

# **A razão e o voto**

**DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS  
COM LUÍS ROBERTO BARROSO**

Oscar Vilhena Vieira  
Rubens Glezer

**ORGANIZAÇÃO**

# O direito, a política e a vanguarda do STF: riscos democráticos

*Adriana Ancona de Faria\**  
*Roberto Dias\*\**

## 1. Introdução

Pretendemos, neste trabalho, discutir o papel que o Supremo Tribunal Federal (STF) assume numa ordem democrática quando atua de forma ativista ao julgar questões que envolvam direitos fundamentais, especialmente os direitos políticos.

Analisaremos a tensão entre o retrocesso democrático que resulta da judicialização da política e os ganhos oriundos da efetivação de direitos fundamentais, cujo reconhecimento, mesmo que pela via judicial, pode significar o fortalecimento da ordem constitucional brasileira inaugurada em 1988.

A pergunta central que buscaremos responder neste ensaio é a seguinte: ao se deparar com questões de direito e com questões de política, como deve atuar o STF?

Para tanto, dialogaremos com as premissas apresentadas pelo texto de Luís Roberto Barroso — que reconhece uma função majoritária e representativa do STF<sup>1</sup> — trazendo, ainda, o exame crítico de casos emblemáticos

---

\* Doutora em direito constitucional pela PUC-SP, professora de direito constitucional da PUC-SP, coordenadora institucional da FGV Direito SP.

\*\* Doutor em direito constitucional pela PUC-SP, professor de direito constitucional da PUC-SP, coordenador da graduação da FGV Direito SP.

<sup>1</sup> A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Texto referência para diálogo com este ensaio.

julgados pelo Supremo, como o da verticalização das coligações partidárias (ADIs nº 2.628-3 e nº 2.626-7), aquele que fixou o número de vereadores proporcional à população do município (RExt 197.971) e os que instituíram a fidelidade partidária (MS nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604).

O STF, nesses casos, tem sido capaz de enfrentar legitimamente tais problemas? A atuação do Supremo na análise de constitucionalidade em relação a esses casos busca atender a que papel? O STF tem se preocupado em garantir a proteção de direitos fundamentais, amparados constitucionalmente, a fim de preservar as regras do jogo democrático contra uma maioria ocasional que queria se perpetuar no poder, ou o Tribunal tem avançado essa fronteira, fazendo escolhas políticas, de modelos institucionais, que deveriam ser definidos pela atuação dos demais poderes da República?

Enfrentando esse debate, Luís Roberto Barroso, ao analisar a jurisdição constitucional, explicita que ela envolve dois tipos de atuação: (a) a *contra-majoritária*, um valor amplamente aceito, que se fundamenta na proteção dos direitos fundamentais como valor ético de uma comunidade política, na preservação da regra do jogo democrático e na defesa dos canais de participação de todos, e (b) a *representativa*, que, conforme o autor, responde a um “papel especialmente visível e importante no Brasil, mas que prescinde de efetivo debate doutrinário”. Referida atuação decorreria, especialmente, do déficit democrático da representação política, do esgotamento do modelo tradicional de separação dos Poderes em face do constitucionalismo contemporâneo e do “reconhecimento do Judiciário como melhor intérprete do sentimento majoritário para certos contextos”.

Focando o debate sobre *o STF e sua função majoritária e representativa*, Barroso defende as vantagens do Judiciário ante o Legislativo como intérprete da Constituição para certas hipóteses, apresentando, em síntese, as seguintes razões: a) o efeito democratizador do Judiciário, pelo fato de os juízes serem recrutados entre pessoas de diferentes origens sociais, por meio de concurso público, em contraposição ao elevado custo das campanhas eleitorais, que articula uma inevitável aliança da representação legislativa com interesses particulares dos seus financiadores; b) as garantias de independência da magistratura e os condicionamentos próprios da atividade jurisdicional, como a vitaliciedade, a impossibilidade de iniciativa judicial para deflagrar o processo, o dever de escutar as partes envolvidas, o julgamento

