AS DISTORÇÕES DO SISTEMA ELEITORAL E PARTIDÁRIO BRASILEIRO E O ATIVISMO PRATICADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: UMA ANÁLISE DO CASO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Para compreender o instituto da fidelidade partidária e da perda do mandato eletivo na Resolução 22.610/07 editada pelo TSE, é preciso fazer uma retrospectiva de sua instituição, a partir da EC-01/69 e de sua revogação pela EC-25/85, que persistiu com a vigência da CRFB de 1988. Também é necessário identificar os problemas do sistema partidário e eleitoral brasileiro, especialmente os que estão relacionados à infidelidade partidária e que contribuem para a sua persistência no cenário político. Além disso, devem ser analisados os efeitos positivos da instituição da fidelidade partidária, com a perda do mandato eletivo na relação entre o parlamentar eleito e o partido político, e entre aquele e o eleitor.

Posteriormente, será analisada a Consulta 1.398/07, editada pelo TSE, que sedimentou o entendimento de que o mandato eletivo no sistema proporcional pertence aos partidos políticos e não ao parlamentar eleito, o que lhes conferiu o direito de preservar a vaga em caso de migração interpartidária ou de cancelamento de filiação. Apesar de se entender que a mencionada Resolução apresenta várias inconstitucionalidades, ela foi declarada constitucional pelo STF no julgamento da ADI 3999-7/DF, consagrando-se o entendimento de que a infidelidade partidária gera a imediata perda do mandato eletivo. Neste sentido foi editada a Resolução 22.610/07, que regulamentou o instituto da fidelidade partidária com a sanção da perda do mandato e também regulamentou o processo de desfiliação partidária por justa causa.

Ao final do capítulo serão discutidas as implicações da condução de uma espécie de reforma eleitoral informal pelo TSE, que caracteriza a prática de um “ativismo de caráter jurisdicional” (SILVA, *et al.*, 2009, p. 2), destinado a invadir a esfera de competência do Poder Legislativo para suprir as suas omissões, no caso, com a reintrodução do instituto da fidelidade partidária no ordenamento jurídico. Também será objeto de análise o desempenho da função de guardião da

Constituição do STF no julgamento da ADI-3.999-7/DF, que declarou a constitucionalidade da Resolução 22.610/07, legitimando o ativismo judicial e contribuindo para a ruptura do diálogo institucional material com o Poder Legislativo, o qual poderia ser viabilizado pela adoção da teoria de autocontenção judicial proposta por Sunstein.

4.1

A fidelidade partidária no regime ditatorial, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na Resolução 22.610/07

Para refletir sobre o tratamento dado à fidelidade partidária, é necessário fazer uma análise da evolução histórica do sistema partidário brasileiro no período da ditadura militar, no período posterior à redemocratização, e a partir da vigência da CRFB de 1988. Observa-se que o baixo nível de fidelidade partidária está relacionado com a prática da migração interpartidária, que, por ter alcançado um patamar endêmico, passou a caracterizar a experiência partidária brasileira.

A partir da promulgação do Ato Institucional n. 2, de 1965, determinou-se a extinção de todos os treze partidos políticos que haviam florescido durante o período democrático iniciado em 1945. O objetivo era exercer o controle da representação política no país. Numa primeira fase do sistema partidário brasileiro, observou-se a criação de apenas duas associações políticas, O MDB (Movimento Democrata Brasileiro), teoricamente oposicionista já que atuava a partir de limites estabelecidos pelos generais que tomaram o poder, e a ARENA (Aliança Renovadora Nacional), situacionista, pois sustentava as bases do regime militar. O bipartidarismo se configurou como mais um artifício utilizado para imprimir feições democráticas ao regime autoritário, especialmente pela admissão formal de uma suposta associação política oposicionista. A Lei Orgânica dos Partidos Políticos (4.740/1965), aprovada anteriormente ao Ato Institucional n. 2, era tão rigorosa em relação à possibilidade de criação de novos partidos políticos que a única opção foi a adoção do bipartidarismo. Aos demais grupos políticos restou optar pela clandestinidade.

A Constituição de 1967 manteve o bipartidarismo já consagrado pela Lei 4.740/65, mas não abordou o tema da fidelidade partidária de forma explícita. Apenas consagrou a disciplina partidária no art. 149, inciso V e a proibição das

coligações partidárias no inciso VII, ao tratar sobre a organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos¹.

A EC-01/69 tratou explicitamente da fidelidade partidária, sancionando a sua violação com a perda do mandato parlamentar para o candidato eleito que se opusesse às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou que migrasse do partido pelo qual foi eleito². A aplicação de uma sanção à infidelidade partidária durante o regime militar indica que a instituição da fidelidade partidária não se deu “pela existência de uma cláusula de caráter impeditivo na legislação, mas por serem poucos, no contexto político-institucional de então, os incentivos à ‘infidelidade.’” (MELO, 2004, p. 47). Na verdade, o sistema partidário ainda vivia sob o rigor do regime ditatorial, apesar de se afirmar democrático:

[...] o espírito de obediência passiva e resignada à usurpação do poder invadira todas as instituições da república e mantinha abertas as duas Casas do Congresso, onde se elegia tranquilamente, pelas vias indiretas, a dinastia presidencial dos generais que se sucediam no exercício da suprema magistratura da Nação. (BONAVIDES, 1996, p. 33).

Em 1978, a Emenda Constitucional n. 11 deu nova redação ao § 5º do Art. 152 da Constituição de 1967-69, ao estabelecer a isenção da penalidade de perda do mandato político para a hipótese de o parlamentar participar como fundador da constituição de novo partido político³.

¹“Art. 149 - A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: I - regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de Partidos e na garantia dos direitos e garantias fundamentais do homem; II - personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos; III - atuação permanente, dentro de programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, e sem vinculação, de qualquer natureza, com a ação de Governos, entidades ou Partidos estrangeiros; IV - fiscalização financeira; V - disciplina partidária; VI - âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos Diretórios locais; VII - exigência de dez por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de Deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de Senadores; VIII - proibição de coligações partidárias.” BRASIL. Constituição (1967). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 13 ago. 2010.

² “Art. 152. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais, quem por atitude ou pelo voto se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito.” BRASIL. Constituição (1967). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 13 ago. 2010).

³ Nova redação do § 5º do Art. 152, dada pela EC-11/78: “A organização e o funcionamento dos partidos políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal. (...).

A abertura política, iniciada em 1979, e a promulgação da Lei n. 6.767/79 propiciaram o restabelecimento do pluripartidarismo, pondo fim ao bipartidarismo vigente na época da ditadura militar entre a ARENA e o MDB. Inicialmente, a ARENA vinha conquistando a maioria de votos nas eleições em relação ao MDB, mas, a partir de 1974, a situação se inverteu. O MDB começou a ganhar força no cenário político nacional, pois contava com um apoio popular massivo, facilitado por um cenário político mais liberalizante, em que já se vislumbrava o processo de redemocratização.

Com a reforma eleitoral de 1979, instituiu-se uma maior liberdade política para a criação de novos partidos⁴, com o restabelecimento do pluripartidarismo. O pluripartidarismo foi instituído a fim de que novos partidos pudessem fragmentar a oposição. Isso se evidencia pela criação de cinco novos partidos a partir da dissolução do MDB: o PMDB, o PP, o PDT, o PTB e o PT. Todavia, a formação dos partidos que surgiram neste contexto reformista é caracterizada pela “instabilidade, fragilidade e elitismo.” (BOSCHI, DINIZ, 1989, p. 46), pois

[...] os partidos sofrem de uma instabilidade congênita. [...] Foram criados de cima para baixo, sofrendo forte influência estatal e sendo submetidos a uma constante instrumentalização, refletindo antes decisões das elites políticas tendo em vista acomodar os conflitos internos e criar bases de sustentação, [...] em total dissociação com relação à arregimentação de grupos sociais específicos (BOSCHI, DINIZ, 1989, p. 46).

§ 5º - Perderá o mandato no senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja rege for eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo partido.” (BRASIL. Constituição - 1967-69. Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978. Altera dispositivos da Constituição Federal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 13 ago. 2010.

⁴ Com a dissolução da ARENA, o partido da situação, os seus ex-integrantes constituíram o PDS (Partido Democrático Social). Alguns de seus integrantes abandonaram-no para formar o PFL (Partido da Frente Liberal), que atualmente se denomina DEM (Democratas). Posteriormente o PDS fez duas mudanças sucessivas de nome, passando a se denominar, respectivamente, PPR (Partido Progressista Renovador) e PPB (Partido Popular Brasileiro), que se pretendia de centro-esquerda, mas logo se dissolveu. O ex-PPB atualmente se denomina PP (Partido Progressista). Do MDB, partido da oposição, nasceu o PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro) e, posteriormente, o PSDB (Partido Social-Democrático Brasileiro). O PTB (Partido Trabalhista Brasileiro) foi reativado e o PDT (Partido Democrático Trabalhista) fundado a partir de uma cisão interna. O PT (Partido dos Trabalhadores), de tendência esquerdista, foi fundado a partir da organização de movimentos sociais, sobretudo do movimento sindical paulistano.

Na verdade, a abertura política de 1979 foi uma estratégia de controle político do governo militar para permanecer no poder e obter maior governabilidade. Pretendia promover a transição para o regime democrático a partir da instituição de medidas de cunho liberalizante:

[...] a [política] de "abertura" compreendia uma série de fases de liberalização, planejadas e cuidadosamente controladas pelos estrategistas políticos do Estado. Seria aberto um espaço político suficiente para conter a oposição de elite, na esperança de obter para o Estado de Segurança Nacional maior estabilidade e apoio. Por outro lado, os parâmetros da "democracia forte" eram definidos de modo a limitar a participação de setores da população até então excluídos e permitir que o Estado determine qual é a oposição aceitável, e qual é intolerável. (ALVES, 1984, p. 225).

O que se constatou no plano fático é que, nas eleições de 1982, ainda “vigia um bipartidarismo, entre o PMDB⁵ e PDS⁶, já que emergiram da eleição [de 1982] com 90% das cadeiras na Câmara e 97% no Senado.” (MELO, 2004, p. 37).

Apenas na eleição indireta para a presidência da república de 1984, que marcou a transição do governo militar para o governo civil com a assunção do Vice-Presidente José Sarney, é que o sistema partidário brasileiro se tornou competitivo, tornando-se apto para institucionalizar uma democracia pluralista.

Após a redemocratização do país em 1985, também foi editada a Emenda Constitucional n. 25/85, que adotou várias medidas liberalizantes, dentre as quais se destacam a abolição do instituto da fidelidade partidária do ordenamento jurídico então vigente⁷, o restabelecimento das eleições diretas para a presidência

⁵ Em 1986 assistiu-se à derrocada do PMDB, que deixava de “ser o partido majoritário no interior de um sistema competitivo para se tornar um dos partidos mais indisciplinados, do qual se poderia esperar menos lealdade de seus parlamentares. O partido perdeu a sua coesão interna e deixou de atuar como agente estabilizador do sistema político, acarretando uma crise que teve reflexos em todo o sistema partidário.” (MELO, 2004, p. 38-40).

⁶ O PDS era o novo partido oficial do governo, mas se caracterizava como um partido de centro, cuja função era “ser o fiador do equilíbrio e da política moderada do regime” (MELO, 2004, p. 40), contribuindo para a sua estabilização. Mas, paulatinamente, ele foi perdendo esta capacidade e, em 1984, foi desmembrado. Isso deu origem à formação do PFL, cujos integrantes se aliaram ao PMDB para a formação da “Aliança Democrática”. Este foi um pacto político realizado pelos políticos de vários partidos, dentre os quais se destacam a agremiação da Frente Liberal e o PMDB, na tentativa de vencer a eleição indireta para a Presidência da República em 1985. O pacto resultou na eleição de Tancredo Neves para a Presidência da República e de José Sarney para a Vice-Presidência.

⁷ A nova redação dada ao Art. 152 foi a seguinte: “Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios: I - é assegurado ao cidadão o direito de associar-se livremente a Partido

da república e a suspensão de quase todas as restrições para a formação de novos de partidos políticos⁸. A partir de então, quase oitenta partidos já participavam das eleições. Daí por diante, houve várias cisões e fusões partidárias que contribuíram para a formação de vários partidos políticos, dentre os quais se destaca o PSDB, criado em 1988.

A partir desse processo de “instabilidade política e acomodação das elites partidárias no Congresso” (MELO, 2004, p. 42) é que a migração partidária ganhou maior intensidade. Logo, um dos fatores relevantes para a migração interpartidária foi a repentina instituição do pluripartidarismo, que não teve condições de se consolidar e permitir “a formação de uma identidade partidária do eleitorado para com os partidos políticos [...] e de uma identidade ideológica entre os parlamentares e os próprios partidos.” (MELO, 2004, p. 43). Durante esse período, a migração partidária ocorreu como uma consequência do contexto de crise político-partidária e não por guardar qualquer relação com quaisquer finalidades eleitoreiras.

Ocorre que a liberdade para a migração interpartidária, viabilizada desde a edição da EC-25/85, trouxe reflexos negativos para a instituição de um sistema partidário forte. Os legisladores não foram capazes de prever “com que frequência ela seria utilizada posteriormente” (MELO, 2004, p. 48), isto é, não foram capazes de vislumbrar que ela poderia alcançar um patamar endêmico.

Político; II - é vedada a utilização pelos Partidos Políticos de organização paramilitar; III - é proibida a subordinação dos Partidos Políticos a entidade ou governo estrangeiros; IV - o Partido Político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus Estatutos no Tribunal Superior Eleitoral; V - a atuação dos Partidos Políticos deverá ser permanente e de âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos estaduais e municipais.

§ 1º Não terá direito a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o Partido que não obtiver o apoio, expresso em votos, de 3% (três por cento) do eleitorado, apurados em eleição geral para a Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, 5 (cinco) Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) do eleitorado de cada um deles.

§ 2º Os eleitos por Partidos que não obtiverem os percentuais exigidos pelo parágrafo anterior terão seus mandatos preservados, desde que optem, no prazo de 60 (sessenta) dias, por qualquer dos Partidos remanescentes.

