mandato eletivo; frise-se, a Constituição Federal não trouxe tal previsão.

Nesse sentido, a construção jurisprudencial da fidelidade partidária e a consequente perda do mandato eletivo foi clara inovação no ordenamento jurídico pátrio, e, embora com fundamentação principiológica, em especial o princípio da representação proporcional, configura uma postura ativista do STF e do TSE, nos moldes descritos por Bradley Canon no item 2.2. Veja-se:

Canon descreve seis principais características das decisões judiciais ativistas. O majoritarismo, entendido como prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade emanados de outros poderes (vide *Marbury versus Madison*), é a quebra das regras adotadas por meio de um processo democrático pelo Judiciário. O majoritarismo ocorre quando o Tribunal, exercendo a revisão judicial, substitui uma ou outra política pública, estipulada por representantes eleitos no Congresso, por medidas tomadas pelos membros da Corte. Essa atitude é vista como ilegítima, sob o ponto de vista da teoria democrática.

Assim ocorreu no caso da fidelidade partidária: o Judiciário se subrogou no papel de legislador, não para declarar a sua omissão, mas para substituí-lo, em virtude da inércia do Congresso. O processo democrático não determina que em nome de um princípio constitucional, no caso o da representação proporcional, o Judiciário se avulte na função normatizadora.

A estabilidade interpretativa pode ser vista de acordo com o grau em que a Suprema Corte decide, mantendo ou abandonando os precedentes judiciais. Na medida em que o Tribunal altera recentes entendimentos aplicados em decisões judiciais com frequência, mais ativista é considerada a Corte. A instabilidade é mais visível quando a Corte revê alguma de suas recentes decisões, como ocorreu com o entendimento do STF acerca da fidelidade partidária.

Antes, a falta de preceito jurídico que estabelecesse expressamente a infidelidade partidária como causa da perda do mandato eletivo impedia a retomada do cargo pelo partido político, conforme orientação firmada por ocasião do Mandado de Segurança nº 20.927-5/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11/10/89 e Mandado de Segurança nº 23.405, Rel. Min. Gilmar Mendes, de 22/3/04. Agora, sob

a égide da mesma Constituição e das mesmas leis, a interpretação foi diversa, abandonando fortes precedentes da Corte acerca do tema para passar ao entendimento de que o princípio da representação proporcional é suficiente para construção da nova hipótese de perda de mandato eletivo.

O terceiro parâmetro para detecção do ativismo judicial é fidelidade interpretativa, que se consubstancia no afastamento dos cânones metodológicos de interpretação, conferindo sentido diverso daquele que seria a intenção do constituinte. Canon aduz que somente seria chamada de ativista a decisão proferida em clara oposição a alguma norma constitucional¹³², respeitadas as necessidades de adaptações em busca da atualização do texto constitucional com a realidade atual. Pois, como se sabe, o Direito é um objeto cultural, valores são agregados com o decorrer do tempo, variando o seu significado e, por isso, as interpretações são constantemente renovadas.

Embora superada a ideia do “*mens legislatoris*”, nenhuma interpretação pode fugir da textualidade, sob pena de desvirtuar o sistema constitucional. Nesse diapasão, percebe-se que o posicionamento do STF acerca da fidelidade partidária fere frontalmente o artigo 55 da Constituição Federal, pois lá está o rol *numerus clausus*¹³³ dos casos de perda de mandato por parlamentar.

¹³² Bradley Canon afirma ser justo chamar de ativista qualquer decisão que parece claramente contradizer qualquer disposição constitucional em termos de sentido comum da sua formulação, ou de qualquer decisão que seja contrária às implicações lógicas de duas ou mais disposições consideradas em conjunto. CANON, Bradley C. *Defining de Dimensions of Judicial Activism. Judicature*. Vol. 66. Number 6. December-January, 1983.