no limite do pedido formulado e o dever de fundamentar suas decisões; c) a superação do conceito de democracia restrito à legitimação eleitoral do poder pelo acolhimento de um conceito democrático deliberativo, articulado a uma legitimação discursiva, o que reconciliaria a jurisdição constitucional à democracia;<sup>2</sup> d) o reconhecimento da necessidade de cautela contra riscos antidemocráticos da atuação judicial, uma vez que esta não está imune a tentações populistas e atitudes arrogantes, mas uma avaliação da realidade confirmaria a atuação das cortes em favor de posições majoritárias da sociedade (papel de *vanguarda iluminista* das cortes que deve ser exercido com parcimônia para que não se transforme em instância hegemônica); e) por fim, a possibilidade de *diálogo institucional*<sup>3</sup> entre Legislativo e Judiciário e a minimização de riscos de uma atuação abusiva do Judiciário, tendo em vista que a judicialização depende da ocorrência de inércia do Legislativo, e o destaque a três situações que podem atenuar esta circunstância: “(i) a interpretação da Corte pode ser superada por ato do Parlamento ou do Congresso, normalmente mediante emenda constitucional, (ii) a Corte pode devolver a matéria ao Legislativo, fixando um prazo para a deliberação ou (iii) a Corte pode conclamar o Legislativo a atuar por meio do que se convencionou chamar de ‘apelo ao legislador’”.

## 2. O STF e as questões de direitos

Numa democracia, a regra procedimental básica é a do respeito às decisões da maioria.<sup>4</sup> Trata-se de uma – mas não a única – regra que pretende dar legitimidade ao regime. E exatamente por prever o consenso da maioria, há um pressuposto inafastável, que é a existência de uma minoria que se opõe ao grupo majoritário. Portanto, o dissenso é indissociável de um regime democrático. Nele devem vigorar as visões antagônicas do mundo, os interes-

<sup>2</sup> Nesse sentido, ver: ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, p. 578 e segs., 2005, apud L. R. Barroso, “A razão sem voto”, neste livro, p. 57, nota 72.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 66, nota 107.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. Especialmente p. 41 e segs.

ses políticos conflitantes, o pluralismo de ideias. E isso só pode se dar na medida em que houver respeito às minorias e a seus direitos fundamentais. Como adverte Norberto Bobbio,<sup>5</sup>

as regras formais da democracia introduziram pela primeira vez na história as técnicas de convivência, destinadas a resolver os conflitos sociais sem o recurso à violência. Apenas onde essas regras são respeitadas o adversário não é mais um inimigo (que deve ser destruído), mas um opositor que amanhã poderá ocupar o nosso lugar.

Apenas “a democracia permite a formação e a expansão das revoluções silenciosas”, a “renovação gradual da sociedade através do livre debate das ideias e da mudança das mentalidades e do modo de viver”.

Como se nota, sem a liberdade de crítica, de divergência, de discordância e de dissenso não serão feitas as “revoluções silenciosas”, não serão atingidos novos consensos e não ocorrerá alternância pacífica do poder. Mas a liberdade não basta. É imprescindível que todos possam agir e se expressar para formar, a partir do dissenso, um consenso renovado. E aqui estamos falando da proteção da igualdade. Contudo, se a democracia é uma técnica de convivência e resolução pacífica dos conflitos, ela exige, obviamente, a proteção do direito à vida não só como um pressuposto para o exercício dos outros direitos, mas como um direito em si, que afasta a violência como meio de solução dos litígios.

Nesse sentido, os direitos fundamentais compõem a essência da democracia e funcionam — nas palavras de Jorge Reis Novaes — como trunfos contra a maioria, na medida em que se mostram como uma trincheira “contra as decisões da maioria política”, auxiliando

a posição mais débil, mais impopular ou mais ameaçada, não para fazer prevalecer ou impor à maioria, mas para garantir ao indivíduo ou à minoria isolada o mesmo direito que têm todos a escolher livre e autonomamente os seus planos de vida, a expor e divulgar as suas posições junto dos concidadãos, a ter as mesmas possibilidades e oportunidades que quaisquer outros para apresentar e defender as suas con-

<sup>5</sup> Norberto Bobbio, *O futuro da democracia*, 1986, p. 39.

cepções, opiniões ou projetos, isto é, a competir com armas iguais no livre mercado das ideias.<sup>6</sup>

Tais direitos, protegidos no Brasil pela cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição, não estão à disposição da maioria. Aliás, não estão à disposição sequer da unanimidade dos que compõem a sociedade brasileira, levando-nos ao famoso problema: as cláusulas pétreas não seriam antidemocráticas, ao impedir deliberações da maioria e, até mesmo, aquela decorrente da vontade de todos?<sup>7</sup> No caso da cláusula de proteção dos direitos fundamentais, seria um equívoco entendê-la como antidemocrática na medida em que ela busca proteger alguns dos mais importantes pressupostos do próprio regime democrático. Claro que a expansão desse núcleo intangível nos levará a outro paradoxo: quanto mais Constituição, menos Constituição.<sup>8</sup> Se a pretensão é proteger de forma muito ampla a Constituição, isso poderá causar um “défice de normatividade” na medida em que seus intérpretes e aplicadores, com leituras complacentes, buscarão salvá-la para a realidade constitucional.<sup>9</sup> Ademais, o excesso de Constituição com uma ampla gama de dispositivos petrificados poderá acarretar a privação de uma das principais funções do poder constituinte reformador, que é a de

<sup>6</sup> NOVAES, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 33-35.