§ 3º Resguardados os princípios previstos no “caput” e itens deste artigo, lei federal estabelecerá normas sobre a criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização financeira dos Partidos Políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento.” (BRASIL, Constituição - 1969. Emenda Constitucional n. 25, de 17 de maio de 1985. Altera dispositivos da Constituição Federal e estabelece outras normas constitucionais de caráter transitório). Disponível em: <Brasil: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1980-1987/emendaconstitucional-25-15-maio-1985-364956-publicacao-1-pl.html>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

⁸ Conforme destaca Melo (2007, p. 14): “Em 1985, inicia-se a segunda fase do sistema partidário brasileiro, com o surgimento de uma terceira força, o PFL (Partido da Frente Liberal, atual DEM). Em 1988, os membros do PMDB adeptos do parlamentarismo criaram o PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira) e, em 1990, já na terceira fase, o prefixo *multi* nunca fez tanto sentido em ‘multipartidarismo’.”

Com a vigência da Lei 8.713/93, “a concessão de registro provisório, permitindo que os partidos políticos concorressem às eleições na Câmara dos Deputados, aliada à liberação dos partidos comunistas desde 1985” (MELO, 2004, p. 49), acarretou o surgimento de novas siglas, permitindo, inclusive, que partidos inexpressivos chegassem ao poder⁹. A Lei 7454/85 restabeleceu a possibilidade de realização de coligações partidárias para as eleições proporcionais, o que aumentou o número de partidos com representatividade no Congresso, especialmente aqueles partidos pequenos interessados em conquistar alguma cadeira disponível a partir das sobras eleitorais¹⁰.

Nesse período, observou-se, também, uma intensa migração interpartidária, que viabilizou, inclusive, o acesso ao poder de partidos com menor expressão política. O resultado foi que, entre 1985 e 1988, registrou-se “nada menos do que 686 deputados, entre titulares e suplentes, apenas na Câmara, mudaram de partido.” (MELO, 2000, p. 2). Nessa fase, a migração partidária “passou a assumir um caráter de uma movimentação desencadeada estritamente pelo cálculo individual, com vistas à sobrevivência política.” (MELO, 2004, p. 64).

Com a vigência da CRFB de 1988, o art. 17, § 2º, conferiu aos partidos políticos a natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado, pondo fim à polêmica anteriormente existente sobre a sua natureza jurídica¹¹. A perda do

⁹ Há vários exemplos que demonstram a explosão de siglas partidárias, dentre os quais destaca MELO (2004, p. 49): “Houve uma explosão de siglas partidárias, a saber: PDC (Partido Democrata Cristão) criado em 1985, que se fundiu ao PDS em 1993; o PTR (Partido Trabalhista Renovador) em 1988, que resultou por fusão no surgimento do PP (Partido Progressista). Em 1994, este se fundiu ao PPR (Partido Progressista Brasileiro), originando o PPB (Partido Progressista Brasileiro).”

¹⁰ “O quociente eleitoral, nos termos do art. 106 da Lei 4.737/65, é calculado a partir da divisão dos votos válidos pelo número de vagas em disputa em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior. Após isso, calcula-se quociente partidário, dividindo-se o número de votos sufragados para cada partido ou coligação (somados os votos de todos os seus candidatos e os votos de legenda) pelo coeficiente eleitoral, para se estabelecer o número de vagas em disputa que caberá a cada partido, nos termos do art. 107 da Lei 4.737/65. Como esta divisão quase nunca resulta num número inteiro, a parte fracionária indica que ainda existem vagas a serem preenchidas. Estas vagas restantes indicam as sobras, que devem ser preenchidas a partir da divisão do coeficiente eleitoral pelo quociente partidário obtido por cada partido ou coligação mais um, concedendo-se a vaga remanescente ao partido ou coligação que obtiver a maior média. Os partidos que não atingirem o quociente eleitoral não podem participar da distribuição das sobras.” (BARREIROS NETO, 2008, p. 2-3). Disponível em: <http://www.faculdadebaianadedireito.com/i/f/%7B030CF9F1-56E0-4DDB-9F56-2E32B241C373%7D_fidelidade.doc> . Acesso em: 19 ago. 2010).

¹¹ Conforme aponta Mezzaroba anteriormente a vigência da CRFB de 1988 e da Lei 9096/95 havia três posições doutrinárias: “a que considera o partido político como órgão do Estado, ou órgão institucionalizado pela Constituição, considerando-o, portanto, como pessoa jurídica de Direito

mandato por infidelidade partidária, tal como prevista na Emenda Constitucional n. 1/69, não foi contemplada pela CRFB de 1988. O único impedimento para a mudança de partido ocorre durante o prazo estabelecido para filiação partidária, que exige do candidato interessado em concorrer ao pleito eleitoral pelo partido de sua escolha a filiação no prazo de um ano antes da data fixada para as eleições. Apesar da obrigatoriedade de tal vinculação, assim que o parlamentar é empossado no cargo para o qual foi eleito, é que geralmente se verifica a ocorrência da migração partidária.

A CRFB de 1988 apenas consagrou, em seu art. 17, § 1º o princípio da autonomia partidária, que confere aos partidos políticos a liberdade para definir o seu funcionamento, a sua estrutura interna e organização. Dentre tais objetivos estatutários se destaca o dever de incorporar normas de fidelidade e disciplina partidárias¹²:

No momento, a Lei Maior exige simplesmente que os estatutos incorporem normas de fidelidade e disciplina partidárias, o que, necessariamente, envolve a outorga de uma certa margem discricionária para que os artigos regulem esses institutos com maior ou menor rigor. (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 613).

Trata-se de matéria *interna corporis*, de iniciativa dos próprios partidos políticos, como garantia de aplicação do princípio da autonomia partidária, estando vedada a intervenção estatal sobre quaisquer das disposições estatutárias.

A partir de 1991, a migração partidária alcançou um padrão voltado para “uma lógica interna à competição política eleitoral” (MELO, 2004, p. 68) - que ocorreu, primeiramente, entre os parlamentares da elite partidária e, mais tarde, entre aqueles com menor expressão política.

Nas três primeiras legislaturas da década, e de forma ainda mais evidente nas duas últimas, a movimentação dos deputados entre as legendas é intensa logo no primeiro ano de mandato, refluí durante o segundo, para crescer novamente no terceiro. O fato é que a instabilidade das bancadas na Câmara dos Deputados

Público Interno; a que considera o partido político como associação de Direito Privado, isto é, como simples associação de indivíduos, com objeto lícito e possível, que exerce função pública de relevância constitucional e democrática, cuja atividade é um exercício privado de funções públicas; e a que não considera o partido como órgão de Estado, ainda que eventualmente possa ser dotado de personalidade jurídica de Direito Público.” (MEZZAROBA, 2008, p. 41).

¹² O instituto da disciplina partidária requer que “todos os filiados respeitem os princípios, o programa, e os objetivos da organização partidária. [...] O faltoso poderá sofrer penalidades como: advertência, suspensão, destituição do exercício de funções em órgãos do Partido ou até expulsão do filiado” (MEZZAROBA, 2004, p. 279). A aplicação de tais penalidades independe dos filiados exercerem mandato eletivo.

aumenta nos momentos em que o deputado necessita de fazer opções importantes para a sua carreira política. (MELO, 2004, p. 68).

Porém,, após esta acomodação política o fenômeno se torna “endêmico e expressa o resultado agregado de estratégias traçadas individualmente pelos deputados, com vistas à obtenção de recursos junto a partidos que possam lhes garantir a sobrevivência política.” (MELO, 2004, p. 64).

O Supremo Tribunal Federal, desde 1989, havia consolidado o entendimento de que a infidelidade partidária não poderia ser sancionada com a perda do mandato político, por ocasião do julgamento do mandado de segurança de n. 20.927¹³, da relatoria do Min. Moreira Alves. O STF se manifestou contrariamente à aplicação do instituto, sob o fundamento de que o novo texto constitucional não adotou expressamente o princípio da fidelidade partidária, já que a perda do mandato eletivo não foi vinculada à prática de atos de infidelidade partidária no art. 55 da CRFB de 1988¹⁴. Este posicionamento foi corroborado pela Resolução 15.135 do TSE:

Inexistente no nosso ordenamento jurídico a perda de mandato por infidelidade partidária, não mais decorrem quaisquer prejuízos, muito menos para o filiado que, detentor de cargo eletivo, deixa o Partido sob cuja legenda foi eleito a fim de transferir-se para outro. (TSE, Resolução 15.135¹⁵).

De acordo com tal interpretação, o “mandato político está vinculado ao representante, e, portanto, o instituto da fidelidade partidária só pode ser aplicado

¹³ STF, Mandado de Segurança n. 20.927/DF, Min. Rel. Moreira Alves, julgado em 11/10/1989, publicado no DJ em 15/04/1994, p. 08091. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 ago. 2010.

¹⁴ “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.” (BRASIL. Constituição - 1988. Publicada em 10 de outubro de 1988, no Diário Oficial da União, p.1). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 ago. 2010.

¹⁵A Resolução 15.090/DF, de 2/3/1989 decorrente da Consulta n. 9.914, também adotou o entendimento de que o rol do Art. 55 da CRFB de 1988 é exaustivo, de forma que a infidelidade partidária não pode ser sancionada com a perda do mandato político. Resolução 15090/DF. Min. José Francisco Rezek, publicada no Diário de Justiça em 14/07/1989, p. 12106. Disponível em: <www.tse.gov.br>. Acesso em: 13 ago. 2010. Os Ministros do TSE, no julgamento do Resp. 8.535/MS em 3/4/1990, também se posicionaram no mesmo sentido. TSE, Resp. 8.535/MS, Min. Relator Sérgio de Oliveira Borja, julgado em 03/04/1990, publicado no Diário da Justiça em 15/05/1990, p.1. 1. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 ago. 2010.

pelos partidos de forma limitada, já que o representante só poderá ser punido, com no máximo, a expulsão da agremiação.” (MEZZARROBA, 2008, p. 54-55). De acordo com o art. 23 da Lei 9.096/95¹⁶, a prática de infidelidade partidária “deve ser apurada e punida pelo órgão competente, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido.” Somente por meio de uma Emenda Constitucional a redação dada ao art. 55 da CRFB de 1988 poderá ser alterada, com a inclusão da hipótese de perda de mandato eletivo pela prática de atos de infidelidade partidária.

Diante do diagnóstico endêmico, caracterizado pela prática corriqueira de atos de infidelidade partidária¹⁷, houve necessidade de coibi-la com o intuito de moralizar a vida partidária, abandonando-se tal interpretação a partir da resposta dada pelo TSE à Consulta n. 1.398/07, formulada pelo então Partido da Frente Liberal (atual DEM), que indagou

[...] se os partidos e coligações teriam 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. (TSE, Consulta 1.398/07¹⁸).

Segundo o Min. relator da consulta, Celso Asfor Rocha, o mandato político pertence ao partido ou à legenda pela qual o parlamentar se elegeu. Respondendo afirmativamente à consulta, o Min. fundamentou o seu posicionamento no fato de o art. 14, § 3º, V, da CRFB de 1988, prever que a filiação partidária é condição de elegibilidade do cidadão, e que “o candidato não existe fora do Partido Político, pois nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária e que o próprio art. 17, da CRFB de 1988, assegura que os partidos estabeleçam normas

¹⁶ BRASIL. Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Publicada no Diário Oficial da União em 20 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm>. Acesso em: 13 ago. 2010.

¹⁷ Constatou-se que, “na 51ª legislatura, ocorrida no período entre 1999 a 2003, na Câmara dos Deputados, houve uma migração partidária bastante expressiva, já que cerca de 30% dos deputados federais trocaram de legenda pelo menos uma vez, no primeiro e no terceiro ano da legislatura.” (MELO, 2004, p. 35). Vale dizer que, dos 513 deputados eleitos, 153 migraram do partido ou da legenda pelos quais foram eleitos.

¹⁸ TSE. Consulta 1.398/07 deu origem à Resolução 22.526/07. Relator da Consulta Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, assim ementada: “Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa” TSE. Consulta 1398/07. Relator Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, sessão de julgamento realizada em 27/03/07, publicada no Diário de Justiça, vol. 1, de 8 de maio de 2007, p. 143. Disponível em: <www.tse.gov.br>. Acesso em: 19 ago. 2010.

de fidelidade e disciplina¹⁹.” Esse posicionamento defende que, no sistema eleitoral proporcional, os mandatos obtidos para eleição de deputados federais, estaduais, distritais e vereadores pertencem à coligação ou ao partido político do qual o parlamentar eleito se originou²⁰. O partido detém legitimidade ativa para demandar perante a Justiça Eleitoral ação constitutiva, para que seja decretada a perda do mandato eletivo e a conseqüente retomada da cadeira parlamentar.

Sob esta ótica, valoriza-se o caráter eminentemente partidário do sistema eleitoral proporcional, essencial para a democracia representativa. O partido político é uma organização associativa permanente e estável, com ideologia e programa próprios, atua como intermediária da formação da vontade política do povo, pela conquista do poder político, seja pela ocupação efetiva de cargos, seja pela capacidade de influenciar a tomada de decisões. Tal entendimento pressupõe o seguinte:

[...] o vínculo entre o candidato e o partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, senão o único elemento de sua identidade política. [...] não importando, nesse caso, que se o êxito eleitoral dependeu ou não dos votos destinados unicamente à legenda ou do aproveitamento dos votos destinados às chamadas sobras partidárias. (TSE, Consulta 1.398/07²¹).

De acordo com o entendimento do Min. Relator, a perda do mandato político por desfiliação partidária sem justa causa não representa uma sanção ao trânsfuga, pois tal prática não tem natureza jurídica de ato ilícito, mas sim de garantia à representatividade partidária, porque:

[...] a permanência da vaga obtida proporcional na titularidade do Partido Político, sob cujo pálio o candidato migrante para outro grêmio se elegeu, não é de ser confundida com qualquer espécie de sanção a este, pois a mudança de partido não é ato ilícito, podendo o cidadão filiar-se e desfiliar-se à vontade, mas sem que isso

¹⁹ Transcrição parcial do voto do Min. Relator Francisco Cesar Asfor Rocha na Consulta n. 1.398/07 do TSE. Disponível em: < www.tse.gov.br>. Acesso em: 19 ago. 2010

²⁰ Posteriormente à Consulta n. 1.398/07, foi editada a Consulta n. 1.407/07 pelo TSE, na qual se indagou 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” TSE. Consulta n.1407, Min. Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, publicada no Diário da Justiça em 28/12/2007, p.1. Disponível em: < www.ste.gov.br>. Acesso em: 19 ago. 2010. A resposta foi afirmativa e se estendeu à fidelidade partidária para os cargos majoritários de senadores, de prefeitos, de governadores e do presidente da República.

