



**O STF ante a separação de poderes:
diálogo institucional no caso fidelidade partidária**

Trabalho apresentado à
Sociedade Brasileira de Direito
Público para a conclusão de curso
da Escola de Formação 2008.

Aluna: Gabriele Estábile Bezerra
Orientadora: Flávia Scabin

São Paulo
2008

SUMÁRIO

Introdução.....	Erro! Indicador não definido.
Metodologia da Pesquisa e Acompanhamento Processual ...	Erro! Indicador não definido.
Mais uma vez a história da Separação de Poderes.....	Erro! Indicador não definido.
Judicialização da Política.....	Erro! Indicador não definido.
Premissas teóricas	Erro! Indicador não definido.
Fidelidade Partidária.....	Erro! Indicador não definido.
Sistema proporcional	Erro! Indicador não definido.
Partidos Políticos	Erro! Indicador não definido.
Mandado de Segurança	Erro! Indicador não definido.
Votos dos Ministros	Erro! Indicador não definido.
Considerações.....	Erro! Indicador não definido.
Proposta de Emenda Constitucional.....	Erro! Indicador não definido.
Conclusão	Erro! Indicador não definido.
Bibliografia	Erro! Indicador não definido.

Introdução

Posso dizer que o interesse pelo assunto despertou já à época da audiência no Supremo Tribunal Federal. Tive melhor contato com a temática da fidelidade partidária em aula da Escola de Formação a respeito da reforma política. Intrigou-me de início o papel exercido pelo Judiciário ao participar de tal reforma.

Situar o leitor a respeito de um tema enumerando os objetivos de um trabalho é um empreendimento tanto quanto infrutífero. Isto porque a elaboração de um projeto nunca é acabada e pronta por si só, haverá a cada passo a descoberta de mais material de pesquisa e a incitação de outras dúvidas além das iniciais. Este aspecto é ainda mais acentuado no que me propus a analisar.

Dada a repercussão do caso, a fidelidade partidária é notícia recorrente trazendo pontos de vista díspares e novas manifestações em cada um dos seus possíveis desdobramentos. Assim sendo, também o desempenho da atividade judicial sofre represália e aclamação.

Decidir a quem pertence o mandato parlamentar incitando a fidelidade partidária é de importância extrema para a vida política do país. Há conseqüências na estruturação dos partidos (e espera-se na consolidação de suas ideologias), na perspectiva de filiação partidária e, certamente, na mudança de agremiação por parte dos parlamentares. Por esse motivo, é fundamental saber quem decide sobre o assunto, invocando-se premissas até certo ponto abstratas – mas não por isso sem relevância – de Estado Democrático de Direito, Separação de Poderes, Legitimidade Decisória, entre outras.

Após explicar como a decisão foi propagada pelo STF, traço comentários genéricos sobre alguns destes princípios como ponte entre o

tema em si – fidelidade partidária – e seu sinal que resolvi destacar – quem decide, quais entes decidem, melhor dizendo, para que caiba o plural.

Em seguida, descrevo analiticamente o tema e o processo até chegar no Supremo Tribunal, para depois esboçar um tabelamento dos votos dos ministros e, por fim, tentar apreender as conseqüências do julgamento.

Conforme disse, ainda estão em construção as implicações e as discussões acerca do processo decisório. O nosso quadro, embora se fixe num limite temporal, a decisão, exige que se percebam também suas decorrências, de tal maneira que possa ser possível entender, na margem da separação de poderes, como cada um deles atuou.

Metodologia da Pesquisa e Acompanhamento Processual

O julgamento sobre a fidelidade partidária despertou grande interesse da mídia e dos juristas, em especial. Houve uma mudança pendular na jurisprudência até então consolidada do STF.

Com base em consulta ao Tribunal Superior Eleitoral, formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL); o Partido Popular Socialista (PPS), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e os Democratas (DEM)¹ impetraram, no Supremo Tribunal Federal, mandados de segurança (MS 26602, 26603 e 26604, respectivamente) contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que indeferiu os pedidos de declaração de vacância de cargos pertencentes a cada uma das agremiações em decorrência da desfiliação de deputados empossados nas últimas eleições.

As diversas discussões suscitadas, além da principal, tais como modulação de efeitos, separação de poderes, interpretação integrativa, levaram a crer que o material é bastante rico para a elaboração de uma monografia.

A pesquisa no *site*² do Supremo na seção "Jurisprudência", sob a ferramenta "fidelidade *adj* partidária" revelava a existência de seis acórdãos³, mas nenhum era a respeito dos mandados, que representam elemento essencial da postura recente do STF. Na opção intitulada "Imprensa", no sub-item "Notícias STF", ou mesmo na opção "Processos" – "Acompanhamento Processual", a informação era que, embora julgados em 04.10.2007, ainda não haviam sido publicados os mandados de segurança.

¹ Anteriormente era o PFL.

² www.stf.gov.br

³ Pesquisa realizada em 29.09.2008.

A idéia inicial foi então fazer os escritos tendo por substrato o MS 26603, do qual o Ministro Celso de Mello, o relator, havia disponibilizado o seu voto ("Busca" em "Notícias STF"). Entrando em contato com os gabinetes dos ministros, a resposta era quase unânime de que os assessores não liberam os votos até a publicação oficial dos acórdãos, isto quando havia resposta. O empecilho era lidar com as limitações do próprio *site*, seja quanto à completude de informações seja quanto à atualização.

Entretanto, em nova pesquisa realizada, por meio de "Acompanhamento Processual", constava da publicação do MS 26604, justamente em 03.10.2008. Como o objetivo era trabalhar essa reviravolta no posicionamento da corte, optei por utilizar apenas o MS 26604 recém publicado, e voto do ministro no MS 26603, além de fazer notas sobre o precedente, sempre retomado, MS 20927.

A dúvida, portanto, era o foco a que direcionar a leitura, o tema central a ser desenvolvido. Durante o exame do MS 26603, tomou destaque a matéria da competência do tribunal para decidir sobre a reforma política. Estaria ele usurpando o 'locus' do legislativo, ou abusando de um dito 'poder da última palavra'?

Tracei como meta fazer um diálogo com a tese de doutorado de Conrado Hübner Mendes, debatida na Escola de Formação. Basicamente, trata-se de uma discussão sobre o desenho institucional dos tribunais constitucionais em que se contrapõem o 'poder da última palavra' muitas vezes atribuído a essas cortes (ainda que por elas mesmas) e o contínuo 'diálogo entre os poderes'. De acordo com categorias e classificações feitas na tese, pretendo 'catalogar' a existência desses dois tipos ideais sob a lente do gradualismo⁴, que não vai dizer propriamente se algo é ou não é,

⁴ O autor contrapõe binarismo e gradualismo: aquele fixa seu raciocínio em dicotomias abrangentes e rígidas; este em graus de realização de cada extremo das dicotomias. Deve-se, todavia, tomar a precaução de não deixar que a própria diferença entre binarismo e gradualismo torne-se uma classificação binária.

mas, em que medida, é ou não é. Ou melhor, qual o grau de proximidade (de realização) de determinado modelo paradigmático, no caso, o de composição alternada entre os poderes.

Assim, a pergunta-chave seria qual o espaço que o Supremo Tribunal Federal deixa para uma interação entre os poderes em um julgamento em que se opera uma alteração constitucional (cabendo verificar se apenas interpretativa ou não). Isto é, assumindo papel ativo na reforma política, quais reservas faz este tribunal a si quanto à prerrogativa de dar o ponto final em semelhante polêmica de cunho, indiscutivelmente, político⁵? Ou a corte simplesmente reconhece, isto é, atribui a si própria este poder?

Enfim, o estudo pauta-se na captação dos principais raciocínios desenvolvidos para a exigência da manutenção de filiação partidária, a fim de buscar seus fundamentos, para em última análise, verificar como se justificou este processo decisório. Para tal, também será levada em consideração ora a ressalva feita por alguns ministros sobre a suposta legislação ativa, ou invasão de competência, ora o silêncio dos ministros como presunção de que estavam estritamente dentro de seu ofício.