<sup>7</sup> Entre nós, ver VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça* (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 1999. O autor lembra a passagem da *Odisseia* de Homero em que Ulisses é amarrado, por vontade própria, ao mastro da embarcação para não sucumbir aos cantos das sereias, trecho esse explorado por Jon Elster para tratar dos mecanismos constitucionais de pré-comprometimento. Depois de tratar, com base na obra de Stephen Holmes, do bloqueio do corpo político com o objetivo de autopreservação, o autor menciona que a “possibilidade de autovinculação e de restrição da vontade majoritária das gerações futuras é, no entanto, muito problemática se vista da perspectiva da teoria democrática, mais especificamente das teorias democráticas procedimentais ou majoritárias. Para essas correntes a democracia ‘é um sistema de governo da maioria que não impõe restrições à substância dos resultados sancionados pelo eleitorado, com exceção daquelas que são exigidas pelo próprio procedimento democrático de governo popular’. Assim, toda pretensão de se controlar os resultados produzidos pelo procedimento democrático que extrapole a defesa dos requisitos mínimos para o funcionamento da democracia será espúria e injustificável” (p. 22).

<sup>8</sup> MOREIRA, Vital. *Constituição e democracia na experiência portuguesa*. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 272.

<sup>9</sup> *Ibid.*

evitar o surgimento do poder constituinte originário. A proteção constitucional maximizada favorecerá, em última análise, a ruptura constitucional. A intenção de proteger amplamente a Constituição poderá gerar o fim dela própria, impondo a todos o ônus político e as incertezas decorrentes da manifestação do poder constituinte originário.

Enfim, parece-nos legítima a atuação contramajoritária da Suprema Corte ao defender os direitos fundamentais que se revelam como verdadeiros pressupostos para o exercício democrático e estão imunes a decisões da maioria e até mesmo da unanimidade dos que compõem a sociedade brasileira. Mas expandir essa atuação do STF para outras hipóteses poderá gerar graves problemas. Um tribunal que, em certos temas, pode ser reconhecido como de vanguarda, em outros poderá materializar o próprio retrocesso democrático, com o esvaziamento da vontade popular e do Parlamento.

Assim é que, se a atuação contramajoritária do STF, na defesa dos direitos fundamentais que formam a base do regime democrático, pode ser vista como algo louvável, a mesma conclusão não poderá ser atingida quando a Corte se deparar com questões de política, como veremos a seguir.

### 3. O STF e as questões de política

O paternalismo, como bem demonstrado por Isaiah Berlin — baseado nos pensamentos de Kant —, é despótico, “não porque seja mais opressivo do que a tirania manifesta, brutal”, mas por ser um “insulto a minha concepção de mim mesmo como ser humano”.<sup>10</sup> O STF, ao se pretender onipresente no processo de efetivação de direitos e se reconhecer como porta-voz da representação majoritária, com legitimidade para fazer escolhas político-institucionais, atua de forma abusiva. Em face das dificuldades de desenvolvimento do processo democrático que resiste à correção de situações indesejáveis, o Supremo, ao atuar de forma protetiva, acomoda a participação e a responsabilidade do povo e de seus representantes, deslocando da política para o

<sup>10</sup> BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 259.

direito o protagonismo do espaço decisório, fragilizando a democracia em nome de seu aprimoramento.

Não nos interessa retomar aqui um debate entre positivistas e pós-positivistas, nem mesmo questionar a validade do processo de democratização da hermenêutica constitucional, ou do alargamento interpretativo assumido doutrinariamente com o objetivo de garantir a concretização material e não somente formal do princípio da igualdade, como condição de fortalecimento democrático de determinada ordem constitucional.<sup>11</sup> O que realmente queremos enfrentar são os pressupostos democráticos no reconhecimento do exercício de uma “função majoritária e representativa do STF”, como exposto por Barroso.

É razoável reconhecer um papel representativo ao Judiciário? Representativo do quê? De quem? Representativo de uma vanguarda iluminista, dos anseios da maioria ou de ambos? Representativo porque fundamentado? Representativo porque amparado por uma legitimação discursiva? Qual a racionalidade legitimadora dessa fundamentação? É uma racionalidade do direito ou da política? É razoável admitir que o STF assuma um papel representativo porque alheio a interesses articulados ao financiamento de campanhas eleitorais e porque seus membros são resguardados pela vitaliciedade e o ingresso dos magistrados se dá via concurso público? É democrático admitir condição de representatividade ao Supremo como reação legítima à inaceitável inércia do Legislativo, um poder em crise de representatividade?