²¹ Transcrição parcial de trecho do voto do Min. Relator Francisco Cesar Asfor Rocha, exarado na Consulta n. 1.398/07 do TSE. Disponível em: <www.tse.gov.br>. Acesso em: 13 de ago. 2010.

possa representar subtração à bancada parlamentar do Partido Político que o abrigou na disputa eleitoral. (TSE, Consulta n. 1.398/07²²).

Todavia, não há como deixar de se reconhecer que a perda do mandato eletivo constitui uma sanção decorrente da prática de um ato ilícito, pois evidentemente, o abandono da legenda ou da coligação acarreta uma subtração à bancada parlamentar. Há uma diminuição da representação parlamentar do partido ou da coligação partidária pela qual o migrante se elegeu. Ademais, a própria Resolução n. 22.610/07 faz menção expressa às hipóteses de desfiliação partidária por justa causa, o que indica que a desfiliação partidária sem justa causa representa um ato ilícito.

O STF, em razão do ajuizamento de três mandados de segurança (26.602/DF, 26.603 e 26.604/DF²³) no ano de 2007, por maioria dos votos de seus Ministros, reconheceu a constitucionalidade da Consulta n. 1.398/07 editada pelo TSE. Em razão disso, o TSE resolveu editar a Resolução n. 22.610/07, para instituir a perda de mandato político por desfiliação partidária por justa causa em relação ao sistema proporcional e ao majoritário, bem como para regulamentar o processo de justificação de abandono de sigla partidária²⁴, por justa causa.

Assim, por meio da edição da Consulta n. 1.398/07 e da Resolução 22.610/07, o TSE realizou uma espécie de reforma eleitoral, revigorando o instituto da fidelidade partidária vigente no tempo da EC-01/69. Conforme já asseverado acima, anteriormente à adoção deste novo posicionamento sobre a interpretação do princípio da fidelidade partidária na CRFB de 1988, o TSE e o STF consideravam indispensável incluir a prática de atos de infidelidade partidária no rol do art. 55 da CRFB de 1988, para que ela pudesse ser sancionada com a perda do mandato eletivo. Ademais, tal inclusão deveria ser feita por meio de uma Emenda Constitucional, em obediência ao princípio da separação de

²² Transcrição parcial de trecho do voto do Min. Relator Francisco Cesar Asfor Rocha, exarado na Consulta n. 1.398/07 do TSE. Disponível em: <www.tse.gov.br>. Acesso em: 13 de ago. 2010.

²³ No julgamento dos referidos mandados de segurança em 04/10/07, o STF entendeu que os mandatos políticos pertencem aos partidos ou às coligações pelos quais os parlamentares se elegeram, à exceção de alteração substancial no ideário programático.

²⁴ TSE. Resolução 22.610/07. Ministro Relator da Resolução Cezar Peluso. Sessão realizada em 25/10/2007. Publicada no Diário da Justiça em 30/10/2007, p. 169. Republicada por determinação do art. 2º da Resolução n. 22.733, de 11 de março de 2008. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2010.

poderes, para evitar que “o Judiciário se incursione de forma insidiosa sobre o núcleo essencial de funções atribuídas ao Legislativo.” (RAMOS, 2010, p. 117).

Contudo, após a edição da Resolução 22.610/07, constatou-se uma mudança radical de orientação dos referidos Tribunais superiores em relação a este posicionamento. Com efeito, a introdução de uma perspectiva neoconstitucionalista - que atribui força normativa aos princípios constitucionais, que passaram a ocupar o centro do ordenamento jurídico - permitiu a adoção de uma interpretação ampliativa do texto constitucional, sob o ponto de vista de uma hermenêutica voltada para indicar a interpretação conforme a Constituição²⁵. Assim, os juízes no exercício da função jurisdicional, não estariam mais vinculados à interpretação estrita do texto constitucional. Poderiam, inclusive, atuar de forma ativista para atualizar o seu sentido, pressupondo-se que essa interpretação não viola a expressamente literalidade do texto normativo e não promove uma alteração radical da vontade do Poder Constituinte originário.

4.2

As distorções do sistema eleitoral e partidário brasileiro: os sistemas eleitorais, o sistema de lista fechada e lista aberta, a desproporcionalidade da representação partidária e a infidelidade partidária

A democracia representativa²⁶ exprime a “participação popular indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo.” (SILVA, 2009, p. 137). Os

²⁵ Ver nota de rodapé n. 23.

²⁶ Nas democracias de partido e sufrágio universal, como é o caso brasileiro, a democracia representativa designa, de um modo geral, a deliberação de decisões coletivas por meio de representantes eleitos pelos cidadãos para o exercício do poder político em seu nome. Por isto, o mandato político constitui o principal elemento da democracia representativa e é regido pelos princípios da representação e da autoridade legítima, conforme destaca Silva (2009): “O primeiro significa que o poder, que reside no povo, é exercido em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos, pois uma das características do mandato é ser temporário. [...] O segundo consiste em que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real e própria, adquire condições de manifestar-se e decidir, porque é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou, por outras palavras, o poder se impõe.” (SILVA, 2009, p. 138 e 368).

sistemas eleitorais são responsáveis pela organização da representação política no território nacional, por meio de “técnicas consistentes na divisão do território em distritos ou circunscrições eleitorais, métodos de emissão do voto, os procedimentos de apresentação de candidatos e de designação de eleitos conforme os votos emitidos.” (BOBBIO, 2000, p. 369). A conjugação do sistema eleitoral com o sistema partidário resulta na formação de “mecanismos de coordenação, organização, instrumentalização e expressão da vontade popular na escolha dos governantes.” (BOBBIO, 2000, p.369). Os sistemas eleitorais podem ser classificados de acordo com o princípio majoritário e o princípio proporcional. Ambos foram adotados no Brasil, e indaga-se, atualmente, sobre a viabilidade de serem combinados a outros fatores, permitindo-se a formação de sistemas mistos²⁷. O princípio majoritário leva em consideração a vontade da maioria dos eleitores para justificar a atribuição de cadeiras parlamentares. Quer dizer, apenas o candidato que obtiver a maioria (absoluta ou relativa²⁸) dos votos válidos²⁹ será

²⁷ A experiência do voto distrital misto já foi adotada no Brasil, durante o Império e na República Velha, mas foi pouco utilizada. Há várias propostas em discussão no Congresso, defendendo sua adoção entre as medidas necessárias para a realização da reforma eleitoral no país. Ele se caracteriza pela conjugação do voto distrital puro com o sistema de representação proporcional. Metade dos parlamentares é eleita pelos distritos eleitorais e, a outra metade, pelo sistema proporcional. O Estado é dividido em distritos eleitorais: regiões com aproximadamente a mesma população. Cada distrito elege um parlamentar e, assim, completam-se as vagas no Parlamento e nas Assembleias Legislativas. Dentro do sistema de voto distrital, a eleição é feita pelo processo de maioria absoluta, pode haver vários candidatos no Distrito e será eleito o mais votado.

²⁸ No Brasil, exige-se a maioria absoluta dos votos válidos, excluídos os votos brancos e nulos para a eleição do presidente da República, dos governadores dos estados, do Distrito Federal e dos prefeitos dos municípios com mais de 200.000 eleitores. Caso nenhum candidato alcance a maioria absoluta dos votos na primeira votação, realiza-se um segundo turno entre os dois mais votados no primeiro. Para a eleição dos senadores da República e dos prefeitos dos municípios com menos de 200.000 eleitores, exige-se apenas a maioria relativa dos votos. Não há possibilidade de segundo turno. (cf. Lei 9.504/97, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, publicada no Diário Oficial da União, em 1º de setembro de 1997). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 26 de ago. 2010).

²⁹ Votos válidos são aqueles conferidos a todos os candidatos, excluindo-se apenas os votos nulos e brancos, nos termos do art. 77, §2º da CRFB de 1988 e dos Arts. 2º e 3º da Lei 9504/97:

“Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. § 2º - Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.” (BRASIL, Constituição - 1988. Brasília. Publicada no Diário Oficial da União em 5 de out. 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2010.

“Art. 2º Será considerado eleito o candidato a Presidente ou a Governador que obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.”

Art. 3º. Será considerado eleito Prefeito o candidato que obtiver a maioria dos votos, não computados os em branco e os nulos.” (Lei 9.504/97, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, publicada no Diário Oficial da União em 1º de setembro de 1997).

eleito, com fito de garantir uma base sólida de governo. As principais vantagens desse sistema são as seguintes: facilitam a formação de maiorias decisórias, já que apenas os candidatos que compartilham das mesmas bases ideológicas são eleitos; e reduzem a fragmentação partidária³⁰, permitindo que apenas os partidos maiores obtenham os votos da maioria do eleitorado e conquistem o poder. Em decorrência de tais fatores, constata-se o aumento da representatividade parlamentar, pois o parlamentar é eleito por maioria de votos e não há disputa eleitoral entre os membros de um mesmo partido pela conquista de cadeiras parlamentares, como ocorre no sistema proporcional de lista aberta³¹.

No entanto, tal sistema também apresenta distorções negativas, dentre as quais se destacam a tendência à bipolarização³²; “a falta de representatividade de um candidato eleito, em relação à totalidade do eleitorado.” (BONAVIDES³³, 2009, p. 276); a redução da participação das minorias, já que o candidato eleito é o que obtém a preferência da maioria; a redução do pluralismo político, na medida em que o resultado das eleições não reflete a proporcionalidade da manifestação da vontade de todos os eleitores; e uma maior probabilidade de personalização da representação política - sobretudo se comparado ao sistema proporcional de lista aberta, em que essa possibilidade existe, mas com impacto bem menor.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 26 de ago. 2010.

³⁰ Para o sistema majoritário o número elevado de partidos dificulta a formação de governos estáveis. Normalmente esta se torna alcançável com a permanência de dois grandes partidos políticos na vida política, de forma que este sistema tende para o bipartidarismo.

³¹ No Brasil, permite-se a adoção da lista aberta em que os partidos apresentam os nomes dos candidatos e o eleitor pode votar, tanto no candidato individualmente (voto nominal) quanto na legenda, ao votar no conteúdo programático do partido. Essa escolha é feita sem que o partido pré-ordene a lista. A votação de cada candidato é que determina sua posição na lista de preferência. Já o voto de legenda é contado apenas para distribuir as cadeiras entre os partidos, mas não tem nenhum efeito na distribuição das cadeiras entre os candidatos. Ocorre que o sistema de lista aberta permite que todos os candidatos registrados, inclusive os correligionários de uma mesma legenda, concorram entre si na disputa pelas cadeiras. Considera-se vencedor aquele que obtiver o maior número de votos, o que acarreta uma disputa acirrada entre eles, e não ocorre no sistema majoritário.

³² A bipolarização ocorre com a centralização do sistema partidário em dois partidos, que disputam acirradamente pela conquista da identidade do eleitorado privilegiando as qualidades pessoais de cada candidato, em detrimento dos programas partidários. Segundo SILVA (1999, p. 136), “A bipolarização, em conjunto com a personalização das eleições, pode gerar campanhas eleitorais bastante estéreis, já que passaria a ser mais importante a imagem dos candidatos do que as idéias por eles defendidas.”

³³ O exemplo dado por BONAVIDES (2009, p. 249) esclarece a questão: “Suponhamos três candidatos numa circunscrição, onde o candidato A obteve 17.500 votos, o candidato B 17.000 votos e o candidato C 15.500 votos. Elegeu-se o candidato A, com pouco mais de um terço dos votos e a circunscrição de 50.000 eleitores será representada por um candidato vitorioso com apenas 17.500 votos daquele total. Veja-se, portanto, o paradoxo: cerca de dois terços do eleitorado posto à margem, com seus sufrágios reduzidos à impotência!”.

As propostas de reforma eleitoral em tramitação no Congresso Nacional não suscitaram alterações em relação ao sistema majoritário, mas tão somente em relação ao sistema proporcional, cujas distorções são graves e precisam ser corrigidas, ainda que de forma lenta por meio de uma reforma eleitoral pontual.

Já o sistema proporcional³⁴ se caracteriza pela distribuição de cadeiras no parlamento de forma proporcional ao total de votos válidos³⁵ recebidos pelo partido ou pela coligação partidária, garantindo-se que todas as correntes ideológicas tenham representação. O partido que não obtiver o número de votos que consubstanciam o quociente eleitoral³⁶ não poderá acessar as cadeiras.

As principais vantagens do sistema proporcional são as seguintes: o endosso ao pluralismo político (porque viabiliza a representação de todas as correntes ideológico-partidárias, permitindo uma deliberação mais qualificada do ponto de vista democrático e considerando que todo voto tem igual valor e uma distribuição mais das cadeiras em disputa); e a viabilidade de se garantir às minorias que elas serão representadas “em cada circunscrição na proporção exata dos votos obtidos (DURVERGER, 1985, p. 101), conforme destaca CINTRA (2007):

Como princípio de representação, o sistema proporcional considera que as eleições visam representar no Parlamento, na medida do possível todas as forças sociais e grupos políticos existentes na sociedade, na mesma proporção de seu respectivo apoio eleitoral. [...] O parlamento deve ser um mapa acurado das divisões e tendências da sociedade, reproduzindo-as sem seus tamanhos relativos. Para seus propugnadores, ele é mais justo, representativo e atende melhor ao imperativo democrático de dar voz às minorias, do que o princípio majoritário. (CINTRA, 2007, p. 130).

Tal sistema também apresenta distorções. Primeiramente se destaca o fato de o sistema proporcional de lista aberta³⁷ influenciar a estratégia eleitoral dos candidatos, por meio do incentivo ao voto personalizado. Embora o sistema proporcional tenha um caráter eminentemente partidário, “o sistema de lista aberta

³⁴ As eleições para o preenchimento das vagas de deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador, as cadeiras parlamentares serão distribuídas em proporção aos votos obtidos pelos partidos ou coligações partidárias. Para a composição da Câmara dos Deputados, o número de vagas pode variar de um mínimo de oito a um máximo de setenta para cada unidade da federação, numa relação vaga/habitante.

³⁵ No sistema de representação proporcional, conforme prescreve o Art. 5º da Lei 9.504/97, “contam-se como votos válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas.” (Lei 9504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para eleições. Publicada no Diário Oficial da União em 1º de outubro de 1997). Disponível em: <Brasil: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 27 ago. 2010.

³⁶ Ver nota de rodapé n. 114.