Mais um problema metodológico, talvez prático, foi colocado. Já em curso a elaboração da presente monografia, foi publicado o MS 26602 em 17.10.2008. O recorte anterior foi mantido devido a duas escolhas: antes de tudo, uma temporal, dados os prazos estipulados para a entrega, e as divulgações inesperadas no *site*; e segundo, uma escolha material, pois a fundamentação dos ministros é insistente, com vários aspectos similares, a ponto de alguns votos se repetirem entre os mandados. Há, na verdade,

⁵ Critérios de Dworkin permitem distinguir que argumentos políticos propriamente ditos são aqueles que visam ao bem-estar da comunidade e focam-se em objetivos. Outro tipo de argumento seria o que tem por base princípios políticos, remetidos a direitos políticos e individuais dos cidadãos e focados no caso concreto (Monografia EF "O STF como instituição contra-majoritária"). Estamos, notadamente, trabalhando com este último tipo.

uma metalinguagem na comunicação entre os MS 26602, MS 26603 e MS 26604, já que tiveram uma origem em comum.⁶

Algumas perguntas serão utilizadas para guiar a leitura dos votos e a seleção das suas principais idéias. 1) Foi concedida ou não foi concedida a segurança? 2) Por quê? 3) Se foi concedida, houve modulação de efeitos? 4) O ministro tenta justificar uma eventual invasão de competência do Legislativo?

Estas interrogativas serão de grande ajuda, visto que fundam uma espécie de etapa evolutiva à proporção que vão sendo respondidas. Possibilitam-nos saber o que pensam os ministros da concessão da medida de segurança nos termos em que foi posta – com base em consulta eleitoral – ou mesmo, uma vez concedida, se a relevância da matéria ou a mudança do modelo pelo qual se vinha decidindo, demandam modulação de efeitos, também esta uma espécie de diálogo, já que deixa um ínterim entre a decisão e sua eficácia. Por fim, mostram como se resguardam ou acusam os julgadores de estarem exercendo função do Legislativo e, assim, podemos verificar qual papel cabe, ou talvez, resta a este poder.

A utilização destes questionamentos, porém, será apenas como base na construção do capítulo referente aos votos, visto que pormenorizar a pensamento de cada ministro seria um trabalho enfadonho e desnecessário para o que me proponho.

Em suma, partirei da perspectiva do MS 26604 e do voto do relator no MS 26603 em paralelo com a competência do Supremo Tribunal Federal em operar a determinação de fidelidade partidária para traçar uma visão

⁶ Conforme instruções da aula de “Metodologia da Pesquisa Científica”, foi estipulado um prazo máximo para a coleta dos acórdãos a serem utilizados. Uma vez publicado menos de um mês antes da entrega do trabalho, o MS 26602 foi descartado, embora sua decisão seja levada em conta e indiretamente sejam presentes seus argumentos que se coadunam com os dos demais mandados.

panorâmica desta sentença do STF e da interação dos poderes. Uma análise eminentemente qualitativa.

Mais uma vez a história da Separação de Poderes: O começo de tudo

É sempre um receio retomar a teoria da separação de poderes, pelo risco que se corre em cair numa digressão incipiente. Não quero fazer aqui toda retomada histórica dessa teoria, que, além de recorrente, costuma aparecer mais como um pressuposto nos moldes de um 'argumento de autoridade'. Não quero também empregá-la com esta conotação. A separação de poderes me servirá como ponto de partida para o debate institucional sem, contudo, funcionar como axioma.

Sucintamente, a tripartição dos poderes propõe uma divisão funcional em que haja limites para cada esfera, proporcionando harmonia entre os três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Seria a distinção entre três funções estatais – administração, legislação e jurisdição – e a atribuição destas a três grupos de órgãos reciprocamente autônomos, de tal modo que nenhum órgão isoladamente possa agir sem ser freado pelos demais (sistema de freios e contrapesos).

Esta definição é apenas o esboço de funcionamento da separação, uma vez que não há funções estanques (ainda que houvesse, nem sempre é fácil distingui-las) e sim expectativas em relação a tais atores, de modo que a inter-relação é fundamental.

Nossa Constituição adota a separação dos poderes como um dos seus princípios fundamentais.⁷ Não obstante, é claro que a ampliação das atividades do Estado e sua diferente forma de interação com a sociedade – através de organismos intermediários – leva a uma inovação na teoria da separação dos poderes.

A passagem de um Estado “Keynesiano”, em que governo e hierarquia, estruturados classicamente, traziam soluções políticas, para um Estado “Schumpeteriano”, da “heterarquia”, na qual prevalece o mercado e a multiplicidade de agentes é assunto tratado pelo Professor Eduardo Faria.⁸ Apesar de ser uma abordagem muito distinta da que, naturalmente, tende este trabalho, pois se perfilha ao campo econômico, será útil à concepção de separação de poderes como tentaremos expor aqui, o mais longe possível do modelo clássico ou rígido, a fim de evitar conclusões prontas em relação à possível elasticidade do modelo institucional no espaço STF – Judiciário e Congresso Nacional – Legislativo.

O pré-questionamento, sabendo da diferença entre funções do poder e separação de poderes⁹, é porquê criar um fetichismo¹⁰ de apenas três, ou porquê uma divisão estanque. Sem a pretensão de propor inovações, ainda mais num campo em que a teorização é vasta, apenas retomo alguns pontos de Bruce Ackerman em “The New Separation of Powers”.¹¹

⁷ Art. 2º da Constituição Federal de 1988:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁸ FARIA, José Eduardo, “As mudanças do direito entre duas eras econômicas” in “O direito na economia globalizada”.

⁹ Embora tenham uma conexão necessária, a distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que exercem e a divisão de poderes consiste em confiar a cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes (SILVA, José Afonso da, 1996, p.115).

¹⁰ Tomo como fetichismo a inferência de que a separação funcional entre legislação, administração e jurisdição ensejaria, necessariamente, a separação institucional tríplice respectiva, Legislativo, Executivo, Judiciário.

¹¹ Atenta-se que Ackerman trabalha em contexto específico da história norte-americana usando a variação de momentos de ‘política normal’ e de ‘política constitucional’. Entretanto, modelos gerais são perfeitamente cabíveis em outra imagem.

Concordando com a proposta de que a separação se dê em nome da democracia, da eficiência de cada poder, com suas características (seja em independência, seja em efetividade) e da proteção de direitos fundamentais, é muito raso atribuir a cada poder uma determinada função, sem que, vez ou outra, um acabe por exercer a 'prerrogativa' que marcadamente seria de outro, mas que, uma vez realizada de maneira diferente, atende melhor àqueles pressupostos (ACKERMAN, 2000, p.2)

Ackerman chega a propor 'múltiplos poderes', em consonância, com o que expusemos, de haver vários agentes econômicos e sociais que podem demandar e agir dentro destas funções e cumprir os objetivos, por ele definidos, da divisão de poderes.

Não nos cabe o reinvento de arranjos institucionais; pelo menos não neste trabalho. Eles importam no sentido de considerarmos que a tripartição de poderes, tal como tradicionalmente entendida, é insuficiente no contexto quer seja político, social ou econômico atual, e deste modo nos permite maior abertura no juízo de como os poderes devem ou podem atuar.

Aproximando-se do intuito da separação de poderes, como vamos utilizá-la, tal teoria deve encarar, sobre o papel da revisão judicial, a pergunta de quem decide o que e como e por que numa democracia?¹² Não pretendemos achar uma resposta unânime e definitiva, mas incitar estas dúvidas no caso em questão.

Judicialização da Política e Politização do Judiciário: continuando a síntese da separação de poderes

A espécie de 'sinestesia' que os termos 'judicialização da política' e 'politização do judiciário' implicitamente trazem geralmente é associada a

¹² *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, dissertação de mestrado defendida em janeiro de 2004 por Conrado Hübner Mendes.

um efeito nocivo, como se fosse um desvirtuamento da democracia e seus aspectos basilares. Há, contudo, também que se considerar a possibilidade de surgir uma interação entre os poderes, de maneira complementar e positiva.

A judicialização manifesta-se tipicamente de duas maneiras: em um maior ativismo judicial, isto é, uma expansão do processo judicial a questões, muitas vezes, antes restritas ao Legislativo e ao Executivo; ou em um interesse de políticos e autoridades administrativas de adotar procedimentos semelhantes ao processo judicial.