Podemos admitir que a ordem constitucional brasileira autoriza o Judiciário a preencher as lacunas legislativas, definindo e criando direitos em decorrência da inércia do Legislativo, afinal criou institutos para controlar a inconstitucionalidade, inclusive ante omissões dos poderes públicos.<sup>12</sup> Podemos inclusive admitir que garantir efetividade e aplicabilidade aos princípios constitucionais, proibindo retrocessos, em favor de um constitucionalismo dirigente, seja entendido como um mecanismo democrático, amparado pela ordem constitucional brasileira, apesar de todos os debates

<sup>11</sup> Nesse sentido, Barroso traz boas referências ao tema, tanto na doutrina nacional quanto internacional, apresentando a produção bibliográfica de Peter Häberle, Gisele Cittadino e David Diniz Dantas, entre outros.

<sup>12</sup> Ver, por exemplo, os arts. 5º, LXXI, e 103, §2º, que criaram, respectivamente, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

que giram ao redor desse tema. Mas a aceitação dessas possibilidades, como eventuais vantagens democráticas, permite o reconhecimento de uma legítima posição política representativa do STF?

O empoderamento do direito na esfera da política ou o reconhecimento de legitimidade política à atuação judicial, no exercício de competências próprias dos poderes Legislativo e Executivo, que explicitam um *rearranjo institucional, a complexidade da vida moderna, potencializada pela diversidade e pelo pluralismo*, traduzem efetivamente a “promoção de valores republicanos, o aprofundamento democrático e o avanço social”, como defende Barroso, ou enfraquecem o processo democrático do país?

Ao reconhecermos o exercício da atuação contramajoritária do STF, como expressão de valores democráticos, estamos acolhendo a ideia de que uma soberania popular limitada é condição necessária à proteção das liberdades, em favor da possibilidade de contenção de uma tirania da maioria. Independentemente dos debates existentes entre substancialistas e procedimentalistas<sup>13</sup> sobre o tema, é possível afirmar que, do ponto de vista constitucional, a ordem jurídica brasileira não teve dúvidas em legitimar essa atuação, seja ao estabelecer cláusulas pétreas a um grupo temático de questões que superam a proteção de liberdades e direitos fundamentais, seja ao prever a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais.<sup>14</sup>

Entretanto, entendemos que o acolhimento de um conceito democrático deliberativo, articulado a uma legitimação discursiva, “reconciliando a jurisdição constitucional à democracia”, como defende Barroso, não é suficiente para autorizar a possibilidade de decisão pelo Judiciário em questões reservadas a uma escolha política, ainda que bem fundamentada, além de não autorizar o reconhecimento de caráter representativo e majoritário na atuação do STF.

<sup>13</sup> Nesse sentido, são paradigmáticas as posições de Ronald Dworkin, especialmente em: *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006; id. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; id. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, e as posições de John Hart Ely, especialmente em *Democracia y desconfianza, una teoría del control constitucional*. Tradução de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes, 1997.

<sup>14</sup> Ver, por exemplo, os arts. 96, 102, I, “a”, III, e parágrafos, da Constituição Federal.

Ainda que uma democracia não possa ser medida exclusivamente pelo respeito às decisões majoritárias e deva considerar a capacidade de tomada de decisões significativas na concretização de direitos que qualificam a realidade político-social objetivada pela ordem constitucional, ela não pode prescindir da ideia de que as escolhas políticas devem ser tomadas pelo povo, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.<sup>15</sup>

Assim como a representatividade eleitoral não garante por si só a autoridade ética das decisões parlamentares, o respeito aos anseios populares e a preservação das regras do jogo democrático — sofrendo, por isso, restrições impostas pela própria Constituição —, a *legitimação discursiva* da decisão judicial não se torna expressão democrática nem representativa da sociedade quando incide sobre a esfera decisória dos demais poderes da República. A atuação do Supremo na esfera de competência da atividade política representativa permite a concentração do poder nas mãos do Judiciário, que, além de julgar, passa a administrar e a criar o direito. Um Judiciário com esse perfil enfraquece uma cidadania ativa garantida pelo controle popular decorrente do poder de escolha de seus mandatários. Aceitar que a Suprema Corte tenha tais atribuições retira o poder do povo na construção coletiva de consensos, cria obstáculos a decisões majoritárias, próprias dos processos decisórios da prática política, delegando o debate ideológico ao sistema jurisdicional.<sup>16</sup>

O reconhecimento de uma hermenêutica aberta a conteúdos normativos, extranormativos e metanormativos, como desenvolvido por parte da doutrina,<sup>17</sup> ampliando o espaço de determinação do direito, e assumindo um referencial ético aos fundamentos do ordenamento constitucional, não autoriza, para o bem da democracia, o esvaziamento do espaço político, nem mesmo a apropriação das decisões desse espaço por poderes que não possuam representação para a escolha a ser assumida.