¹³³ O artigo 55 da Constituição prevê: “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;
- VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Ora! O inciso V do artigo 55, além das hipóteses previstas nos demais incisos, é claro ao dispor que haverá perda de mandato “quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição”. Não existe na Constituição Federal de 1988 nenhuma disposição neste sentido.

Talvez esse parâmetro seja o que mais claramente identifique decisões ativistas. A regra específica é a conduta dos juízes como legisladores positivos, as decisões judiciais estabelecem regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais. Tradicionalmente, as Cortes intervêm em políticas públicas apenas nos casos de leis inconstitucionais. Entretanto, mais frequentemente, as Cortes têm se manifestado em questões típicas da discricionariedade administrativa, como sistemas prisionais, escolares e hospitalares.

No caso em estudo, o STF não só se posicionou pela criação judicial de hipótese não prevista em lei de perda de mandato eletivo como determinou ao TSE que regulamentasse a matéria, em uma nítida inovação no sistema jurídico, estabelecendo prazos e competências por meio de resolução que deveria tão somente “regulamentar” uma lei, e não criar um instituto.

Aspecto louvável do ativismo judicial é a distinção do processo democrático substantivo: o ativismo ocorreria quando um julgamento é proferido para alcançar um resultado pré-estabelecido, ou seja, as decisões judiciais visam mais atender a uma regra substantiva¹³⁴ do que a mera preservação do processo político democrático. Tal característica fica demonstrada quando o Judiciário se sobrepôs ao Legislativo em nome de um clamor popular que condenava o troca-troca partidário, efetivando um princípio constitucional à revelia do processo democrático que deveria ser seguido. Assim, o Judiciário atua de forma eminentemente substancialista, visando concretizar um princípio constitucional mesmo relevando regras do processo democrático.

§ 4º - A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os § 2º e § 3º.”

Como se vê, a Constituição, no inciso V supra, deixou espaço para que outras hipóteses de perda de mandato por parlamentar fossem estabelecidas pela própria Constituição.

¹³⁴ Vide item 1.1, trecho sobre procedimentalistas e substancialistas (p. 24 e ss.).

A última característica do ativismo perpassa pela disponibilidade de um poder alternativo de criação de políticas públicas: a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo, assim, haveria uma invasão de competência de um poder sobre os demais. Nesse diapasão, o Judiciário estaria expandindo seus poderes sobre o Executivo e o Legislativo. Nesse ponto discute-se a ofensa à separação do poderes, se o Judiciário não estaria se apropriando de funções que foram atribuídas pela Constituição aos demais Poderes constituídos.

Mais uma vez a resposta é afirmativa. Ao assumir o papel de legislador positivo, o TSE, abalizado pelo posicionamento do STF, adentrou no campo exclusivo do Legislativo, inovando o ordenamento jurídico com suas regras de competência, prazos e procedimento em geral para o processo de perda de mandato eletivo. Como exposto alhures, a competência para legislar sobre direito eleitoral e processual é da União, por meio do Congresso Nacional.

Percebe-se que o caso em estudo atende aos seis requisitos traçados por Bradley Canon para identificar o ativismo judicial propalado pelo STF e TSE.

Mas, e agora? Teria havido a quebra do sistema democrático? Seria caso de intervenção federal? Ou as modernas teorias do Direito constitucional justificam o posicionamento adotado pela Suprema Corte?

O que restou claro na análise dos mencionados julgados é que houve uma postura ativista do Judiciário brasileiro e que o núcleo essencial do direito político daqueles que titularizavam mandatos eletivos restou ferido.

Talvez as respostas nunca sejam obtidas, ambos posicionamentos são plenamente defensáveis. Numa soberania popular, na qual todo poder emana do povo, o STF precisou recorrer às modernas e intrincadas teorias constitucionais para realizar a vontade popular e, mesmo não sendo seus membros eleitos, talvez tenham sido eles quem melhor têm representado os anseios da sociedade. Embora a justiça seja cega, no caso, a Suprema Corte ouviu a vontade do povo para decidir.