A definição proposta pela primeira vez em uma conferência internacional por Vallinder, também foi largamente estudada por Neal Tate¹³. Para eles, o sistema jurídico romano-germânico pouco permitiria este fenômeno por ser a codificação quase um 'engessamento'. Entretanto, não só a vagueza dos textos normativos, bem como os variados métodos de interpretação e a necessidade de fundamentação dos juízes deixam esta possibilidade em aberto.

Muitas vezes, a judicialização ocorre quando instituições majoritárias preferem, em certos assuntos, não carregar o fardo de decidirem, seja pelo custo ou pelo não-ganho político. Soma-se a isso a visão dos juízes de que devem participar do processo político a fim de não deixar à ocasionalidade de outras instituições e seu método decisório ou quando acham que devem substituir a solução dada por outras instâncias de poder (TATE & VALLINDER, 1995, p.33). O conflito institucional marca as ações jurisdicionais propostas às cortes constitucionais, que muitas vezes têm por autores os partidos políticos procurando agir via Judiciário.¹⁴ Isto inevitavelmente coloca a opinião pública em jogo e aproxima 'Direito' e 'Política'.

¹³ Monografia da Escola de Formação "O STF como instituição contra-majoritária: uma análise empírica de decisões de direito eleitoral".

¹⁴ CASTRO, M.F. de. (1993), "Política e economia no judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos". *Cadernos de Ciência Política*, 7.

A opinião pública ficou bastante dividida no esteio do julgamento sobre fidelidade partidária, em outubro de 2007. Havia sim um embate ou pelo menos um entrelaçamento entre as instituições do Legislativo e Judiciário, isto porque os mandados de segurança interpostos no STF foram a tentativa de converter em realidade o apelo dos partidos políticos pela declaração de que detêm os mandatos. Tentavam, assim, obter via Judiciário o que não conseguiram dentro do próprio Legislativo.

De um lado, atentava-se quão imperiosa se fazia a reforma política, garantindo a legitimidade e eficácia das legendas partidárias. O STF deveria como garantidor da ordem constitucional fornecer as balizas deste processo ao pronunciar o seu entendimento sobre o assunto, seja porque fora chamado a decidir pelos próprios partidos e, em último caso, pela sociedade seja porque possui uma dita legitimidade argumentativa com lastro ainda que mediato na Constituição.

De outro, estavam os defensores de que a função do 'Guarda da Constituição' é de aplicar mandamentos constitucionais e, como a perda de mandato por infidelidade partidária não veio expressa na nossa Carta Política, seria um direito inexistente aos partidos segundo as 'regras do jogo'. Entretanto a necessidade de se operar a reforma política apontava o Congresso Nacional como o local para este debate e a recorrência ao Supremo seria apenas um engenho ardiloso de 'cortar caminho'.

É sobre este pano de fundo que avaliaremos o julgamento, de modo que as perspectivas seguintes servem de sustentáculo para o que realmente me importa, a dimensão jurisprudencial.

Premissas teóricas

Tomando por base uma dissertação da ciência política: o trabalho de Conrado H. Mendes aponta-nos o norte na empreitada de 'fiscalizar', se é que a alguém ou a algum órgão, cabe este termo, a atividade de revisão judicial, ou seja, do STF.

Para ele, "quem" e "como" decide não implica necessariamente em "o que" decide. Definir quem decide é uma questão técnica, de desenho institucional, mais do que de ônus argumentativo.

Entendo que, de acordo com o modelo de separação de poderes que defendi, possa parecer que o aspecto qualitativo justifique um contorno ao aspecto estrutural. Melhor dizendo, ao tentar me distanciar de um ceticismo da repartição funcional taxativa entre os poderes, e pregar uma relação de dependência e cooperação, a princípio seria justificável uma decisão do tribunal que melhor atendesse aos fundamentos de democracia, efetividade e garantia de direitos em detrimento do que postularia o arranjo institucional. Antes de tudo, defendo, porém, uma mudança angular do modo de ver o trabalho de uma corte constitucional, conforme tentarei explicar a seguir.

Em declaração à imprensa, o Ministro Gilmar Mendes¹⁵, Presidente do STF, defendeu que a legitimidade do tribunal adviria da argumentação, enquanto a do parlamento, do processo eleitoral. Em termos práticos, cabe à corte, no esquema da separação de poderes de vetar e estatuir, a

¹⁵ Jornal "Valor Econômico", edição de 09.06.2008.

possibilidade de veto, dotado de bom argumento, a decisões do Legislativo. Esta influência é pensada para o controle concentrado de constitucionalidade. Mas o que dizer do controle difuso – que, no entender do tribunal, também pode ter seus efeitos estendidos¹⁶ – como é o nosso caso?

O veto, para o controle concentrado, funda-se não exclusivamente no conteúdo, mas no contexto de evitar um sobressalto majoritário. No controle difuso, o veto, embora tenha a mesma função de permitir maior deliberação, retardando o processo, tem que sua não utilização desencadeia maiores dúvidas. Instrumentos recursais ou que trabalhem com direitos no caso concreto, deixam maior abertura a emoções e ao lastro social – não algo ruim, pelo contrário, mas que precisa ser admitido com cuidado – e, portanto, permite à revisão judicial mais que vetar, estatuir. Claro que não se supõe que o controle concentrado restringe-se a uma pergunta de sim ou não e, assim, resume-se apenas ao veto. Porém os outros meios de um caso chegar ao STF¹⁷, dando maior brecha à capacidade de estatuir, tornam complexa a mudança de decisão, já que, em termos reais, para corrigir o reformador constitucional, é necessária uma ruptura, mais que um ‘acordo’.

Voltando ao ‘o que decide’, melhor seria fugir de extremismos seja da teoria constitucional prevalecente¹⁸ de considerar o STF, como

¹⁶ A ‘abstrativização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade’ é fenômeno que tem se verificado tanto no âmbito do Judiciário, como também no do Legislativo e consiste na atribuição de efeitos ‘erga omnes’ a decisões que obrigariam somente as partes do processo.

¹⁷ A competência originária do STF diz respeito às ações propostas diretamente tais como Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; constituem propriamente o controle concentrado. A competência para o recurso ordinário é quando o STF julga ‘em segundo grau’ decisões proferidas em única instância por Tribunais Superiores. A competência para recurso extraordinário perfaz-se em causas decididas em única ou última instância se violarem a Constituição ou declaram a inconstitucionalidade ou validade de lei local perante a Constituição ou Lei Federal (art. 102, Constituição Federal).

¹⁸ Teoria constitucional prevalecente deve ser entendida como a grande parte da doutrina que entende que o STF tem preeminência no Poder Judiciário, cabendo-lhe a mais alta das missões jurídicas, isto é a guarda da Constituição, nos moldes de Manoel Gonçalves Ferreira

Judiciário, um super-poder ao qual cabe passe-livre, seja dos críticos usuais de que o Supremo, pela facilidade de prevalência da sua opinião, é notadamente sujeito a erros, ora pelo 'endeusamento' e isolamento dos ministros, ora pela falta de troca de idéias interna e externamente, ou mesmo pela falta de legitimidade democrática manifestada nas urnas.

Impossível é, claro, manter neutralidade, sabendo que todos esses eventos de fato ocorrem. Nem é plausível exigir neutralidade do próprio tribunal, se é chamado a participar de questões que envolvem fervores ideológicos, políticos, morais; mesmo porque o diálogo seria um contra-senso, almejando-se uma redoma jurídica para sua atuação. O ponto aqui é não ter uma tendência inicial nem para um lado nem para o outro (super-poder *versus* instituição falível), por mais forçoso que seja este distanciamento.

Última Palavra *versus* Diálogo Institucional

Como não vamos retomar a discussão de qual dos dois modelos é mais recorrente ou mais aplicável e sim estabelecer os limites de um diálogo institucional, a explicação sobre as teorias da última palavra será mais do que resumida.

Podem ser "mais inclinadas" por cortes constitucionais e juízes ou "mais inclinadas" por parlamentos e legisladores, baseando-se na "presunção de infalibilidade judicial" ou "menor falibilidade judicial" e na regra da maioria e representação eleitoral, respectivamente. Essas teorias não rejeitam alguma espécie de interação, postulam tão-somente que haja um ponto final dotado de autoridade, ou para alguns, um direito de errar por último (MENDES, C. H., 2008, p.15).