³⁷ Ver nota de rodapé n. 135.

incentiva o voto personalizado, pois, para se distinguir dos colegas de partido, ou dos atributos que são comuns a todos os membros do partido (reputação partidária)” (NICOLAU, 2006a, p. 698), utiliza-se da reputação pessoal. Assim, os partidos escolhem os candidatos que irão compor a lista, levando em consideração a reputação pessoal. Quer dizer, “o aumento das perspectivas de sucesso eleitoral como resultado de ser o candidato pessoalmente bem conhecido e apreciado pelo eleitor.” (NICOLAU, 2006a, p. 698). A reputação partidária que se extrai da “informação que o rótulo partidário transmite para os eleitores em um dado distrito eleitoral” (NICOLAU, 2006a, p. 698) até é levada em consideração, mas a sua influência como critério de escolha dos candidatos pelo partido é marginal. Assim, os partidos são vistos como meras siglas partidárias, cujas posições programáticas e ideológicas são irrelevantes para o eleitorado.

Outra consequência negativa, em relação ao voto do eleitor no sistema proporcional de lista aberta, é que o eleitor, ao optar pelo voto nominal, escolhe a pessoa que pretende eleger. A distribuição das vagas, entretanto, é feita pelas operações de quociente eleitoral e partidário³⁸. Na distribuição das sobras, o voto do eleitor pode ser desvirtuado em razão de sua transferência para um candidato pouco expressivo, do mesmo partido ou de outro partido também inexpressivo, mas a ele coligado³⁹. Este foi o caso da eleição dos deputados federais Enéas Carneiro, em 2002, e Clodovil Hernandez, em 2006, no Estado de São Paulo. Ocorre que a maioria dos eleitores desconhece tais regras, e, ao votar na pessoa do candidato, poderá, indiretamente, eleger outro candidato do mesmo partido ou de outro partido com quem não guarda a menor identificação pessoal.

Outra consequência negativa, em relação ao sistema proporcional de lista aberta para o sistema partidário, é a inviabilidade de se estabelecer uma identidade partidária⁴⁰ entre o eleitor e o partido político, fator essencial para a consolidação

³⁸ Ver nota de rodapé n. 114.

³⁹ Situação análoga também ocorre na hipótese de infidelidade partidária em que o eleito muda de partido e o suplente é de outro partido, o que também acaba por desvirtuar o voto do eleitor.

⁴⁰ “A identidade partidária pode ser entendida como uma associação psicológica que as pessoas travam com um partido a partir de suas percepções, valores ou comportamentos. (CAMPBELL *et al*, 1960). [...] Ainda de acordo com a corrente psicológica do comportamento político, na medida em que um eleitor se identifica com um partido, ele passa a ver a política a partir da perspectiva partidária. Isso quer dizer que ele tende a se simpatizar mais com os líderes desse partido do que com os das demais legendas. Tende a preferir as políticas propostas pela agremiação frente às defendidas pelas demais e, diante de um assunto novo, a respeito do qual ainda não tenha opinião formada, busca se informar sobre a orientação do partido com que tem afinidade.” (VEIGA, 2007,

do regime democrático. Sob esta ótica, as opções para a correção de tal distorção passa pela busca de “uma maior partidarização da escolha eleitoral, pela adoção da lista fechada ou da lista flexível.” (NICOLAU, 2006b, p. 31). A primeira confere ao eleitor o direito de optar por um partido político, a partir de uma lista preordenada por cada partido, o que viabiliza uma maior identificação sua com o partido. A segunda também apresenta uma lista preordenada por cada partido político, mas faculta aos eleitores a prerrogativa de alterá-la. A vantagem de adoção da lista fechada é o fortalecimento da identificação partidária do eleitor com o partido político, mas este “tem de ser disciplinado e coeso e apresentar ao eleitorado uma face pública reconhecível, que mostre alguma diferença com relação aos demais.” (CINTRA, AMORIM, 2008, p. 5).

Os opositores à adoção das listas fechadas afirmam que os eleitores teriam “a sua margem de escolha reduzida” (NICOLAU, 2006b, p. 32), porque os partidos, ao pré-ordenarem as listas, tolhem a possibilidade de escolha pelo eleitor. Já, em relação à lista flexível, a vantagem é a de permitir ao eleitor imprimir personalidade ao voto, com a alteração da lista preordenada.

Outro efeito maléfico para o sistema partidário também está relacionado à conjugação do sistema proporcional de lista aberta, aliada à permissão de coligações partidárias. Essa combinação, de acordo com MELO (2004, p. 61), “aumenta ainda mais o número de candidatos competindo dentro da mesma lista, amplia a possibilidade de “dobradinha” e torna competitivos candidatos de partidos pequenos, que não teriam chance de disputar a cadeira.” A possibilidade de coligação viabiliza a pulverização de pequenos partidos, que geralmente se agregam com finalidades meramente eleitoreiras, “arrefecem no eleitorado o sentimento de confiança na legitimidade da representação, burlada pelas alianças e coligações de partidos, cujos programas não raro brigam ideologicamente.” (BONAVIDES, 2009, p. 276). Isso, por sua vez, inviabiliza o processo de identificação partidária entre o eleitorado e os partidos políticos. A combinação destes dois elementos também “resulta na fraqueza e instabilidade do governo e ameaça de esfacelamento e desintegração do sistema partidário.” (BONAVIDES, 2009, p. 276).

p. 343-343). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v13n2/a05v13n2.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

Outra questão importante está ligada à adoção de lista fechada aliada ao financiamento público das campanhas eleitorais. O Brasil adota, atualmente, o modelo misto de financiamento público de campanhas, em que se permite o financiamento privado das campanhas eleitorais, com doações, arrecadações e contribuições de pessoas físicas ou jurídicas para custeio da campanha eleitoral, de acordo com as restrições e limites impostos pela Lei das Eleições. Permite também seu financiamento público pela utilização de recursos públicos do Fundo Partidário, nos termos do art. 17, § 3º, da CRFB/88, e do art. 44, III, da Lei de Organização dos Partidos Políticos.

A reforma eleitoral vem discutindo a possibilidade de instituir, de forma exclusiva, o financiamento público das campanhas eleitorais, modificando-se o sistema misto em vigor. Tal proposta visa a combater a desigualdade de acesso a recursos financeiros gerada pelo financiamento privado, que acaba por impor “aos partidos que se tornem reféns dos grupos de interesse que os apoiam” (RIBEIRO, 2007, p. 80). O pressuposto é de que os partidos políticos estariam obrigados a defender a plataforma de interesse de tais grupos, sob pena de perderem o patrocínio para a realização das campanhas eleitorais.

Nesse sentido, seria salutar a adoção da lista fechada, com o propósito de viabilizar o exclusivo financiamento público das campanhas. A regulamentação da fidelidade partidária tem, também, um importante papel a cumprir, pois pode induzir uma postura mais partidária dos candidatos. Ao se coibir a prática da migração partidária, torna-se obrigatória a permanência do parlamentar no partido ou na coligação pela qual foi eleito durante o exercício do mandato político. Isso gera um impedimento para a defecção, promove a estabilização do número de partidos políticos e induz à solidez programática. Dessa forma, há uma tendência de se promover a estabilização do número de partidos políticos. A instituição da lista fechada seria facilitada, tornando-se muito mais fácil, também, fiscalizar as despesas e a prestação de contas de campanhas eleitorais.

A permissibilidade da migração partidária, anteriormente à edição da Resolução 22.610/07, contribuiu para o aumento das críticas que vêm sendo feitas em relação ao sistema partidário brasileiro. As principais delas dizem respeito à falta de apoio e enraizamento social, à falta de identificação partidária (do eleitor para com o representante eleito e deste para com o partido) e à alta fragmentação

partidária⁴¹. Alguns autores chegam a apontar que ele “é um sistema frágil e não institucionalizado, principalmente em razão do surgimento e desaparecimento de alguns partidos.” (MAINWARING, 1991 *apud* DINIZ, 2000, p. 134).

Vários fatores dificultam a estabilização do sistema partidário brasileiro. Um deles está relacionado à conduta dos parlamentares que trocam de legenda durante o exercício do mandato político. Essa prática tem um papel relevante para a desestabilização da bancada e é responsável pela alta fragmentação partidária do país. Na década de 90, por exemplo, a fragmentação partidária, no Brasil, “fez com que os presidentes eleitos tivessem que ampliar o espectro de suas coalizões⁴²” (MELO, 2004, p. 138) para governar. O controle efetivo sobre as cadeiras em disputa no parlamento, especialmente na Câmara dos Deputados, depende da migração interpartidária, que “pode reforçar ou minar a base de um governo” (MELO, 2004, p. 132):

No governo Collor, as migrações partidárias, ao longo do ano de 1990, geraram um aumento do controle da coalizão (PRN, PFL e PPR) de 29,1% para 33,2% das cadeiras. Fernando Henrique Cardoso, ao assumir o primeiro mandato, era apoiado pelo PSDB, PFL e PTB, que haviam participado da coalizão eleitoral, mais o PMDB, que aderiu logo depois. [...] Para levar a frente a sua agenda de reformas constitucionais, o presidente teve que [...] ampliar a aliança e incorporar um quinto partido, o PPB, chegando a 67,5% dos votos na Câmara. Já no segundo mandato, a coalizão governista perdeu 12 deputados em consequência do trânsito entre as legendas e no terceiro as deserções foram amplamente majoritárias. (MELO, 2004, p. 138).

A partir dos exemplos acima, é possível concluir que a migração partidária, com o aumento do número de partidos e da fragmentação parlamentar, dificulta a gestão das coalizões na Câmara dos Deputados, o que representa mais um obstáculo para a formação de um governo estável no país.

⁴¹ “É um ponto crucial no sistema político brasileiro: a existência de um grande número de partidos. Essa fragmentação partidária é vista por muitos estudiosos como um empecilho à formação de governos sólidos, com maiorias capazes de fomentar decisões. Esta pulverização impede, assim, um melhor funcionamento do legislativo. [...] Em razão disto, os cientistas políticos Bolívar Lamounier (1992) e Wálder de Góes (1992) defendem com veemência uma mudança em nosso quadro partidário, em prol de melhores condições de governabilidade, com um legislativo eficiente capaz de tomar decisões.” (VIANNA, 2008, p. 127).

⁴² Como o sistema político brasileiro se caracteriza pelo multipartidarismo, é impossível que uma ou duas legendas consigam obter maioria no Congresso para aprovar seus projetos e implementar suas políticas, especialmente o partido político que elegeu o Presidente da República. Por isto, é necessário que alguns partidos ou muitos estabeleçam alianças partidárias com homogeneidade ideológica e convergência de interesses políticos. No sistema presidencialista, a formação de coalizões é feita para dar sustentação ao governo, a partir de apoio político no Legislativo e da formulação de políticas.

Outro fator relevante é o desvirtuamento da vontade do eleitor causado pela migração partidária. O sistema eleitoral traduz votos em cadeiras e a principal consequência da infidelidade partidária sobre ele é a desproporção entre o voto depositado nas urnas e a efetiva distribuição cadeiras no parlamento entre os partidos. Isso viola a regra de que “a distribuição de preferências dos eleitores constitua a condição e a medida para definir as oportunidades de acesso a postos públicos.” (MARENCO, 2007, p. 184). Por mais que, no Brasil, ainda predomine o voto personalizado, não há como minimizar o fato de que a migração partidária provoca a distorção do voto do eleitor, “diminuindo o grau de representatividade do sistema político brasileiro” (MELO, 2004, p. 154):

Na legislatura 1999/2003, o PL [...] oferece o que talvez seja o mais impressionante exemplo de transformismo legislativo: elege 12 deputados, perde 10, mas ganha outros 21! Praticamente não existe semelhança entre a bancada resultante do processo eleitoral de 1998 e aquela oriunda do livre trânsito dos deputados na Câmara.. (MELO, 2004, p. 160).

A prática da migração partidária também é um dos principais fatores que conduz aos altos índices de volatilidade dos sistemas partidários brasileiros. Conforme aponta MELO (2004, p.140-142):

[...] as migrações partidárias apresentam um razoável potencial de desorganização do sistema partidário. [...] Nos estados onde a migração partidária se revelou mais intensa [dos 27 estados brasileiros, o estado de Roraima apresentou um dos mais altos percentuais de variação de migração partidária entre 1983-2003, com o índice de 66,7% o Amapá e Maranhão, apresentaram o índice de 40% e o Pará, o índice de 35,4%], o sistema partidário se revelou menos eficaz no sentido de organizar continuamente a competição eleitoral, ou seja, de conferir maior regularidade e previsibilidade aos seus resultados.

Apesar da variação dos índices de migração partidária nos Estados, constata-se que tal prática “funciona como um obstáculo à estabilização do sistema partidário” (MELO, 2004, p.140), motivo pelo qual ela precisa ser coibida.

Tendo em vista as consequências negativas que a migração partidária traz para o sistema partidário, caberia ao eleitor avaliar o desempenho dos representantes que elege. Assim se evitaria a reeleição dos trãsfugas, medida que “aumentaria os custos para a transgressão das lealdades partidárias, uma vez que indica a disponibilidade de eleitores aptos a punir eventuais infidelidades” (SANTOS, 2001, p.14), favorecendo a instituição partidária e revelando uma

maior *accountability*. Ocorre que a maioria dos eleitores ainda não tem essa percepção. Reelegem os trânsfugas, revelando que não condenam a migração partidária realizada de forma injustificada, e nem pretendem que a mesma seja sancionada, já que não se identificam com os partidos por meio dos quais os parlamentares migrantes se elegeram. Além disso, os eleitores padecem de uma amnésia eleitoral⁴³, que dificulta a identificação do candidato infiel ao término do mandato, o que evitaria que ele fosse novamente reeleito.

E, conforme aponta MELO (2004, p. 147), “o mais precioso recurso transferido pelo deputado migrante a seu novo partido é a parcela do eleitorado que se mantém fiel a ele.” Este comportamento do eleitorado incentiva o “troca-troca de cadeiras” e contribui para que o parlamentar veja a migração interpartidária como “uma oportunidade de maximizar as suas chances de sucesso na carreira, com baixo custo político.” (MELO, 2004, p. 28 e 46).