Referências:

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 300 p.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimação Democrática*. Disponível em: [[HTTP://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista)]. Acesso em 16/8/09.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/maio de 2007. Disponível em: [[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)]. Acesso em 15/8/09.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.999/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 12/11/08, DJ de 17/4/09. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor>].

BOBBIO, Norberto. Trad. Marco Aurélio Nogueira. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism. Judicature*. Vol. 66. Number 6. December-January, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1984. 142 p.

CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em: [\[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs0034/rbcs34_09.htm\]](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs0034/rbcs34_09.htm). Acesso em 21/6/09.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em: [\[http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf\]](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf) Acesso em 12/1/09.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 307.

ELY, John Hart. Trad. Magdalena Holguin. *Democracia y Desconfianza*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombres Editores, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça*. Revista de Direito Administrativo, 198: 1-17. 1994.

FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *O ativismo judicial*. Disponível em: [\[http://www.amb.com.br/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=646\]](http://www.amb.com.br/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=646). Acesso em 14/1/09.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Constitucional - Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. 58 Emory Law Journal. 2008-2009. Disponível em: [\[http://heinonline.org\]](http://heinonline.org)

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAUS, Ingenborg. *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. Novos Estudos CEBRAP, n. 58. nov. 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria Geral do Estado e da Constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo “versus” parlamentarismo*. 6 ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. Brasília. R. CEJ, n. 30, p. 70-80, jul/set 2005. Disponível em: [http://www.cjf.gov.br/revista/numero30/artigo10.pdf]. Acesso em 16/1/09.

PIMENTA, Fernando Gurgel. *Guia Prático de Fidelidade Partidária à Luz da Resolução TSE 22.610/07*. Leme: J.H. Mizuno, 2008. 274 p.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 333 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte. Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: [www.editoraforum.com.br]. Acesso em 16/6/10.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1. 928 p.

SILVEIRA E SILVA, Frederico. *O Decisionismo de Carl Schmitt e sua Relação com a Discricionariedade e a Medida Provisória*. Disponível em: [<http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo05.pdf>]. Acesso em 8/8/09.

SOUZA, Rosa Maria de Lima. *O Controle de Constitucionalidade na França: Breves Considerações*. Disponível em: [http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/CD_Nepjur/pdf/franca.pdf]. Acesso em 3/8/10.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 904 p.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 388 p.

VALLE, Vanice Regina Lírio (Org.); VIEIRA, José Ribas (Org.); TAVARES, R. (Org.); SILVA, Alexandre Garrido da (Org.); SILVA, M. F. S. (Org.); BRASIL, D. R. (Org.); CAMARGO, M. M. L. (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009. v. 1. 152 p.

VEJA. São Paulo: Editora Abril, ed. 2203: 09 de fevereiro de 2011. P. 62 a 65.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; MELO, Manuel Palacios Cunha; CARVALHO, Maria Alice Resende de. *Judicialização da política e das relações sociais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Liliâne dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Império da lei ou da Corte? In: Revista USP*, São Paulo, pp. 70-77, v. 21. 1994.

Anexos:

RESOLUÇÃO Nº 22.610 DE 2007

Relator: Ministro Cezar Peluso.

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:

Art. 1º - 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.

§ 1º - Considera-se justa causa:

- I) incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.

§ 2º - Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º - O mandatário que se desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução.

Art. 2º - O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado.

Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 4º - O mandatário que se desfilou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único – Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º - Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º - Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Parágrafo único – Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.

Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido.

Art. 9º - Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos.

Art. 10 - 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) dias.

Art. 11 - São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º, da Constituição da República.

Art. 12 - O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 13 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Parágrafo único – Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução.

Marco Aurélio – Presidente. Cezar Peluso – Relator. Carlos Ayres Britto. José Delgado. Ari Pargendler. Caputo Bastos. Marcelo Ribeiro.

Brasília, 25 de outubro de 2007.

* Republicada por determinação do art. 2º da Resolução n.º 22.733, de 11 de março de 2008.