Já o diálogo envolveria uma circulariedade e complementaridade infinitas, em que se observa uma deliberação inter-institucional, além da

Filho. Este autor chega a insinuar uma última palavra do Supremo, ao dizer que o STJ lhe tirou tal prerrogativa em matéria de lei federal –salvo em matéria de constitucionalidade (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 2007, p.266).

intra-institucional. Uma das principais críticas é com relação ao custo temporal e procedimental de cada série de entrosamento. Para tanto, tentarei fazer um apanhado geral das várias teorias, citadas por Conrado Mendes, a respeito.

Conforme foi dito, é um tabu para grande parte dos constitucionalistas assumir que a corte pode sofrer influência de fatores externos ao direito, mas é possível sustentar que isso não só acontece, como é assim que deva acontecer.

Um ato de governo tem efeito prático imediato e efeitos duradouros na comunidade política, o que leva a indagar se é evitável a imposição súbita de regras contrárias às habituais. Nesse sentido, a opção de não decidir torna-se um instrumento estimado ao amadurecimento da opinião pública, ou ainda sua formação. Esta escolha é política, não se remetendo ao princípio do *non-liquet* pelo qual o juiz não se escusa de decidir; opera por meios mais sutis, como 'engavetar' o caso, pedir o 'voto-vista' como meio de postergá-lo. O fim é evitar que a corte substitua o juízo de conveniência do legislador, tentando persuadir, ao invés de impor (MENDES, C. H., 2008, p.105-107).

Esta visão de Alexander Bickel¹⁹ pretende abrir portas ao debate público e a retomada do momento decisório é simplesmente tato político. Seria uma busca do meio termo entre mudança abrupta e perpetuação do ultrapassado. Uma pergunta cabível é e se a corte apenas seguir a maré da opinião pública já formada causando este desvio brusco no que fora até então institucionalizado? É danoso manter uma corte que tente instaurar o progresso sozinha?²⁰

¹⁹ Citação feita em MENDES, C.H., 2008, p. 102.

²⁰ O contra-argumento a esta assertiva tenta rebatê-la prontamente enunciando que o STF só age se for provocado. Nossa idéia pretende não se restringir à questão processual e caminha no sentido de implementar mudanças judiciais além do tempo de mudanças sociais (não que ambas sejam desvinculadas). O Judiciário como *ultima ratio* arca com a dificuldade de receber processos para a resolução de todos os tipos de conflitos, cabe a ele, como órgão, saber a maneira decidir e, mais ainda, em casos de grande repercussão, como o da

A última palavra aparece como uma questão de grau em que as decisões da corte são sempre provisórias, devido à indagação complementar “é o momento certo de decidir?”. Não se prima por uma resposta certa e definitiva, uma panacéia então, prima-se por uma resposta que melhor lidere a sociedade em um tempo oportuno, desenvolto criativamente.

A espera desse instante pode ser provocada com decisões contidas. Quando a questão é complexa ou a sociedade está dividida a estratégia é decidir o mínimo possível, criando maior extensão a debates posteriores. Isto também pode ser entendido como um parâmetro de aconselhamento a outros poderes.

Uma maneira mais ativa de dar esse direcionamento é permeá-lo através de *obiter dicta*²¹ na decisão. A inserção de ‘conselhos’ é indeclinável à própria argumentação. O que, de certa forma, se coaduna com o temor do parlamento de, em algumas situações, arcar com a responsabilidade política de decidir. Para aqueles defensores da supremacia judicial, bom saber que não se confunde com exclusividade judicial. Admite-se a participação de outros poderes na construção constitucional, mas algum deles tem de se destacar.

Induzir esta prevalência do tribunal – ou algum outro poder – é ignorar que a autoridade interpretativa oscila entre os poderes e perfaz-se de forma contínua. Contudo, na prática, o que se observa é que o legislador, tendo o poder de resposta à decisão judicial, raramente o faz.²²

Em suma, podemos traduzir duas críticas ao pensamento corrente: quanto a uma força contra-majoritária, como se existisse, claramente perceptível, uma vontade da maioria, que o legislador consegue entender e

fidelidade partidária, saber o momento certo de decidir trazendo uma resposta que ‘acalme os ânimos’ e seja factível.

²¹ Argumentos expostos ‘apenas de passagem’ na motivação da decisão.

²² Citação feita em MENDES, C.H., 2008, p. 128. A obra a que se faz referência é de Mitchell Pickerill.

atender, e mais, quanto ao poder de última palavra da corte. Esta valoração deve também ser entendida de maneira distinta. Barry Friedman, que discorre sobre o assunto, sugere o entendimento de que a corte ao optar por uma interpretação ao invés de outra desperta a discussão, oscilando o *status quo* (MENDES, C. H., 2008, p.139).

Os poderes, sucessivamente, ora se aproximam ora se distanciam da opinião popular. Não obstante essas seqüências, as cortes raramente decidem contra a maioria (havendo uma “vontade da maioria” determinável). Sustenta-se que a revisão judicial serve como mecanismo de incitar o Legislativo em sua inércia, de modo a reduzir o descompasso entre representante e representado. A fórmula é que ativismo judicial desencadeia ativismo legislativo.

O determinismo é considerar que só há diálogo no desafio à posição da corte, supor que o diálogo genuíno, por desvencilhar-se de uma hierarquia, não ocorre quando o legislador ‘acata’ a decisão judicial. É claro que uma postura apática meramente confirmatória do que emana da corte não pode ser entendida como diálogo. É preciso, portanto, discernir concordância de subordinação. Por outro lado, é preciso fugir da contraposição como uma tentativa interminável de ter sua posição atendida, em exemplo manifesto dos numerosos recursos que atolam o Judiciário e poderiam transpor-se ao parlamento ainda com impertinência.

Uma das dificuldades em termos de pesquisa científica no direito é ‘alinhar’ teoria e prática. Por mais que não pretenda adentrar em proposições particulares sobre a divisão de poderes, é preciso definir, ao menos, um parâmetro sob o qual efetuar comparações. Torna-se necessário aqui pôr em fatos o que seria diálogo institucional, mas ainda assim, isso é um ‘plano’, modelo e, portanto, toma dimensões utópicas. Nos moldes do gradualismo, é o quanto podemos nos aproximar desta ‘utopia’.

Em visita ao STF e em reunião com o Ministro Cezar Peluso, o magistrado propôs idéias que podem ser tal 'aproximação'. Mantendo o trajeto de evitar a 'Santíssima Trindade' dos poderes, imagina-se uma instância com participação de cada um destes 'estamentos', debatendo assuntos que tenham pendências em comum. Tecnicamente, este órgão não estaria acima de nenhum deles e apenas estabeleceria diretrizes conjuntas para que cada um continuasse seu trabalho no que fora chamado. Sabemos hoje que se há 'troca de informações' entre as pessoas delegadas por trás dessas esferas é absolutamente por escolha própria e por meio informal.

Uma interação de poderes seria chamar um ao outro a se manifestar em área diversa da onde atuam, num compartilhamento público de idéias. Este é o tipo-ideal, indaga-se o quanto o STF se aproximaria ou distanciaria dele neste caso específico.

Até agora vimos perpassando por teorias clássicas e suas divergências ou aprimoramentos, sem, contudo, entrar na casuística, que é o intento deste trabalho. Nos próximos tópicos, embora vez ou outra seja necessário entrar no aspecto conceitual, começaremos a dedicar atenção ao julgamento em si. Não iniciaremos o estudo dos mandados de segurança, sem ter um pano de fundo sobre a polêmica do caso. É adequado ter em mente, todavia, que muitas construções levantadas, ainda sem entrar nos acórdãos, são fruto dos argumentos dos ministros, como uma preparação para o desenrolar dos fatos.

Fidelidade Partidária

Definição

A nossa Constituição exige, dentre outros requisitos, como condição de elegibilidade, a filiação partidária (art. 14, § 3º, inciso V), de que se infere não ser permitida a candidatura avulsa, pelo próprio interessado, sem registro prévio em organização partidária.

A fidelidade partidária é a adesão intelectual do membro do partido às diretrizes da agremiação quanto a sua inclinação política e filosófica e os meios para manifestá-la e concretizá-la.

A *contrario sensu*, a infidelidade é tanto o descompasso com a diretiva do partido (oposição por atitude ou voto ou ainda apoio ostensivo ou disfarçado a candidatos de outra agremiação)²³, quanto a desvinculação deste sem justificativa plausível.²⁴ O conceito que nos servirá de parâmetro é este último, mesmo porque é duvidoso comprovar a desarmonia entre os atos do filiado ou representante eleito e o que prega o grupo político como um todo.