É inegável que os fatores acima analisados trazem consequências negativas para o sistema partidário brasileiro, mas eles não são suficientes para caracterizar uma instabilidade tão expressiva e uma institucionalização partidária tão baixa, a ponto de impedir que se obtenha estabilidade a permitir a governabilidade do país. Primeiramente, deve-se ponderar que “elevadas taxas de fragmentação partidária independem do número de partidos e não compromete a governabilidade do país” (SANTOS, 1994, p. 10), pois o índice de fragmentação partidária mede “diferentes graus de equidade na distribuição do poder parlamentar, ou seja, maior ou menor democratização.” (SANTOS, 1994, p. 10). É preciso atentar para o fato de que a proliferação indiscriminada de siglas partidárias não implica “necessariamente que os partidos sejam parlamentarmente efetivos” (SANTOS, 1994, p. 13) e tampouco acarreta a ingovernabilidade do país. Ao contrário, demonstra a necessidade de se realizar um “governo por via de negociação” (SANTOS, 1994, p. 10), especialmente quando se adota o sistema de representação proporcional. Esse sistema tem a função de viabilizar a representatividade de diversas preferências ideológicas, o que reflete um “eleitorado heterogêneo, por razões ideológicas, culturais, étnicas [...], cabendo a

⁴³ “Em uma comparação entre oito países, constata-se que a proporção de eleitores que não sabem mencionar o nome do candidato ou partido que escolheram nas eleições legislativas de 2001 ou 2002 só é maior do que a brasileira em Portugal e na Polônia. Um breve exame do fenômeno da amnésia eleitoral em outros países do mundo mostra que, no Brasil, que ele é mais grave por causa justamente do que se pede ao eleitor: que ele vote no candidato, seja escrevendo o nome (como era antes da informatização), seja digitando o número.” (ALMEIDA, 2006, p. 41).

tal sistema traduzir essa pluralidade de interesses em instituições partidárias diferentes.” (SANTOS, 1994, p. 13). No mesmo sentido, se posiciona (ABRANCHES *apud* VIANNA, 2008, p. 128), ao enfatizar que, no Brasil, o fator determinante para o “fracionamento partidário seria a própria pluralidade social, regional e cultural e que as tentativas de controle da pluralidade partidária podem ocasionar danos à democracia, deslegitimando e desestabilizando a ordem política.”

Assim, não se pode fazer um diagnóstico precipitado, em relação à baixa fragmentação e institucionalização do sistema partidário brasileiro, pela análise superficial do grau de afetação que os apontados fatores desempenham sobre ele. Todos esses fatores dificultam uma maior consolidação do sistema partidário, mas não são tão nefastos a ponto de impedir a governabilidade do país.

4.3

Os aspectos positivos da regulamentação da fidelidade partidária em relação aos partidos políticos e aos eleitores

A infidelidade partidária será tratada aqui como tendo a sua expressão maior na prática da migração interpartidária durante o exercício do mandato político⁴⁴. Conforme já asseverado anteriormente, tal prática não foi vedada pela CRFB de 1988. A partir da Resolução 22.610/07, o TSE corroborou o entendimento da Consulta 1.398/07 e reafirmou que o mandato político⁴⁵, tanto no sistema

⁴⁴ Alguns juristas caracterizam a fidelidade partidária como “o dever dos parlamentares federais, estaduais e municipais de não deixarem o partido pelo qual foram eleitos, ou de não se oporem às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos da direção partidária, sob pena de perda do mandato por decisão proferida pela Justiça Eleitoral.” (BASTOS, MARTINS, 1989, p. 613). Contudo, os cientistas políticos costumam distinguir entre a disciplina partidária e a fidelidade partidária. A disciplina partidária requer que “todos os filiados respeitem os princípios, o programa, e os objetivos da organização partidária. [...] O faltoso poderá sofrer penalidades como advertência, suspensão, destituição do exercício de funções em órgãos do Partido ou até expulsão do filiado.” (MEZZAROBBA, 2004, p. 279). A aplicação de tais penalidades independe de os filiados exercerem mandato eletivo. Na Câmara dos Deputados, por exemplo, um partido político terá uma alta taxa de disciplina partidária se a bancada acompanhar o voto do líder do partido. Já a fidelidade partidária se aplica apenas aos parlamentares que exercem mandato eletivo e os obriga a permanecer no partido ou na coligação pela qual foram eleitos durante o seu exercício.

⁴⁵ “Em uma democracia representativa, por definição, o mandato pertence aos cidadãos, que, a cada eleição, podem reafirmá-lo ou revogá-lo. Presume-se que os mandatários correspondam às aspirações dos eleitores e lhes prestem contas. [...] Mas o representante tem interesses próprios – não necessariamente coincidentes com os dos eleitores – e que ele sempre goza de significativa liberdade de ação em relação àqueles que lhe conferiram o mandato. [...] Como lembra Giovanni Sartori, “a distinção crucial quando se trata de poder é entre os titulares que o detém e os que na

proporcional quanto no sistema majoritário, pertence ao partido ou à coligação pela qual o candidato concorreu ao pleito eleitoral, em razão da predominância do regime partidário na democracia representativa⁴⁶. Mesmo no sistema majoritário ou nas raras hipóteses em que o parlamentar consegue se eleger por seu próprio mérito⁴⁷, ou seja, “com número de votos superior ao quociente eleitoral e que não foram eleitos com os votos dos demais candidatos do partido” (RIBEIRO, 2007, p. 59066) ou da legenda, defende-se que o mandato político deve pertencer ao partido ou à coligação da qual se originou. De acordo com tal posicionamento, o mandato não pertence ao candidato eleito, mas ao partido. Cabe ao partido ou à coligação⁴⁸ da qual se originou o parlamentar eleito o direito de preservar o tamanho da bancada partidária, que é proporcional ao número de votos recebidos do eleitor. O TSE, desde a resposta dada à Consulta n. 1.398/07, que fundamentou a edição da Resolução 22610/07, já tinha adotado o entendimento de que a perda do mandato eletivo seria consequência de um ato ilícito e não uma sanção. Assim,

realidade o exercem, pois o poder é em última instância, exercício do poder.” Titular do mandato, o eleitor numa democracia representativa, de fato tem pouco controle sobre como ele é efetivamente exercido. Mantém o poder de punir o mandatário *ex post*, votando pela não renovação de seu mandato.” (ALMEIDA, 2007, p. 182).

⁴⁶“Na democracia de partidos ou Estado de Partidos, além de mediar os interesses dos órgãos representativos e dos representados, os partidos também funcionam como fator decisivo na mediação entre os cidadãos e seus representantes, caso em que estes últimos ficam submetidos ao mandato partidário, ou seja, à vontade única e exclusiva do partido, pois considera-se que a vontade do indivíduo é inerente à vontade da organização partidária. Desta forma, o representante perde o seu caráter de exclusividade na atividade de representação e, conseqüentemente, as eleições adquirem um caráter plebiscitário, já que o eleitor passa a outorgar a sua confiança e a sua capacidade de decisão ao partido como organização, e não aos candidatos apresentados por ele.” (MEZZAROBBA, 2002, p. 32).

⁴⁷ Segundo o entendimento de GUIMARAENS (2007, p. 1), embora tais hipóteses sejam raras, não se poderia dizer que o mandato pertença ao partido. Questiona-se se “seria adequada aplicação de tal sanção [a perda do mandato político] a uma minoria de candidatos que foi eleita pelo voto nominal, ou seja, independentemente da contribuição do partido ou dos votos da legenda” (GUIMARAENS, 2007, p. 1). Este posicionamento é controverso, pois dá a entender que no sistema majoritário o candidato prescinde do partido político para se eleger, o que não é verdade, pois no Brasil não se contempla a candidatura avulsa, ou seja, sem filiação partidária, mediante apoio de um número mínimo de eleitores.

⁴⁸ A Consulta 1.439/07 do TSE deu origem à Resolução 22.580/07, da relatoria do Min. Caputo Bastos, sessão realizada em 30/08/07, publicada no Diário do Judiciário da União em 24/09/07, p. 141, assim ementada: “Consulta. Detentor. Cargo eletivo proporcional. Transferência. Partido integrante da coligação. Mandato. Perda. A formação da coligação constitui faculdade atribuída aos partidos políticos para a disputa do pleito, conforme prevê o art. 6º, caput, da Lei 9504/97, tendo a sua existência caráter temporário e restrito ao processo eleitoral. Conforme já assentado pelo tribunal o mandato pertence ao partido e, em tese, estará sujeito à sua perda o parlamentar eleito que mudar de agremiação partidária, ainda que para legenda integrante da mesma coligação pela qual foi eleito”. Disponível em: <www.tse.gov.br>. Acesso em: 30 ago. 2010.

o eleito, ao se desligar da legenda, exerce a prerrogativa de se desfiliar do vínculo partidário:

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. (MS 26.604/DF⁴⁹).

Na verdade, a Resolução 22.610/07 teve embasamento no julgamento dos Mandados de Segurança n. 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, impetrados no STF. E foi responsável pela criação de uma nova hipótese de perda de mandato, não prevista no art. 55 da CRFB de 1988, que representa verdadeira “sanção política sem ilícito político” (GUIMARAENS, 2007, p. 1), pois, embora ela não tenha sido incluída, por meio de emenda constitucional, nas hipóteses taxativas que constam do art. 55 da CRFB de 1988, constitui uma sanção ao candidato trânsfuga.

Assim, o partido ou a coligação têm o direito de retomar os mandatos políticos nas hipóteses de cancelamento da filiação partidária ou de transferência de legenda, sem justa causa (perseguição dentro do partido político ao qual o eleito estava filiado, a modificação das diretrizes programáticas pelo próprio partido). Podem requerer à Justiça Eleitoral a cassação do mandato do parlamentar infiel, com a consequente convocação do suplente.

A instituição da infidelidade partidária como causa de perda de mandato eletivo pode ser vista como um mecanismo apto a incentivar uma maior identificação entre o parlamentar e o partido no qual se registrou para concorrer ao pleito. Isto ocorre porque a permanência do parlamentar eleito induz a uma maior identificação dele com a ideologia, com os objetivos e com o programa partidários. É claro que a lealdade ao partido político, representada pela vinculação do eleito à ideologia e às diretrizes partidárias, constitui requisito indispensável ao desempenho do mandato político. Assim, não pode o eleito - com a alegação de estar defendendo os interesses dos eleitores que representa -

⁴⁹ Trecho da ementa do Mandado de Segurança 22604/DF, da relatoria da Min. Carmem Lúcia, sessão de julgamento realizada em 04/10/2007, publicada no DJe 187, vol. 02335-2, pp.135. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

violar tal compromisso partidário e tampouco se vincular a outro partido, cuja comissão não o tenha indicado, ou a outra legenda na qual não tenha sido registrada sua candidatura. No entanto, ela diz respeito à disciplina partidária, que não se confunde com a fidelidade partidária, conforme já ressaltado anteriormente⁵⁰.

Numa democracia representativa “o maior desafio a ser vencido pelos partidos políticos no que tange à sua organização interna é o problema da infidelidade partidária.” (AEITA, 2006, p. 228). Em tese, os parlamentares que se elegeram pelos votos de legenda⁵¹ ou pelo sistema de sobras deveriam se manter fiéis ao partido ou à coligação em razão da qual foram eleitos, caso contrário não poderiam disputar as cadeiras no parlamento. Mas esta constatação por si só, não é suficiente para que o parlamentar mantenha uma vinculação ideológica com o partido ou a legenda pela qual foi eleito. É claro que este objetivo se revela um pouco mais complexo diante do posicionamento ainda predominante dos parlamentares que veem o partido político como uma estratégia de acesso ao poder para exercerem o mandato político de forma privada.

Portanto, a regulamentação da fidelidade partidária pela reforma eleitoral⁵², sancionando-se o infrator com a perda do mandato político contribui para que os parlamentares se identifiquem com o partido ou à coligação ao qual se filiaram para a disputa do pleito eleitoral. Essa identificação, por sua vez, permitirá que se conquiste, em médio prazo, um comprometimento maior do parlamentar eleito com as diretrizes programáticas e a ideologia partidária, que resultará numa maior institucionalização partidária. Além disso, ela também permitirá o aumento da coesão interna dos partidos políticos, fortalecendo não só o sistema partidário brasileiro como a própria democracia, conforme destaca REINER (2001):

Construir um sistema partidário com as características acima [partidos sólidos e fortes] é tarefa a longo prazo. Por isso, recomenda-se a adoção da fidelidade partidária desde já para ancorar e estimular o sistema partidário brasileiro. Com a instituição da fidelidade, os políticos terão interesse redobrado em consolidar os partidos, gerando-se, assim, uma sinergia positiva que conduzirá à recuperação da

⁵⁰ Ver nota de rodapé de n. 148.

⁵¹ O voto de legenda é destinado ao partido ou a coligação da qual o partido faz parte e produz efeitos no cálculo do quociente partidário, revela o número cadeiras que o partido ou coligação terá direito a ocupar.

⁵² Concorde-se com a instituição da fidelidade partidária, mas não por meio da atuação ativista do TSE, que, na condição de legislador positivo, editou a Resolução 22.610/07, conforme será demonstrado no subtítulo 4.3, a seguir.

imagem do Poder Legislativo e ao conseqüente fortalecimento da democracia no país. (REINER, 2001, p. 12).

Ela promoverá, igualmente, uma maior estabilidade no interior do Legislativo, pondo um fim às “legendas de aluguel”, geralmente veiculadas pelos pequenos partidos políticos⁵³ e à realização de coligações inconsistentes, que desgastam a imagem que o eleitor tem dos parlamentares e do papel que os partidos políticos devem desempenhar numa democracia representativa. Trata-se de um passo importante rumo à formação de uma democracia partidária, com a apresentação de claras ideologias, diretrizes partidárias e a adesão de seus membros, permitindo-se a formação de uma competitividade ideológica e a representatividade dos mais diversos anseios dos eleitores.

A fidelidade partidária não pode ser vista tão somente a partir da relação candidato eleito – partido político, pois é necessário incluir o eleitor nesta relação. O mandato político enseja uma dupla representação, na medida em que os parlamentares eleitos representam tanto o eleitor - por meio do exercício do mandato - quanto o partido político, o que os vincula à ideologia e às diretrizes partidárias. Embora não se possa mais falar na existência de mandato imperativo⁵⁴, deve-se considerar que há uma vinculação política do parlamentar eleito com o eleitor, conforme explica BONAVIDES (2009):

[...] desde que os partidos políticos se constituíram em arregimentações, não somente lícitas senão essenciais para o exercício do poder democrático, o mandato, no regime representativo, está cada vez mais sujeito à fiscalização da opinião, ao controle do eleitorado, à observância atenta de seus interesses, ao escrupuloso

⁵³ É claro que a formação de legendas de aluguel deve ser combatida, mas nem sempre se pode “acusar os partidos pequenos de alugar legendas a candidaturas aventureiras.” (SANTOS, 1994, p. 15). Conforme alerta SANTOS (1994), não se pode deixar de considerar que “Fernando Collor de Mello foi candidato da coalizão que o elegeu e sustentou no Congresso, enquanto, é claro, não se meteu em trapalhadas.” (SANTOS, 1994, p. 15). Assim, embora os pequenos partidos tenham uma menor representatividade, “eles fazem parte da malha institucional que vem agregando à política organizada aquelas populações até agora periféricas. [...] Além disso, oferecem oportunidades de rotinização e domesticação social tão legítimas quanto as que são oferecidas por oligopólios dos partidos maiores.” (SANTOS, 1994, p.16).