Histórico

A sanção de perda de mandato por infidelidade partidária foi introduzida no Brasil pela Emenda Constitucional nº 1, editada pela Junta Militar em 17.10.1969, que alterou a redação do art. 152 da antiga Constituição de 1967. Em 1985, com a 'redemocratização', a Emenda Constitucional nº 25 veio a dar nova redação ao dispositivo suprimindo a

²³ SILVA, José Afonso da, 1996, p. 386.

²⁴ A fidelidade, puramente, segundo o Min. Celso de Mello, pode ser vista em relação ao representante eleitor e o partido político sob o qual se elegeu e em relação ao representante e os integrantes do corpo eleitoral (MS26603).

hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária, o que foi mantido pela Assembléia Constituinte de 1988: também não foi incluída a infidelidade no rol do art. 55, que trata da perda de mandato de deputado e senador.²⁵ A matéria, entendeu o constituinte, é tão-somente disciplina interna dos partidos políticos.

Em outro plano, o da evolução jurisprudencial, há o precedente que expõe o entendimento da corte nesse sentido: MS 20.927/DF (Rel. Min. Moreira Alves, jul. 11.10.1989, DJ 15.04.1994).²⁶ Prevaleceu o entendimento de que a vinculação ao partido é apenas condição de elegibilidade; apesar da valorização dada à representação parlamentar federal dos partidos, não há dispositivo expresso que exija a fidelidade. Se não há sanção prevista no sistema, não há que se restringir o direito ao exercício do mandato.²⁷

Atualmente, o que deu ensejo aos acórdãos ora estudados foi a consulta ao TSE nº 1.398/2007 (Rel. Min. César Asfor Rocha)²⁸. Foi uma resposta à pergunta do PFL: "Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver o pedido de cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito por um partido para outra legenda?". Em resumo, decidiu o tribunal que, no sistema adotado (quociente eleitoral e quociente partidário), o mandato pertence ao partido e a desfiliação, depois de diplomado, gera a perda do mandato pelo parlamentar.²⁹

Natureza da Consulta

²⁵ MS 26604: Voto Ministro Ricardo Lewandowski, p. 310.

²⁶ Alguns Ministros consideram também um precedente o MS 23.405, porém não o classificamos deste modo porque foi prejudicado pela perda do objeto.

²⁷ MS 26604: Voto Min. Gilmar Mendes, p. 430-405. O Ministro, ao trazer este caso, faz questão de frisar que houve votos dissidentes, como se, futuramente, fosse mudar a orientação do Tribunal.

²⁸ As resoluções do TSE são decorrentes de processos administrativos, dentre os quais, as consultas. A consulta 1398 levou à resolução 22.626.

²⁹ O Tribunal voltou a decidir sobre a questão reafirmando este posicionamento na Consulta nº 1.423 (Rel. Min. José Delgado).

A consulta eleitoral é prevista no art. 23, inc. XII, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965). A competência é materialmente administrativa, a deliberação da corte não possui caráter vinculativo ou obrigatório. Assim, havendo um caso concreto e, conseqüentemente, decisão de natureza jurisdicional, pode, em tese, posicionar-se de maneira distinta. A resolução, que decorre da consulta, não tem qualquer caráter normativo. Não resulta da decisão coisa julgada, a corte não tem o condão de declarar direito, por esse meio (MS 26604, Voto Min. Cármen Lúcia)³⁰. É uma fonte de conhecimento, não de produção do direito, teoricamente seria ato normativo, mas sem efeitos concretos, sem força executiva a obrigar a Câmara dos Deputados.

O propósito de considerar a natureza jurídica e seus efeitos é verificar com base em que o STF provocou sua mudança de entendimento. Fica nítido que pelo menos este fundo normativo – o da consulta – era inexistente, ou diga-se, insuficiente, o que nos servirá de empreitada inicial na tentativa de apreender os argumentos principais dos ministros.

Sistema proporcional: adendo ao processo argumentativo

A compreensão do nosso sistema eleitoral é decisiva no processo argumentativo dos ministros. Embora pretenda trazer, em separado, uma seção a respeito dos votos e suas justificativas, considero, como se percebe ao longo da leitura, que certos aspectos teóricos ou processuais merecem capítulo à parte, seja pela relevância do tema em si, seja pelo destaque dentro dos vários argumentos (dada a contraposição *ratio decidendi e obiter dictum*).

³⁰ A ministra discorrendo sobre a resolução afirma que, não tendo força normativa, também não é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, o STF acabou por confirmar a constitucionalidade da resolução do TSE sobre fidelidade partidária, em 12.11.2008, ao declarar improcedentes as ADIN's 3990 e 4086 ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria Geral da República (PGR). (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98954&tip=UN>)

Fixado o mandato representativo, temos que na democracia indireta os eleitores escolhem seus candidatos pelo sistema de representação majoritário ou de representação proporcional. No Brasil, para eleição de deputados o sistema adotado é o da representação proporcional, por lista aberta, uninominal, e apresentada pelos partidos.

“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”.

Importante, então, a determinação de razões aritméticas, evidentemente.³¹ O quociente eleitoral é determinado pela divisão do número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras de Vereadores. O quociente partidário por sua vez é estipulado para cada partido ou coligação e indica o número de vagas a que têm direito: divide-se o número de votos válidos sob a legenda pelo quociente eleitoral.³² Há que se atentar também para a distribuição de ‘restos’, vagas remanescentes e as frações nesses cálculos.

Destacam-se dois casos extremos do sistema: é possível que candidato sem nenhum voto nominal seja eleito, ao mesmo tempo em que também é possível que o candidato mais votado no pleito eleitoral não logre obter o assento em razão de a agremiação partidária não ter obtido o quociente eleitoral.

Partidos Políticos

³¹ A proporção resulta de uma distribuição dos mandatos em que o número de representantes em uma circunscrição eleitoral seja dividido em relação ao de cidadãos eleitores.

³² Arts. 105 a 113 do Código Eleitoral.

A doutrina constitucional e a ciência política não divergem quanto ao reconhecimento da importância dos partidos políticos. Surgem como modalidade de associação, para, depois, adquirir personalidade jurídica de direito privado e ter registro no TSE. Foram institucionalizados pela Constituição, que lhes reconheceu capacidade de auto-governo, auto-administração e regência autônoma de seus próprios interesses, nos termos do art. 17.

O que está em destaque é a essencialidade dos partidos políticos na manifestação da democracia como exercício do poder. A proibição da candidatura avulsa insinua que são entidades necessárias, talvez essenciais, para a formação dos órgãos legislativos, são corpos intermediários entre a sociedade civil e a sociedade política e atuam como instrumentos de ação democrática, destinados a assegurar a autenticidade do sistema representativo (MS26603 Voto Min. Celso de Mello).

Intenta-se, na verdade, evitar a personalização da disputa eleitoral e garantir que estarão presentes na representação todos os segmentos da sociedade – mais ainda com a eleição proporcional, formando maioria e minoria, com o direito de oposição. Isto se supondo, claro, que os partidos são mais que uma mera sigla e conseguem trazer projetos políticos e ideologias concretas.

Na realidade, estas imperfeições são usuais, consubstanciadas na chamada crise de representatividade. Entretanto, a importância dos partidos vai além da garantia do processo democrático e da expressão de multiplicidade de interesses e atinge também a formação da opinião pública, o recrutamento de líderes e seleção de candidatos e a mediação entre o governo e o povo. (MS 26604, Voto Min. Lewandowski).

É relevante, nesse sentido, afirmar que são meio do qual o povo se vale para o exercício do poder e não fim deste; não há que se falar em uma

'partidocracia'. O titular do poder é, antes de tudo, o povo, em que pese a função dos partidos políticos, conforme lembra o Ministro Joaquim Barbosa.

Mandado de Segurança como remédio constitucional

Pode parecer ingenuidade inserir um capítulo eminentemente processual. E eu não o faria não fosse a dúvida que surgiu no acórdão acerca do instituto.

O mandado de segurança pode ser individual ou coletivo. É previsto no art. 5º, LXIX da Constituição Federal. Como garantia constitucional é instrumento destinado a assegurar o gozo de direitos violados ou em vias de ser violados ou simplesmente não atendidos.³³

O mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF), o que nos interessa, pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Peculiaridade do direito constitucional brasileiro, o mandado de segurança preza por direito líquido e certo quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Torna-se controversa, pois, a fixação de direito líquido e certo. Concebe-se, habitualmente, como o expresso em norma legal e com todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante.³⁴

Vindo em outro dispositivo que não o geral, o mandado de segurança coletivo incita a dúvida quanto à exigência de direito líquido e certo. José Afonso da Silva adota a postura de que este requisito será exigido quando é impetrado mandado de segurança coletivo na defesa de direito subjetivo

³³ SILVA, José Afonso da, 1996, p. 420.

³⁴ SILVA, José Afonso da, 1996, p. 420.

individual, porém, na defesa de interesse coletivo de seus membros ou na defesa de interesse coletivo difuso exigem-se ao menos a ilegalidade e a lesão do interesse que o fundamenta.

Para não me alongar ainda mais, a discussão que ocorreu entre os ministros, pauta-se justamente nesta controvérsia. O Ministro Eros Grau suscitou que não há como declarar o direito à vacância dos cargos sem a produção de provas para se averiguarem os motivos dos representantes. Assim sendo, não haveria direito comprovado de plano: o fundamento não está em preceito constitucional, mas em consulta ao TSE. Sua preocupação, entretanto, é de outra ordem, no sentido de garantir aos deputados o exercício do direito de defesa.

À parte a manifestação de outros julgadores, também é interessante a solução proposta pelo Ministro Cezar Peluso. As condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimação das partes e interesse processual estão presentes. E os requisitos de liquidez e certeza do direito estão em outro plano que não o da existência do direito da ação, estão no plano da tutela jurídica.

Estas explicações se fazem importantes na medida em que o tribunal rejeita as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir do impetrante, e da impossibilidade jurídica do pedido, por se basear em consulta ao TSE, bem como rejeita a preliminar de ausência de liquidez e a de impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança, vencido o Ministro Eros Grau.

Votos dos Ministros: a tal legitimidade argumentativa

Os capítulos que antecedem este são esclarecimentos preliminares para se entender a ordem dos raciocínios nos votos; justamente, por isso, vêm agrupados, mantendo uma conexão não necessariamente temática. Mostrou-se de grande dificuldade a escolha de como sistematizar as diversas opiniões em assuntos abordados de maneira primordial e outros lembrados ocasionalmente. Optei por destrinchar os que foram ponto comum de discussão, sem recair num tabelamento metódico em que se relacionam ministro e argumentos. Em uma segunda parte, embora nem todos os votos dissertem sobre esta questão, separo o que foi dito em relação à atuação da corte no caso específico.

A construção é de que o eleitor destina seus votos aos partidos políticos, exercendo seu direito de escolha entre os candidatos vinculados a eles. Ainda mais no sistema proporcional, no qual há atribuição lógica dos votos às agremiações. Assim sendo, o parlamentar não é dono exclusivo do mandato. O liame candidato-partido prolonga-se depois da eleição.

O principal argumento é que a filiação e a desfiliação são livres, já que o partido político é pessoa jurídica de tipo associativo, valendo o âmbito da autonomia da vontade. Não configura ato ilícito, portanto, o desligamento e, igualmente, não se configura sanção. É, nos dizeres de Celso de Mello, o reconhecimento da inexistência de direito subjetivo autônomo à manutenção pessoal do cargo, em hipótese de desfiliação ou transferência injustificada. Para ele, seria ato culposo incompatível com a função representativa do ideário político em cujo nome o parlamentar foi eleito, que este mantivesse o mandato.

A Constituição se faz silente em relação a esta modalidade de 'renúncia tácita', porque o constituinte apenas detalhou vacância uma vez ocorrida infringência a determinadas proibições. Como esta consequência não é decorrente de punição por ato ilícito, não há previsão na taxatividade do artigo 55. É uma lógica decorrente. A Ministra Cármen Lúcia, relatora do mandado de segurança 26604, lembra que o eleito não defende apenas os interesses daqueles que o elegerem e não pode, de igual maneira, deixar de ser representante do todo para 'presentar-se' como titular de seus interesses.

Cezar Peluso chega a propor o reconhecimento de que o mandato pertence ao partido como meio de fortalecer lhes a vinculação ideológica e critica o personalismo (favorecido pelas 'listas abertas') como herança histórica brasileira de submeter o interesse público ao particular. A fidelidade seria uma restauração da crise dos partidos políticos.

Esta renúncia só se impõe quando for de inteira discricionariedade e subjetivismo do eleito. Com efeito, o Tribunal Superior Eleitoral excepcionou duas hipóteses: mudança significativa de orientação programática do partido ou comprovada perseguição dentro do partido que foi abandonado.

Joaquim Barbosa, em dissidência, entende que não lhe parece correto resolver o impasse à luz de princípios implícitos à Constituição. Assim, por mais que comungue com os anseios gerais em prol da vida político partidária do país, não vê como o fazer nos termos impostos na impetração. O constituinte teria feito uma opção consciente ao não subscrever o regime da fidelidade partidária entre os artigos 55 e 56.

Ademais, há uma preocupação constante com a segurança jurídica e garantia de estabilidade. Os parlamentares que trocaram de partido o fizeram confiando no ordenamento legal vigente, na interpretação da corte constitucional do país e no entendimento da doutrina constitucional pátria. Não se propugna a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da

atividade legislativa, pois as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e à história. Mas é preciso que se respeitem situações consolidadas. Anteriormente, no STF prevaleceu que a fidelidade partidária, conquanto desejável, não estava patenteada no sistema vigente. Propõe-se a modulação de efeitos, aplicada em caso de “mutação constitucional”, a partir da data da consulta ao TSE, 27.03.2007, de modo que os parlamentares, que tivessem se desvinculado antes desta época, praticaram seus atos sob o pálio do entendimento constitucional anterior. Ou seja, estatui-se um marco temporal a delimitar o início da eficácia deste pronunciamento.

Gilmar Mendes, citando Larenz, explica que por um ‘tempo intermédio’ podem ser plausíveis a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada adequada ao tempo. Defende que a inexistência de dispositivo normativo expresso ou a ausência de texto não pode ser razão única para a conclusão sobre a inexistência de determinada norma no ordenamento jurídico. Preza-se pela construção da norma jurídica, além do ato interpretativo de um texto isolado, de modo que a interpretação da constituição feita pela corte não pode estar fora da realidade da sociedade a que se destina.

Em menção a Dworkin, Menezes Direito, fala no sentido de que não se faz eco à idéia da neutralidade dos juízes ou de distanciamento da política. Com Häberle, afirma também o ministro, que não há norma jurídica que não interpretada e que o juiz não é o único intérprete da Constituição, visto que o cidadão e todos aqueles que participam da sociedade têm força vigorosa de interpretação.

Em semelhante defesa, prega a relatora que não seria o preenchimento de lacunas constitucionais. Não se está criando norma artificial, nem se ingressando em seara reservada ao poder de legislar, o que se faz é dar interpretação coerente com o que se tem na Constituição

para preservar-lhe os princípios estatuídos e assegurar a plenitude do exercício da soberania popular por meio da representação política.

Digna de atenção também a antecipação do voto do Ministro Carlos Ayres. Segundo ele, a legitimidade democrática é a da Assembléia Nacional, quando eleita para produzir a Constituição sob a titularidade da nação. Tudo o mais é legitimidade pós-Constituição. A legitimidade dos representantes do povo – parlamentares e chefias executivas – é quadrienal, advinda de cada processo eleitoral renovado, é uma legitimidade popular. A legitimidade do Judiciário e mais de perto do STF deflui da própria Constituição. Como guardião desta, também é legítimo porque defende uma vontade normativa nacional. São duas democracias, duas legitimidades. A do STF não é eletiva, mas decorre da guarda da constituição. Desse modo, interpretar e aplicar a Constituição Federal inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços de legítima atuação dos poderes, não é usurpação, é o que lhes cabe – como ministros – fazer, cumprem uma função política, com necessária fundamentação técnica ou jurídica.