⁵⁴ “No Brasil a democracia representativa pressupõe a figura do mandato representativo, segundo o qual o representante não fica vinculado aos seus representados. O mandato representativo não pode ser revogado pelos eleitores, nem pelos partidos. O mandato representativo é mandato livre. A democracia partidária e o papel centralizador das candidaturas que detêm os partidos nesse regime são perfeitamente compatíveis com a ideia de mandato livre. Nos diversos modelos político-eleitorais, nunca se cogitou de que nos sistemas proporcionais o monopólio absoluto das candidaturas pertencente aos partidos políticos fosse inconciliável com a concepção genuína do mandato representativo.” (MENDES, p. 3). Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/80/55>>. Acesso em: 2 set. 2010.

atendimento da vontade do eleitor, à fiel interpretação do sentimento popular, à presença já patente de uma certa responsabilidade política do mandatário perante o eleitor e o partido. [...] É de ver-se, por conseguinte, as analogias que o mandato imperativo oferece com o mandato civil, a ponto de afigurar-se uma transposição do mesmo para o campo do direito público, mormente quando se considera que pelo mandato imperativo contrai o mandatário também a obrigação de sempre atuar em consonância com a vontade do mandante, e a cujas instruções fica adstrito e do qual recebeu igualmente uma revogável delegação de confiança.. (BONAVIDES, 2009, p. 283-238).

Em razão do sistema democrático representativo os partidos políticos têm o dever de representar a vontade popular, de forma que o voto expresso nas urnas se reflita na distribuição proporcional do número de cadeiras em disputa no parlamento. Todavia, este objetivo vem sendo obstaculizado pela migração interpartidária, pois os parlamentares preferem optar por ela em nome da preservação de interesses mercadológicos ou por conveniência política, relegando-se a soberania popular a segundo plano. Por isso, há uma grande afetação do grau de representatividade política, sem que haja qualquer interferência por parte do eleitorado. A migração interpartidária também viola as regras do jogo representativo, pois os parlamentares eleitos deixam de se comprometer com as convicções político-ideológicas com as quais o eleitor se identificou no momento do pleito eleitoral⁵⁵. Assim, há uma nítida ruptura na relação de confiança que o eleitor estabeleceu com o candidato a partir da outorga do mandato político, o que significa uma violação aos princípios da democracia representativa.

Diante destes diagnósticos negativos a melhor opção é a regulamentação da fidelidade partidária, através da proposta de uma emenda constitucional com a alteração do art. 55 da CRFB de 1988, sancionando-se o infrator com a perda do mandato político. Nesse sentido, está em tramitação no Congresso a PEC n. 4, de 2007, apresentada em 14/02/2007 e sujeita à apreciação do plenário.

⁵⁵ Apesar de o sistema majoritário e o sistema proporcional de lista aberta viabilizarem o voto nominal, não se pode desconsiderar que essa escolha, mesmo realizada de forma indireta, também envolve o aspecto ideológico do partido ou da coligação à qual o candidato está vinculado. A migração partidária realizada de forma injustificada acarreta uma nítida “descaracterização do próprio candidato, que deixa de apresentar o aspecto ideológico que, juntamente com a sua pessoa, o fez lograr êxito na disputa eleitoral, de forma que ele deixa de ser verdadeiramente ‘o mesmo’ candidato eleito como representante do Povo.” (SILVA, 2005, p. 2). Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=7297&p=2>>. Acesso em: 1º set. 2010.

4.4

A Resolução 22.610/07 e o TSE como legislador positivo: a mutação constitucional da regulamentação da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária e o ativismo judicial na regulamentação do processo para desfiliação partidária por justa causa

O TSE, ao editar a Resolução 22.610/07, regulamentou a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária e o procedimento de desfiliação partidária por justa causa. Ao tratar da infidelidade partidária, criou uma verdadeira “sanção política sem ilícito político” (GUIMARAENS, 2007, p. 1), sob o pressuposto de que o TSE estaria legitimado a atuar no controle de matéria *interna corporis* dos partidos. Compete à Justiça Eleitoral, de forma exclusiva, dirimir os litígios decorrentes de desfiliação partidária de detentor de mandato eletivo, quando se tratar da possibilidade de perda desse mandato.

A Resolução 22.610/07 foi nitidamente influenciada pela resposta dada pelo TSE à Consulta 1.398/07. A partir de uma interpretação conforme a Constituição⁵⁶, foi feita uma análise conjugada dos arts. 14, § 3º, V e 17, § 1º da CRFB de 1988, que tratam, respectivamente, da filiação aos partidos políticos como condição de elegibilidade e do dever dos partidos políticos de prever, em seus estatutos, normas de disciplina e fidelidade partidária, bem como do princípio da moralidade pública. A conclusão é que o abandono de legenda gera a perda imediata do mandato. Segundo tal posicionamento, é dispensável a criação de dispositivo legal específico que regule a prática de atos de infidelidade partidária - não havendo que se falar na alteração da redação do art. 55 da CRFB de 1988 para incluí-la entre as hipóteses de perda do mandato político, já que ela sequer representa um ato ilícito passível de ser sancionado com a perda do mandato eletivo. Ademais, a Constituição deve ser interpretada para se adequar à realidade que há muito já exigia a proibição da migração interpartidária, para moralizar a vida político-partidária. Assim, os ministros do TSE, por maioria de votos, adotaram um posicionamento maximalista, ao pontuar o seguinte

[...] 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. O candidato não

⁵⁶ Ver nota de rodapé de n. 23.

existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária. [...] O princípio da moralidade, inserido solenemente no Art. 37 da Carta Magna, repudia veementemente o uso de qualquer prerrogativa pública no exercício do interesse privado, não tendo relevo algum afirmar que não se detecta a existência de norma jurídica proibitiva de tal prática. (TSE, Consulta n.1.398/07⁵⁷).

O único voto divergente foi o do Min. Marcelo Ribeiro, que adotou um posicionamento minimalista, ao enfatizar que:

Não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato. [...] Não me parece haver espaços para invocar princípios implícitos quando a matéria foi tratada expressamente na Constituição anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, foi retirada da atual Constituição. [...] Concordo inteiramente com o já citado voto do Ministro Pertence, que ao mesmo tempo realça o caráter exaustivo do artigo 55 da Constituição e demonstra que, quanto ao tema, a Constituição de 1988 não se deteve sequer em face da redundância, explicitando até mesmo a hipótese de perda do mandato quando o parlamentar perde seus direitos políticos. O silêncio, no que diz respeito à mudança de partido, me parece, *data venia*, eloquente. [...] não há base legal para se afirmar que a titularidade do mandato é do partido e não do eleito. (Consulta n. 1.398/07⁵⁸).

Da análise da Consulta 1.398/07 e da Resolução 22.610/07, constata-se que o TSE revelou o seu comportamento ativista, ao integrar as hipóteses exaustivas do art. 55 da CRFB de 1988, com a criação da hipótese de infidelidade partidária como causa de perda do mandato eletivo:

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) A incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal (TSE, Resolução 22.610/07⁵⁹).

⁵⁷ TSE, Consulta 1.398, que deu origem à Resolução 22.526/07. Trecho do voto do Relator da Consulta Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, p. 5. Sessão de julgamento realizada em 27/03/07. Publicada no Diário de Justiça, vol. 1, de 8 de maio de 2007, p. 143. Disponível em: <www.tse.gov.br>. Acesso em: 3 set. 2010.

⁵⁸ TSE, Consulta 1.398/07, trecho do voto do Min. Marcelo Ribeiro p. 56, sessão de julgamento realizada em 27/03/07, publicada no Diário de Justiça, vol. 1, de 8 de maio de 2007, p. 143. Disponível em: < www.tse.gov.br>. Acesso em: 3 set. 2010.

⁵⁹ TSE, Resolução 22.610/07. Ministro Relator da Resolução Cesar Peluso. Sessão realizada em 25/10/2007. Publicada no Diário da Justiça em 30/10/2007, p. 169. Republicada por determinação do art. 2º da Resolução n. 22.733, de 11 de março de 2008. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf>. Acesso em: 3 set. 2010.

A mencionada Resolução também inovou no ordenamento jurídico, ao regulamentar o processo de desfiliação partidária por justa causa, pois não há essa previsão em nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional. Apesar do transfugismo ser ética e politicamente reprovável, a reforma eleitoral não poderia ter sido conduzida pelo TSE. Tampouco ele poderia criar normas jurídicas de caráter processual, como ocorreu com a instituição do processo para a desfiliação partidária por justa causa.

Embora a constitucionalidade da Consulta 1.398/07 e da Resolução 22.610/07 tenha sido reconhecida pelo STF, elas são inconstitucionais. O poder normativo do TSE lhe confere competência privativa para expedir as instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, nos termos do art. 23, IX, da Lei 4.773/65. Mas na prática tal poder normativo não se limita a regulamentar leis eleitorais infraconstitucionais, pois também vem sendo utilizado para emprestar significado compatível com a matéria eleitoral, num sentido amplo, “com o sistema no qual se ela insere”, conforme preceitua a Resolução 12.867/86 do TSE⁶⁰. Isto não quer dizer, contudo, que o poder normativo conferido ao TSE não tenha limites. Ao contrário, seu alcance foi restringido materialmente pelo próprio Código Eleitoral, o TSE deve se limitar a dispor sobre matérias relacionadas à execução da legislação eleitoral infraconstitucional, e não está autorizado a extrapolá-las para alcançar a CRFB de 1988. O TSE na consulta 1.398/07, ao dispor, ainda que em tese, sobre a infidelidade partidária inovou no ordenamento jurídico. Criou regra de caráter geral e abstrato, pois instituiu outra hipótese de perda de mandato no art. 55 da CRFB de 1988, ou seja, a infidelidade partidária.

⁶⁰ TSE, Resolução 12.867/DF, da relatoria do Min. William Patterson, publicada no Diário de Justiça, em 25/03/1987, p.4885, assim ementada: “Representação contra o parágrafo 4 do artigo 25 da res. 12.854/86. Mantêm-se o parágrafo 4º em obediência ao sistema partidário e a organização eleitoral, com o qual se deve compatibilizar o texto do artigo 9 da lei 7.493/86. Compete ao TSE não apenas regulamentar a lei, como emprestar-lhe o sentido que a compatibilize com o sistema no qual se insere. Não se pode conceder a partido, por via obliqua, o que a lei veda, por via direta; tanto mais quanto importaria em desfigurar o sistema, quebrando a igualdade partidária, fundamento do regime democrático, e possibilitar a burla ao limite estabelecido no 'caput' do artigo 9 da lei 7.493/86. Interpretação sistemática. Representações rejeitadas.” Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 4 set. 2010.

As Consultas são formuladas apenas “em tese por autoridade federal ou entidade representativa de âmbito nacional, acerca de tema eleitoral”, conforme dispõe o art. 23, XII, da Lei 4.737/65⁶¹. De acordo com o STF,

[...] a resposta dada a consulta em matéria eleitoral não tem natureza jurisdicional, mas é ato normativo em tese, sem efeitos concretos, por se tratar de orientação sem força executiva com referência a situação jurídica de qualquer pessoa em particular. (STF, RMS n. 21.185/DF⁶²).

As Consultas dão origem às Resoluções que, por sua vez, são “atos normativos primários, que criam o direito, por força do CE e da Lei 9.504/97 (art. 105), mas tem força de lei ordinária federal e jamais *status* constitucional.” (CERQUEIRA, CERQUEIRA, 2008, p. 138). Isto significa que, ao editar normas gerais e de caráter abstrato, por meio da Resolução 22.610/07, o TSE inovou no ordenamento jurídico em matéria de direito eleitoral - ao dispor sobre as hipóteses de justa causa para a manutenção de mandato eletivo, e processual - ao dispor sobre o procedimento de desfiliação partidária por justa causa -, disciplinando as hipóteses de revelia, ao criar prazos processuais e impedir a recorribilidade de suas decisões, violando os princípios do contraditório e da ampla defesa, “reservadas à Constituição e não à lei ordinária federal.” (CERQUEIRA, CERQUEIRA, 2008, p. 138). Portanto, a mencionada Resolução viola o art. 22, I da CRFB de 1988⁶³, que diz ser da competência privativa da União legislar sobre tais matérias. Assim, a instituição do procedimento para regular a desfiliação

⁶¹ Lei 4737 de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, publicada no Diário Oficial da União em 19/07/65. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 4 set. 2010.

⁶² STF, Recurso em Mandado de Segurança, RMS n. 21185/DF, Min. Relator Moreira Alves, julgado pelo Tribunal Pleno em 14/12/1990, publicado no Diário do Judiciário em 22/02/1991, pp. 01259. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=21185&base=baseAcordados>>. Acesso em: 4 set. 2010.

⁶³ O Art. 22, da CRFB de 1988, assim preceitua: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (BRASIL, Constituição – 1988. Brasília. Publicada no Diário Oficial da União em 5 de out. 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 3 set. 2010.

Assim, dispõe o Art. 105 da Lei 9504/97: “Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.” (Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para eleições. Publicada no Diário Oficial da União em 1º de outubro de 1997). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9504.htm>>. Acesso em: 4 set. 2010.

partidária por justa causa também demonstra a predisposição ativista do TSE em violar o princípio da separação de poderes, invadindo a competência da União para legislar sobre direito processual e eleitoral. Segundo o posicionamento do TSE, seria inútil prever a desfiliação partidária por justa causa, sem que tal direito estivesse acompanhado pelo devido procedimento processual que garanta seu exercício. Desta forma, tanto a Consulta 1.398/07 quanto a Resolução 22.610/07 são inconstitucionais por violação ao princípio da separação de poderes, pois o TSE extrapolou o poder normativo que lhe é legalmente garantido, valendo-se de uma hermenêutica constitucional voltada para uma interpretação conforme a Constituição⁶⁴, para interferir na competência legiferante do Poder Legislativo. Conforme já foi asseverado anteriormente neste trabalho, essa conduta caracteriza o denominado

[...] ativismo judicial de caráter jurisdicional, ou seja, um procedimento, construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional. (VIEIRA, *et al.*, 2009, p. 2).