O mais extremista, pode-se dizer, é o voto do Ministro Celso de Mello, como relator: o tribunal não está usurpando atribuições do Congresso Nacional. Cabe a ele, na sua titularidade de guardião da Constituição, interpretá-la e dela extrair a máxima eficácia possível em relação aos princípios estruturantes que formam vetores interpretativos. Assume papel fundamental a interpretação constitucional advinda das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional de guarda da Constituição confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivas no texto fundamental.

Fala sobre a posição da corte de que a interpretação da Constituição pelo STF deve ser acompanhada pelo demais tribunais sob pena de debilitar à Carta Constitucional sua força normativa. O exercício da jurisdição constitucional tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, o

que põe em evidência a dimensão política da atividade institucional do STF, isto é, de decidir em última análise sobre a substância do poder. No poder de interpretar, está a prerrogativa de formular e revelar o próprio sentido do texto constitucional. O desenvolvimento da Constituição adviria não apenas de seu conteúdo, mas também de sua práxis, daí decorre sua elaboração permanente.

Presumindo-se um consenso de que se trata de âmbito de construção pretoriana, o tribunal concedeu parcialmente a ordem. Determina ao Presidente da Câmara dos Deputados que remeta ao TSE o pedido de declaração de vacância da litisconsorte que havia mudado de partido depois do prazo e que adote aquele tribunal resolução disciplinadora do procedimento de justificação e decida sobre a matéria. Foram vencidos os ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa que denegavam totalmente a ordem e Carlos Britto e Marco Aurélio que a concediam em maior extensão.

Considerações

Aparenta um tanto quanto esparso juntar os vieses de atuação dos poderes e a matéria dos acórdãos. Cumpre deixar claro que esta chave de pensamento cabe ao enfoque da fidelidade partidária por, teoricamente, ser esta uma temática que interessa diretamente ao parlamento e faz ainda mais sentido discutir a 'repartição' de quem 'resolve a briga'. No limite, a reforma política, como tratada, é uma pauta quase interna do legislativo. Seria um absurdo, todavia, deixar que decidissem sem qualquer debate institucional, ou ainda melhor, social. É justamente caminho oposto a tudo que propusemos até aqui. O modelo extremo serve para justificar a concatenação entre as elaborações que fiz, ainda que paralelamente, mas

que, na verdade, estão numa relação de todo e parte. Tanto a fidelidade partidária é um dos vários exemplos que podem ser encontrados para a discussão entre 'áreas' dos poderes, como o diálogo institucional é uma – talvez a mais comentada – das controvérsias do julgamento que conferiu o mandato aos partidos.

Conrado Hübner Mendes chega a comentar o caso da fidelidade partidária em sua tese, que já é mais que nosso embasamento. Traz uma declaração que pode resumir o senso-comum: já que não se fez via legislativo, que o faça o Supremo. Apoiou-se o ativismo do STF como remédio contra a inatividade do Congresso Nacional. Por outro lado, defendia-se que não havia o que decidir no âmbito do parlamento, como se já estivessem institucionalizadas sua posição e as situações fáticas; havia, então, uma opção consolidada e não inércia. A autoridade coatora, Presidente da Câmara – Arlindo Chinaglia, não se negou a dar seguimento ao pleito por se considerar incompetente ou por vício formal, mas por negar o direito do impetrante aos cargos obtidos nas eleições de 2006.

Soa razoável dizer que a corte pode arriscar um estímulo, uma 'provocação' positiva ao parlamento, rompendo o *status quo*, ou pelo menos, questionando-o e incitando o legislador a se manifestar a respeito. Todavia, nosso enfoque pretende ir além desta construção no plano das idéias. Mais do que a interação entre os poderes o ponto convergente é o próprio Supremo Tribunal Federal e, dadas as manifestações dos ministros, não é bem como um desafio ao legislativo que encaram a decisão.

Arrisco afirmar que, no que depender da corte, o diálogo inter-institucional fica em segundo plano, se é que foi lembrado. Ao escusarem-se da repreensão de estarem ingressando em seara reservada ao legislativo, os ministros que o fizeram, tinham em mente a corte, apenas. Pautam-se na necessidade de revisão de sua própria jurisprudência. Acreditam que a norma precisa ser interpretada logicamente na divisão entre os poderes e a legitimidade do Supremo advém da guarda da

Constituição. Celso de Mello, mais entusiástico, aceita o monopólio da última palavra do STF e a conveniência do respeito pelos demais tribunais a esta declaração final.

Não é de precisão prática, contudo, criticar os efeitos da decisão porque o tribunal não teve um discernimento das dimensões do que estava fazendo. Isto é, não é porque o STF agiu nesta questão com um fundamento de que possuía plena legitimidade para julgá-la, sem perceber que a consequência poderia ser o procedimento, até mesmo contrário, do legislativo, não é por isso que esta decorrência é inválida ou que se deslegitimaria o poder decisório já emanado. Em contrapartida, não se pode cair no império de que os fins justificam os meios, tão simplista e perigoso na democracia.

Observamos que o Supremo intentou um debate intra-institucional acima de tudo. Ora lembrando da vinculação de outros tribunais e da inevitabilidade de rever as sua jurisprudência, ora da competência do TSE – exclusivamente – para apurar a justificação dos deputados e da função de editar resolução normativa disciplinadora deste procedimento. Se houve o início de uma nova rodada do Legislativo, foi sim obrigatoriamente ligada ao julgamento, mas foi quase um desdobramento lógico e de iniciativa do próprio parlamento. É o nosso próximo capítulo.

Proposta de Emenda Constitucional – o Legislativo atuando

Nesse contexto, emergiu a Proposta de Emenda Constitucional nº 182 de 2007 (a proposição originária é PEC-23/2007)³⁵. A proposta confirma o posicionamento do TSE e do STF de que o mandato pertence aos partidos. Os arts. 17, 46 e 55 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações, segundo a redação atual da emenda:

“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:

V - titularidade dos mandatos parlamentares.

§ 5º Perderá automaticamente o mandato o membro do Poder Legislativo que se desligar do partido pelo qual tenha concorrido à eleição, salvo no caso de extinção, incorporação ou fusão do partido político.

§ 6º A perda do mandato de ocupante de cargo eletivo do Poder Executivo será declarada pelo Tribunal Superior Eleitoral, quando se tratar de Presidente ou Vice-Presidente da República; pelo Tribunal Regional Eleitoral, quando se tratar de Governador ou Vice-Governador de Estado ou do Distrito Federal; e pelo Juiz Eleitoral, quando se tratar de Prefeito ou Vice-Prefeito, mediante comunicação do órgão de direção partidária do respectivo nível.

§ 7º A comunicação prevista no § 6º será acompanhada de documento comprobatório da desfiliação, observado o disposto nos arts. 79, 80 e 81, desta Constituição, para os casos de Presidente ou Vice-Presidente da República, e, para os demais casos, também o disposto na respectiva Constituição estadual ou Lei Orgânica municipal.”

“Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

§ 3º Cada Senador será eleito com dois suplentes do mesmo partido”.

³⁵ Foram também a ela pensadas as PEC 85/1995 e PEC 124/2007 que tratam da mesma matéria.

“Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

VII - que se desligar do partido pelo qual tenha concorrido à eleição, salvo no caso de extinção, incorporação ou fusão do partido político.

§ 5º No caso previsto no inciso VII, a perda do mandato será declarada pela Mesa da Casa respectiva, no prazo máximo de três sessões ordinárias ou extraordinárias, mediante comunicação da mais alta instância do partido político titular do mandato, acompanhada de documento comprobatório da desfiliação”.

O plenário do Senado já aprovou a proposta por unanimidade em 17.10.2007. Aguarda-se a manifestação da Câmara, com votações em dois turnos no plenário em regime de tramitação especial. Curioso, na verdade, foi verificar que a propositura feita pelo senador Marco Maciel (DEM-PE) data de fevereiro daquele ano.

Segundo o próprio senador, “nesses assuntos, a omissão do Congresso Nacional passou a ser analisada pela justiça, o Judiciário está ajudando a propulsar a reforma política”.³⁶ Embora os argumentos de falta de identidade partidária e, conseqüentemente, descrença no Legislativo sejam predominantes na justificação, é claro um descompasso em relação aos fundamentos empregados pelo STF. Ao se alterar o art.55, cai por terra o contorno do Supremo de que não vinha expressa na Constituição a perda de mandato por infidelidade porque se trata de decorrência lógica. Incluí-la nesse rol é entender a exigência de fidelidade como passível de sanção reflexa no mandato, diferente do que defendera o tribunal.

De qualquer modo, percebemos que o diálogo começou um tanto quanto antes. Resta perceber sua dimensão e concretude.

³⁶ <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL152095-5601,00 SENADO+APROVA+FIDELIDADE+PARTIDARIA+MAS+A+PARTIR+DE.html>

Conclusão: longe de ser a nossa "última palavra"

Confesso que comecei este trabalho com alguns preconceitos. A proposta de estudar o STF e suas decisões a fundo por um ano leva ao conhecimento de várias falhas e vicissitudes do órgão, defeitos muitas vezes inescapáveis numa instituição, mas que nem por isso devem ser relegados a vistas grossas.

Responder satisfatoriamente à pergunta de "por que decide numa democracia?" é primordial em relação ao "quem decide?" ou "como decide?". Procurei mostrar que a separação de poderes não é um dogma linear, em que cada instância exerce um papel com as competências horizontalmente delegadas. Isto, porém, não é uma convicção plenamente defendida. Chega a ser óbvio quão imprescindível é a colaboração e 'conversação' entre os poderes, discutindo-se inclusive a existência de outros órgãos que adquiram este 'status', tal como o Ministério Público vem sendo considerado um 'quarto poder'.

Espero ter deixado claro que é preciso uma abertura no modo como os poderes devem atuar, seja para suprir ou corrigir falhas uns dos outros, seja para dar continuidade ao que se estipula. Abertura, com ressalvas. Isto não quer dizer que estarão isentos de vigilância ou críticas, mesmo porque estas são inevitáveis. O Presidente do STF, Gilmar Mendes, já as reconhece: "As críticas são fundamentais, até para ficarmos advertidos, mas temos que reconhecer que há casos que pedem uma intervenção do tribunal".³⁷

Os votos dos ministros evidenciam a apreensão de deliberarem através de regras descompassadas com o costume da sociedade, vide a preocupação com modulação de efeitos e segurança jurídica. O que não demonstram como objeto de inquietude é a substituição do juízo de conveniência do legislador pela sua persuasão (do tribunal), que na

³⁷ Jornal "Valor Econômico", edição de 09.06.2008.

verdade opera-se internamente, entre os ministros e não mediante participação social.

Conquanto seja fácil criticar a posição do STF, pela sua organização regimental, é inegável que o diálogo ocorreu. O legislativo foi de fato estimulado, tanto que no mesmo mês foi aprovada no Senado a PEC. A corte pode agir 'tateando' os limites de sua intervenção e colocando em pauta pendências adormecidas ou tomadas como incontrovertidas.

A fidelidade partidária, porém, não foi propriamente um desafio ao parlamento. Verificamos isso no embasamento dos ministros ao decidirem. Optam por resguardarem-se na capacidade de interpretação, no monopólio da 'tradução' constitucional, na legitimidade pelo zelo à Constituição. E mais, uma vez que se pronunciam devolvem a palavra ao TSE, mantendo no Judiciário a deliberação. Não há nem por meio de *obter dicta* a insinuação de qualquer dever do Legislativo. A própria escolha de uma possível *ratio decidendi* anularia isso, se a tomarmos pela consideração de que conceder a cadeira à agremiação não é uma 'punição' ao eleito e sim uma renúncia da sua parte.

A opção de adotarem princípios constitucionais e de certo modo uma interpretação 'sistemática', em que o mandato pertenceria ao partido, mas não como espécie de sanção ao parlamentar e, assim, sendo desnecessária sua previsão nos moldes do art.55, não sugere qualquer indicio a uma participação daquele poder. Talvez o próprio esforço argumentativo dos ministros em justificarem sua atuação minimize a clamada faculdade do Legislativo.

Não que seja ruim o desafio ensejado pelo Supremo ou que a falta de noção do todo anule isso. Pelo contrário. Divago, contudo, no caminho de que não há uma percepção ou pelo menos uma intenção de 'composição' entre os poderes. Apesar das manifestações do autor da proposta de emenda, senador Marco Maciel e do Presidente do STF, Gilmar Mendes de que o tribunal tem sido bastante elogiado pelo Congresso ao 'interferir' em

determinados assuntos ou de que o tribunal valoriza o papel do Congresso³⁸, não fica expresso, pelo menos nos votos, de que têm uma dimensão de complementaridade de rodadas procedimentais.³⁹

Na realidade, o que se operou foi um “diálogo às avessas”. Explico-me melhor: não que haja uma instância onde deva começar e a outra responder. O que o STF operou não foi um estágio cíclico de amadurecimento e reflexão remetendo ou retendo o tema ao Legislativo. Holofotes, opinião pública e baixa comunicação entre os poderes são fatores que influem no isolamento e endeusamento do Supremo, conforme já traz o adjetivo presente no nome do tribunal.

A princípio pareceria que o Congresso foi instigado pela corte a se posicionar, porém a proposta já estava em andamento, o tribunal cumpriu, no diálogo, a função de ‘apressar’ o Legislativo. Por mais etéreo que soe e, em termos práticos, quase uma inverdade, mas também o parlamento teria a vantagem de um lapso temporal de esperar o momento certo de decidir. É corriqueiro que por este meio se incorra em mora do Legislativo, todavia, esta é a diferença entre os poderes, o juízo de conveniência do legislador e a exigência de fundamentação aos julgadores.

O STF por influência da mídia ou pela expectativa que depositam – e os próprios ministros depositam – nele acabou decidindo por si sem deixar espaço ao debate. Houve conseqüências evidentes de repercussão no parlamento, isso, contudo, é mais um nexos causal de cobrança através daqueles elementos que recaiu também nesta esfera.

Há diálogo, não o nego. Apesar disso, segundo nossa ótica gradualista de enxergar quais os parâmetros de um diálogo inter-institucional, há um diálogo monossilábico, diria, não mais que esforços

³⁸ Jornal “Valor Econômico”, edição de 09.06.2008.

³⁹ A decisão acabou gerando mais uma crise entre os poderes. A suposta demora da Câmara em declarar a vacância de um dos cargos após determinação do TSE, fez com que seu Presidente Arlindo Chinaglia (PT-SP) rebatesse as críticas do Presidente do TSE, Ayres Britto e acusasse o Judiciário de reter processos sem deliberar, postergando o fornecimento de uma resposta. (www.folha.uol.com.br)

comuns dos mecanismos de *checks and balances*. Ou seja, a interação que se dá extravasa raramente o controle de um poder sobre o outro, funcionando mais como uma decorrência lógica. Falta ao ministros (e aqui volto-me apenas ao STF) a noção de que fazem parte de uma rodada procedimental, de que podem ser chamados a decidir novamente ou de que podem ter sua escolha reprimida pelo legislativo e mais ainda de que uma possível confirmação parlamentar desta escolha não é mero acatamento do que propugnaram e sim uma outra possibilidade dentro das etapas do 'jogo' estrutural. Falta, acima de tudo, a noção de que estão num processo contínuo e esta compreensão seria um ganho imenso para enriquecer este contato como troca de influências recíprocas e, conseqüentemente, um ganho imenso para a democracia.

Bibliografia

ACKERMAN, Bruce, *The new separation of powers*, Harvard Law Review (113), 2000.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira, *O direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 33ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Conrado Hübner, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, tese de doutorado apresentada ao departamento de ciência política da FFLCH-USP, 2008.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Mariana Ferreira Cardoso da, *O STF como instituição contra-majoritária: uma análise empírica de decisões de direito eleitoral*, monografia da Escola de Formação, 2007.

TATE, C. Neal & VALLINDER, Tobjörn, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995.

Sites:

http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm

<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL152095-5601,00-SENADO+APROVA+FIDELIDADE+PARTIDARIA+MAS+A+PARTIR+DE.html>

http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/Consulta.asp?Tipo_Cons=6&Flag=1&RAD_TIP=OUTROS&SEL_TIP_MATE=PEC&TXT_NUM=23&TXT_ANO=2007

<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

<http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/legitimidade-democrtica-do-stf-se-d.html>

<http://www.valoronline.com.br>

<http://www2.camara.gov.br/>

Acórdãos:

- MS 26602
- MS 26603
- MS 26604
- MS 20927