Desse modo, a criação de nova hipótese de perda de mandato viola o princípio da separação de poderes e transforma o Poder Judiciário em Poder Constituinte derivado:

O TSE, nos CTAS 1.398 e 1.407, e ainda na Resolução n. 22.610/07, portanto, atuou como legislador positivo constitucional, adiantando a Reforma eleitoral, criando uma hipertrofia e invadindo espaço do Poder Legislativo, violando a harmonia do sistema do *checks and balances* previsto no art. 2º da CF/88. (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2008, p. 251)

Conforme já mencionado anteriormente neste trabalho, o ativismo judicial vai além do limite dos *checks and balances*, pois o Judiciário não atua apenas como legislador negativo⁶⁵ no exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Atua, sim, como legislador positivo, invadindo a função precípua do Poder Legislativo, e promovendo um verdadeiro esvaziamento funcional deste. Os exemplos são claramente perceptíveis. A maioria dos votos dos Ministros em relação à Consulta 1.398/07 destaca o entendimento de que o

⁶⁴ Ver nota de rodapé n. 23.

⁶⁵ O Tribunal assume a função de legislador negativo, quando ele é competente apenas “para abolir leis, de modo individual ou geral.” (Cf. KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.300).

art. 26 da Lei 9.096/95, numa interpretação conforme à Constituição permite a aplicação extensiva para a hipótese de infidelidade partidária, o que resultaria na cassação do mandato eletivo. Ocorre que tal dispositivo legal trata apenas da perda do cargo ou função, hipótese distinta da perda de mandato eletivo.

O art. 55 da CF/88, não contempla, nas hipóteses de perda de mandato, a infidelidade partidária nos casos previstos em lei. Desta forma, o art. 26 da Lei 9096/95 seria inconstitucional, porquanto não está presente no art. 55 da CF/88. O dispositivo [Art. 26 da Lei 9096/65], numa exegese de “interpretação conforme a Constituição Federal”, poderia ser emprestado à perda de função ou cargo somente na Mesa Diretora ou Presidência da Câmara dos Deputados ou Vereadores, ou do próprio partido, jamais perda de mandato. (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2008, p. 251 e 138).

O mesmo ocorre com a interpretação sistemática dada aos arts. 14, § 3º, V e 17, § 1º da CRFB de 1988, conjugada com o princípio da moralidade pública, pois nenhum deles oferece qualquer margem interpretativa para afirmar que a fidelidade partidária foi reintroduzida no ordenamento jurídico, e que ela se caracteriza como um ilícito eleitoral sujeito à perda do mandato como sanção. Em que pese o reconhecimento de constitucionalidade pelo STF em relação à Consulta 1.398/07 e à Resolução 22.610/07, as interpretações acima mencionadas consubstanciam verdadeiras hipóteses de mutação do texto constitucional, pois

[...] se por meio do exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que deveriam ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando uma autêntica mutação constitucional. (RAMOS, 2010, p. 141).

Se não há qualquer disposição constitucional ou infraconstitucional, em relação à prática de ato ilícito eleitoral - como é o caso do abandono da legenda ou da coligação por meio da qual o eleito concorreu ao pleito eleitoral - o TSE atuou como legislador positivo: conjugou vários dispositivos infraconstitucionais e constitucionais, inclusive, o princípio da moralidade pública, com o intuito de dar ao texto constitucional uma interpretação conforme a Constituição.

Mas há limites para a interpretação conforme a Constituição. Ela não pode ser vista como “uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da Lei.” (MENDES, 1999, p. 232-233). Com o propósito de aperfeiçoar o sentido e o alcance do instituto do texto constitucional, conferiu-se

uma interpretação ampliativa aos arts. 14, § 3º e 17, § 1º da CRFB de 1988 e ao princípio da moralidade pública, que violou o art. 55 do mesmo diploma legal. Na verdade, a partir de “uma pretensa interpretação conforme a Constituição” (MENDES, 1999, p. 232), realizou-se uma mutação inconstitucional⁶⁶, na medida em que a criação de nova hipótese de perda de mandato eletivo pelo TSE, na Resolução 22.610/07, resultou numa interpretação contrária ao art. 55 da CRFB de 1988. Isto ocorreu porque foi reintroduzido, no ordenamento jurídico, o instituto da fidelidade partidária, com a sanção de perda do mandato político, antes revogado pela EC-25/85. A atividade de atualizar o sentido e determinar o alcance do texto constitucional é deferida pela Constituição ao poder constituinte derivado e não ao Poder Judiciário. E, quando os limites da interpretação conforme a Constituição não são observados, os Tribunais passam a atuar na condição de poder constituinte derivado, conforme destaca MENDES (1999):

O princípio da interpretação conforme a Constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou aperfeiçoamento da Lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme a Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador. [...] Esses limites nem sempre são observados pelo “Bundesverfassungsgericht” com o necessário rigor. (MENDES, 1999, p. 232-233).

Dessa forma, a Consulta n. 1.398/07 e a Resolução 22610/07 caracterizam uma usurpação de poderes, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Violam flagrantemente o princípio da separação dos poderes, que não pode ser relevado em nome de um “ativismo de caráter jurisdicional.” (SILVA, *et al.*, 2009, p. 2). Sob o pretexto de tutelar a moralidade da vida político-partidária em benefício do eleitor cujo voto foi desvirtuado pelo transfugismo, tanto a Consulta 1398/07 quanto a Resolução 22.610/07 acresceram mais uma hipótese de perda de mandato eletivo, ao art. 55 da CRFB de 1988, a vedação da infidelidade partidária. O verdadeiro intuito desse comportamento ativista foi o de conduzir de modo informal a reforma eleitoral no país, a partir de uma interpretação supostamente conforme a Constituição, realizando uma mutação inconstitucional,

⁶⁶ Segundo FERRAZ (1986, p. 231), “a mutação constitucional, embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação não desejada ou prevista pelo constituinte é de ser tida inconstitucional.” No mesmo sentido SILVA (2009, p. 285), ao afirmar que, “se uma conduta ou uma prática política não coincide com a Constituição, não se trata de forma de mutação constitucional, mas de uma forma de desrespeito ou de fraude à Constituição.”

em violação ao art. 55 da CRFB de 1988. A instituição do procedimento para regular a desfiliação partidária por justa causa pela Resolução 22.610/07 também revela este comportamento ativista, pois o TSE legislou positivamente sobre direitos políticos, invadindo a esfera de competência do Legislativo, já que compete privativamente à União legislar sobre direito eleitoral e processual.

4.5

O STF como guardião da Constituição e a constitucionalidade da Resolução 22.610/07: a representação argumentativa, o ativismo judicial e a ruptura com a proposta do diálogo institucional a partir da autocontenção judicial

Ao STF foi atribuída a função de guardião da Constituição pelo art. 102 da CRFB de 1988, o que lhe dá a última palavra para aferir a compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição. Mesmo em violação ao art. 55 da CRFB de 1988, o STF entendeu que o TSE é competente para regulamentar a perda de mandato por infidelidade partidária até que o Congresso o faça, bem como o processo de justificação de desfiliação por justa causa. Posteriormente ao julgamento dos mandados de segurança (26602/DF, 26603/DF e 26604/DF), o STF foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da Resolução 22.610/07, por meio de ADI 3999-7/DF ajuizada pelo Partido Social Cristão. Por maioria de votos, a mencionada ADI foi julgada improcedente, adotando o Ministro relator, Joaquim Barbosa, um posicionamento maximalista, em relação ao instituto da fidelidade partidária:

[...] de pouco adianta a Corte reconhecer um dever – fidelidade partidária – e não reconhecer a existência de um mecanismo ou de um instrumento legal para assegurá-lo. A inexistência do mecanismo leva a quadro de exceção, que se crê ser temporário. É nesse quadro excepcional, de carência de meio para garantia de um direito constitucional marcado pela transitoriedade, que interpreto a adequação da resolução impugnada ao art. 21, IX do Código Eleitoral, este interpretado conforme a constituição. O poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral se submete por óbvio à Constituição. [...] A atividade normativa do TSE recebe seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo. (STF, ADI 3999-7/DF⁶⁷).

⁶⁷ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI-3999-7/DF, trecho do voto do Min. Relator Joaquim Barbosa, p. 09-10, julgada pelo Tribunal Pleno em 12/11/2008, ementa publicada em

Os únicos posicionamentos minimalistas que se manifestaram favoravelmente à declaração de inconstitucionalidade da Resolução 22.610/07 foram os dos Ministros Eros Roberto Grau e Marco Aurélio Farias de Melo:

Para mim esta resolução é multiplamente inconstitucional. [...] Daí a indagação, essencial ao deslinde da questão que ora cogitamos: o Tribunal Superior Eleitoral foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que foram disciplinas da Resolução n. 22610/07? Não, evidentemente. O Código Eleitoral autoriza o Tribunal Superior apenas, unicamente, exclusivamente a dispor sobre a sua execução [dele, Código Eleitoral] e da legislação eleitoral, sem força para inovar no ordenamento. [...] E nem poderia essa faculdade a ele ter sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal, que ao menos ao que me consta, ainda não distribui competências, em lugar da Constituição. Estamos aqui para assegurar a prevalência da Constituição, de modo que me causa espanto e medo o sentimento que de quando em quando não há de ser assim. [...] Julgo procedente a ação direta. (STF, ADI 3999-7/DF⁶⁸).

[...] Não posso assentar que houve realmente a normatização no campo do processo e do direito eleitoral substancial e, desconhecendo a competência do Congresso Nacional, vir, na fase subsequente de julgamento do tema de fundo, do pedido, concluir pela constitucionalidade da atuação do Tribunal Superior Eleitoral. (STF, ADI 3999-7/DF⁶⁹).

No exercício do controle abstrato de constitucionalidade das leis há que se considerar a concepção histórica da Constituição⁷⁰, ou seja, o contexto histórico em que determinada norma foi elaborada pelo poder constituinte originário. A

17/04/2009, no Diário Judiciário Eletrônico 071. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 5 set. 2010.

⁶⁸ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI-3999-7/DF, trecho do voto do Min. Eros Roberto Grau, p. 130-134, julgada pelo Tribunal Pleno em 12/11/2008, ementa publicada em 17/04/2009, no Diário Judiciário Eletrônico 071. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 5 set. 2010.

⁶⁹ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI-3999-7/DF, trecho do voto do Min. Marco Aurélio Farias de Melo, p. 120, julgada pelo Tribunal Pleno em 12/11/2008, ementa publicada em 17/04/2009, no Diário Judiciário Eletrônico 071. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 5 set. 2010.

⁷⁰ Nas decisões do STF, os votos dos ministros não apresentam uma fundamentação que revele uma continuidade histórica de seus argumentos, eles representam tão somente o seu posicionamento pessoal sobre determinada questão constitucional. Segundo CANOTILHO (2001, p.131), “a historicidade como categoria do direito constitucional implica colocar a ‘consciência humana’ no centro da teoria da constituição (e no centro de uma teoria do Estado e do Direito), de forma a poder afirmar-se que também aqui – no plano constitucional – se deve falar de um ‘ser-história’ e não apenas de um ‘ter-história’. A mudança do ‘ter-história’ e ‘ser história’ só se compreende quando ‘a história aceitar a historicidade’, isto é, captar o ‘sentido histórico do direito’, ‘como realização humana na história’ não dissolvendo o homem uma fria relação sujeito-objeto.”

Constituição não pode ser interpretada unicamente com o fito de promover uma adequação da Lei à realidade social, de forma a permitir que o julgador inove no ordenamento jurídico, violando o espírito com que o texto Constitucional foi elaborado. E, na questão da fidelidade partidária, o poder constituinte originário, com a promulgação da CRFB de 1988, recepcionou a EC-25/85, deixando de prever a perda do mandato eletivo para a prática de atos de infidelidade partidária.

Questionando o modo como o STF deve exercer o seu papel de guardião para garantir a unidade da Constituição CERQUEIRA e CERQUEIRA (2008, p.177) indagam “qual é o papel do STF? Julgar a Constituição brasileira conforme suas disposições ou entender inconstitucional uma norma conforme seu pensamento? – ou seja, inconstitucional é o que está na CF/88 ou o que o STF entender como tal?.” Levando em conta tal indagação, constata-se que o STF, no exercício da função de controle de constitucionalidade que lhe é inerente, assumiu uma argumentação representativa⁷¹, a partir do modelo de constitucionalismo comunitarista, que permite aos juízes adotar uma interpretação voluntarista da normatividade jurídica (regras e princípios), retórica, já que apenas

Eles [os juízes] se apresentam como os intérpretes por excelência dos sentidos possível do texto constitucional e aqueles capazes - em função inclusive de virtudes pessoais - de ponderar sobre quais valores sociais devem ser considerados pela sociedade como prevaletentes. (REPOLÊS, 2002, p. 104).

A mutação inconstitucional, operada pelo TSE com a edição da Resolução 22.610/07, não encontra o menor respaldo do texto Constitucional; ao contrário, vai de encontro à concepção histórica da Constituição. Além da falta de previsão legal da infidelidade partidária como causa de perda do mandato eletivo no art. 55 da CRFB de 1988, deve-se considerar que o art. 17, § 1º, do mesmo diploma legal, confere autonomia para os partidos políticos estatuírem normas de

⁷¹ Conforme destaca VALLE (2009, p. 39 *et. seq.*), “a recepção da categoria da representação argumentativa pelo discurso do Ministro Gilmar Mendes é, com efeito, estratégica para a legitimação da expansão da competência institucional do Tribunal, verificado por meio de um ativismo jurisdicional.” Segundo este posicionamento, “o Supremo Tribunal Federal é um espaço democrático (...) aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Ele se constitui na “casa do povo, capaz de suprir as omissões legislativas mediante sentenças de perfil aditivo. Este posicionamento pressupõe que não existe contradição entre direitos e garantias fundamentais e democracia, já que não considera que a representação seja essencialmente a política, permitindo-se aos Tribunais adotar outra forma de representação, qual seja, a argumentativa.” (CAMARGO, NETO, 2010, p. 13). Disponível em: <[www.http://pesquisaconstitucional.files.wordpress.com/2010/06/representacao-argumentativa.doc](http://pesquisaconstitucional.files.wordpress.com/2010/06/representacao-argumentativa.doc)>, Acesso em: 5 set. 2010.

disciplina e fidelidade partidária, que não pode ser violada pelo Estado. Assim, uma interpretação legítima do texto Constitucional pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade, deveria passar pela verificação da compatibilidade da Resolução 22.610/07 com a Constituição. E não externar o posicionamento dos Ministros, numa representação argumentativa de toda a sociedade, em relação à necessidade de regulamentação da fidelidade partidária com a perda do mandato eletivo, para corrigir o desvio ético-político dos parlamentares trânsfugas em relação ao partido e aos próprios eleitores. Ao pretender descobrir o verdadeiro significado do texto constitucional no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, no julgamento da ADI-3999-7/DF, o STF não poderia ter legitimado a atuação do TSE ao editar a Resolução 22610/07, pois atuou como legislador positivo⁷², ao criar “outra regra legal substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o legislador.” (ADIN 10.638/DF⁷³).

Para evitar tal postura é que se propõe a adoção da teoria da minimalista de Sunstein (1999), para que o STF, no exercício do controle de constitucionalidade, evite atuar como legislador positivo. Quanto mais restrita e superficial for a atuação dos Tribunais no exercício do controle de constitucionalidade, tal como prevê essa teoria, mais os outros poderes, especialmente o Legislativo, poderão se engajar numa interpretação independente da Constituição, contribuindo para a atualização do sentido e do alcance do texto Constitucional. A Corte, no exercício do controle de constitucionalidade das leis, deve atuar de forma minimalista, utilizando-se do “uso construtivo do silêncio” (SUNSTEIN, 1996, p.7-8), para evitar que a Constituição seja aplicada às situações não previstas pelo legislador, incentivando-se o processo democrático de formação da opinião e da vontade:

Tribunais não devem decidir questões desnecessárias à resolução do caso; Tribunais devem evitar a apreciação de matérias que ainda não estão maduras para a decisão; Tribunais devem evitar decidir questões constitucionais; Tribunais devem respeitar seus próprios precedentes; Tribunais devem, em alguns casos, perquirir o sentido para o caso, ao invés de procurar propósitos hipotéticos nas leis; Tribunais não devem ser órgãos consultivos. [...] Minha segunda sugestão é que o caminho do minimalismo, geralmente não sempre, mas geralmente faz sentido

⁷²“Sunstein (1995) defende a ideia de que a Corte americana seja parcimoniosa no emprego do controle de constitucionalidade pelo fato de que, na prática, suas decisões acabam por provocar uma legislação *sui generis*.” (CRUZ, 2004, p. 338).

⁷³ STF, Ação declaratória de inconstitucionalidade, ADIN 10368/DF, julgada pelo Tribunal Pleno em 18/05/2004, publicada no Diário do Judiciário da União, em 27/04/2001. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 5 set. 2010.

quando a Suprema Corte está apreciando questões de alta complexidade sobre sentimentos profundos de muita gente e onde a nação está em processo de mutação de seus conceitos morais ou de seus pontos de vista. Os dois argumentos podem ser unidos pela sugestão de que o Judiciário deve adotar formas de minimalismo que possam melhorar e fortalecer os processos democráticos. (SUNSTEIN⁷⁴, 1996, p. 7-8, tradução livre).

O uso construtivo do silêncio significa que os Tribunais não devem decidir de forma definitiva sobre questões constitucionais em casos difíceis, que ensejam um forte dissenso político ou moral. Devem considerar a possibilidade de tais serem decididas nas instâncias majoritárias de tomada de decisão. Trata-se de preservar o dissenso, ínsito à esfera política, de forma que é prematuro os Tribunais decidirem sobre tais questões em sede de controle de constitucionalidade. O minimalismo decisório visa promover “o debate democrático, bem como a mobilização e participação dos atores políticos eleitos democraticamente, ao deixarem questões controversas e complexas abertas ao experimentalismo democrático.” (SILVA, 2008, p. 3327)

Ao editar a Resolução 22.610/07, o TSE tratou de temas complexos como a flexibilização da autonomia partidária em relação a definição das regras de fidelidade partidária, a discussão sobre a titularidade do mandato no sistema proporcional - se ele deve pertencer ao partido ou ao candidato eleito-, entre outras questões. Temas controversos exigem tamanha profundidade e abstração que não poderiam ser definidos pelo TSE, sem terem sido antes objeto de debate na esfera pública política, fórum adequado se tentar obter consenso.

Desse modo, o caso da fidelidade partidária exigia que os Ministros do STF reconhecessem que o Poder Judiciário também apresenta limitações institucionais, que comprometem a análise de questões constitucionais complexas, e que a instituição da fidelidade partidária ainda não tinha passado pelo “experimentalismo democrático.” (SILVA, 2008, p. 3327).

Logo, no julgamento da ADI-3999-7/DF, o STF atuou de forma ilegítima no exercício do controle abstrato de constitucionalidade da Resolução 22.610/07,

⁷⁴ No original: “[...] courts should not decide issues unnecessary to the resolution of a case; courts should deny certiorari in áreas that are not ripe for decision; courts should avoid decide constitutional questions; courts should respect their own precedents; courts should, in certain cases, investigate the actual rather than hypothetical purpose of statutes; courts should not issue advisory opinions; [...] My second suggestion is that a minimalist path usually –not always, but usually – makes sense when the Court is dealing with an issue of high complexity about with many people feel deeply and on wich the nation is in flux (moral or otherwise). [...] The two points can be linked by the suggestion that courts should adopt forms of minimalism that can improve and fortify democratic process.” (SUNSTEIN, 1996, p. 7-8).

pois cabe ao Poder Legislativo, que em última análise é o representante do povo e detém legitimidade democrática, fazer inserir no Art. 55 da CRFB de 1988 a hipótese de infidelidade partidária como causa de perda do mandato eletivo. Ao agir de forma proativa, o STF acabou legislando positivamente, assim como o TSE, ao editar a mencionada resolução:

Desvestido de poder para fazer instaurar em caráter inaugural, quaisquer inovações no sistema de direito positivo – função típica da instituição parlamentar, que não pode o Supremo Tribunal Federal, a pretexto de efetuar o controle de constitucionalidade, investir-se na inadmissível e heterodoxa condição de legislador positivo, o que efetivamente ocorreria na espécie, se viesse a ser conhecida, neste ponto, a presente ação direta. (ADIN 10.638/DF⁷⁵).

Conforme destaca Fallon (1997), em uma concepção semelhante à de Sunstein (1999), a tarefa do juiz, ao implementar a Constituição:

[...] não é apenas alcançar um julgamento pessoal sobre como a Constituição, vista à luz dos princípios morais corretos, seria lida da melhor forma. O papel dos juízes, não é exclusivamente o de contar a verdade sobre o significado da Constituição (da forma como cada um, pessoalmente, pensa que ela seria idealmente entendida), mas é também, às vezes predominantemente, o de participar em um projeto necessariamente cooperativo de implementação da Constituição. (FALLON JR⁷⁶, 1997, p. 147-148, tradução livre).

Trata-se de uma atitude de moderação judicial que exige dos juízes a reconfiguração do seu papel, abandonando a concepção de que a interpretação judicial do texto Constitucional possa ser realizada de forma solipsita, de modo que ele possa compartilhar, juntamente com os demais atores institucionais, “de um sistema elaborado de deliberação democrática.” (SUNSTEIN, 1999, p. 263).

Ao invés de corroborar a atuação ativista do TSE de condução informal da reforma eleitoral no país, o STF deveria ter declarado a inconstitucionalidade da Resolução 22.610/07, por violação ao princípio da separação de poderes e por obstaculizar o debate público sobre a matéria no Poder Legislativo, fórum

⁷⁵ STF, Ação declaratória de inconstitucionalidade, ADIN 10368/DF, julgada pelo Tribunal Pleno em 18/05/2004, publicada no Diário do Judiciário da União, em 27/04/2001. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 5 set. 2010.

⁷⁶ No original: “[...] a Justice’s job is not just to reach a personal judgement about how the Constitution, viewed in light of correct moral principles, would best be read [...] The Justices’ role is also, at least as importantly, one of taking into account and sometimes accommodating the reasonable views of others. The Justices’ role, moreover, is not exclusively one of truth-telling about the meaning of the Constitution (as each, personally, thinks that it ideally would be understood), but is also one, sometimes predominantly, of participating in a necessarily cooperative project of implementing the Constitution.” (FALLON JR., 1997, p. 147-148).

adequado para resolver o desacordo sobre questões eleitorais complexas. Assim, conduziria de maneira adequada a reforma eleitoral numa sociedade pluralista.

O STF, ao invés de se incumbir da função de determinar o melhor sentido e alcance do texto Constitucional, deveria se preocupar em promover um diálogo material com o Poder Legislativo, para que ele também seja considerado um parceiro na interpretação da Constituição. Como já ressaltado anteriormente, o diálogo institucional deve perpassar por “uma atuação permanente de provocações recíprocas a aprimorar o sentido e a efetividade da Constituição” (SILVA *et al.*, 2010, p. 106). Assim o ideal é que o Judiciário adote uma postura de autocontenção e ofereça ao Poder Legislativo a oportunidade de exercer sua própria função:

[...] em vez de apostar numa atitude positiva de provocação ou estímulo do Judiciário à resposta Legislativa, trilha o sentido oposto e preconiza que o julgador limite a sua intervenção, de forma a deixar mais espaço ao parlamento para desenvolver a função que, na repartição constitucional de poder, lhe é própria. (SILVA *et al.*, 2010, p. 93).

O Poder Judiciário, ao reconhecer que ele não é o poder institucionalmente autorizado a ser o primeiro, o permanente e o principal *locus*, para decidir questões fundamentais que envolvem os interesses da comunidade, demonstra uma deferência à função do Legislativo em respeito ao princípio da separação de poderes. Assim, ele encoraja o Poder Legislativo “na resolução política de questões constitucionais, que são objeto de desacordo.” (BATEUP⁷⁷, 2006, p. 28, tradução livre). Dessa forma, o Legislativo passa a ser visto pelo Judiciário como um parceiro em igualdade de condições para interpretar a Constituição, já que ele também deve contribuir para o aprimoramento do sentido do texto constitucional, ao lidar com questões de direitos, tomando decisões racionais e justificadas. Essa interação entre ambos tem um potencial muito maior de gerar um diálogo deliberativo (material), pois permite que cada poder efetivamente exponha a sua

⁷⁷ No original: “[...] techniques of judicial minimalism are a form of passive judicial participation in constitutional dialogue as they enable judges to open a dialogue with the political branches of government which serves to encourage the political resolution of constitutional issues that are the subject of disagreement.” (BATEUP, 2006, p. 28). Disponível em: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp>. Acesso em: 7 set. 2010.

visão sobre como deve ser interpretada a Constituição, sobretudo diante de questões complexas.

Já o ativismo judicial não incentiva o diálogo material entre os poderes, pois relega “o legislativo a um papel marginal, com uma atuação exclusivamente reativa.” (SILVA, *et al.*, 2010, p. 97). Sob esta perspectiva, o Legislativo, em razão de suas limitações institucionais, não tem condições de reagir de forma proativa em combate ao ativismo do Judiciário e este “continua dizendo àquele como a Constituição deve ser interpretada” (BATEUP⁷⁸, 2006, p. 22).

Embora o processo de deliberação, no âmbito do Poder Legislativo, seja lento, deve se reconhecer que ele reflete o percurso natural de tomada de decisões coletivas, nas quais se prima pela busca do interesse público. Em regra, o procedimento legislativo pauta-se num debate racional das pretensões levantadas em prol da institucionalização democrática da formação da opinião e da vontade de cidadãos livres e iguais, com respeito às opiniões minoritárias, para viabilizar a formação de maiorias decisórias. Mesmo levando-se em conta as peculiaridades do processo legislativo, o Poder Legislativo deve dar uma resposta efetiva à postura de autocontenção do Judiciário, exercendo a sua função à contento. Essa é a melhor forma de se “resgatar a dignidade da legislação” (WALDRON, 2003, p. 157). Assim, o Poder Legislativo deixa de ser visto como “uma instituição que macula a Constituição da República ou como o apêndice da democracia⁷⁹” (BIGONHA; MOREIRA, 2009, p. 1) e passa a ser visto como uma instituição relevante, capaz de “levar os direitos a sério”⁸⁰, tendo condições de tomar decisões racionais e justificadas em matéria de direitos ao interpretar a Constituição.

⁷⁸ No original: “[...] encourages activist judges to tell the political branches of government how to interpret the Constitution.” (BATEUP, 2006, p. 20). Disponível em: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp>. Acesso em: 7 set. 2010.

⁷⁹ Conforme advertem BIGONHA e MOREIRA (2009, p. 2 e 4): “Como maculador da Constituição, é preciso que o Parlamento, a democracia e a Política sejam substituídas por uma instituição que garanta a permanência da pureza constitucional. É neste momento que a Constituição como obra da democracia, como obra da Política, como obra do Parlamento, é apropriada pelo processo judicial por intermédio do controle de constitucionalidade. [...] Do ponto de vista lógico, o mandato e a Política cedem lugar à sentença, cedem lugar à técnica. [...] Se as intervenções do Legislativo são vistas como maculadoras e se a Política torna o Direito impuro, abre-se caminho para que as prerrogativas do Legislativo sejam esvaziadas, de modo que outro poder [o Judiciário] passe a exercer tais funções.”

⁸⁰ A expressão foi parafraseada de Dworkin.

Desse modo, é possível combater, a um só tempo, o ativismo judicial e o institucionalismo assimétrico, que ainda predominam no cenário constitucional brasileiro. Este é o caminho para se instituir um controle fraco de constitucionalidade, cuja implementação pode ser obtida pela autocontenção judicial, ao obstar que o Poder Judiciário de atuar como legislador positivo no exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Esta proposta interpretativa faz com que o Poder Judiciário deixe de atuar como “tutor da Constituição, impedindo que as emendas à Constituição caminhem para ser substituídas, com um truque hermenêutico, pela Mutaço Constitucional.” (MOREIRA e BIGONHA, 2009, p. 4). Nesse sentido, a adoço da teoria minimalista em sede de controle de constitucionalidade representa um ganho democrtico, na medida em que permite instaurar um debate prvio de questes constitucionais complexas no mbito do Poder Legislativo, enriquecendo a deliberaço pblica a partir da promoço da democracia deliberativa.