<sup>15</sup> FARIA, Adriana Ancona de. *O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos anti-democráticos*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 164.

<sup>16</sup> Dialogo importante sobre essa situação na obra de GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>17</sup> Nesse sentido, ler CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

Em verdade, esse reconhecimento ético do direito fundamenta a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional e, no caso brasileiro, autoriza a atuação supletiva do STF, diante de omissões inconstitucionais que limitem o reconhecimento do direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração.<sup>18</sup> É na necessidade de equiparar a dignidade de todos, enquanto razão pública de uma ordem democrática, que se pode reconhecer o Supremo como foro adequado para dar a última palavra sobre questões de direitos. A racionalidade que articula o processo decisório da atividade jurisdicional deve ser a racionalidade jurídica, ou seja, uma racionalidade que discuta direitos e deveres, e não a racionalidade de vontades e escolhas que é própria da política.<sup>19</sup> Por esse motivo é que se deve ter claro que a atuação do Judiciário, mesmo quando cria direitos, porque reparadora de uma omissão legislativa inconstitucional, não se traduz numa atuação *contrarrepresentativa* nem como uma atuação majoritária, mas como um contracontrole normativo, em que o Judiciário, no exercício de uma função supletiva, que só poderá ser sua se adstrita ao uso de uma racionalidade jurídica, decidirá sobre questões de direito e não deverá fazê-lo sobre questões da política.

<sup>18</sup> Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, op. cit.

<sup>19</sup> Nesse sentido, Adriana Ancona de Faria, *O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral*, op. cit., p. 160-161: "O reconhecimento de que a última palavra é do STF, no que concerne ao exercício de controle de constitucionalidade, não representa, a nosso ver, a aceitação de que cabe ao órgão máximo do Judiciário brasileiro definir o sentido da Constituição de maneira exclusiva e absoluta. Se todo processo de concretização constitucional estivesse sob a competência do Judiciário, pouco sentido haveria na existência dos demais Poderes e muito menos no reconhecimento da autoridade que lhes cabe no exercício de suas funções. [...] É possível admitir que a ordem constitucional brasileira aceita o Judiciário como o Poder competente para dar unidade de sentido àqueles princípios que se traduzem em concepções morais fundamentais e funcionam como unificadores da interpretação (apesar da grande controvérsia que há nesse sentido). Isso, porém, não abarca a conceituação de outros dispositivos constitucionais que possuam alto grau de generalidade — e, nesse sentido, recebam o nome de 'princípios' na tradição brasileira — nem daquilo que, na esfera de um princípio fundamental, não diga respeito à concepção moral que merece ser identificada como valor unificador da ordem constitucional. Os outros Poderes podem e devem participar da delimitação desses conceitos, concretizando a ordem constitucional por meio de leis e demais atos jurídicos. Dessa maneira, não é correto entender que o Judiciário possa restringer escolhas majoritárias sobre percursos, metas, projetos e desenhos institucionais, ou mesmo preencher omissões sobre esses valores, desconsiderando os institutos jurídicos, a separação dos Poderes ou o sistema de controle de constitucionalidade instituído no País".

#### 4. A judicialização da política e o papel representativo e majoritário do STF: riscos democráticos

Ao reivindicar um papel representativo e majoritário na atuação do STF, Barroso argumenta, como apontado, que referida atuação decorreria, especialmente, do déficit democrático da representação política, do esgotamento do modelo tradicional de separação dos poderes em face do constitucionalismo contemporâneo e do “reconhecimento do Judiciário como melhor intérprete do sentimento majoritário para certos contextos”. Enfrentemos tais questões.

Inúmeras reflexões contemporâneas têm apontado o déficit democrático da representação política, não só por seu compromisso de resposta a coligações e acordos de interesses, mas também pela incapacidade de o Legislativo atender à complexidade do mundo atual e à pluralidade das demandas.<sup>20</sup> No mesmo sentido, também se reconhece o esgotamento do modelo tradicional de separação dos poderes, seja em função dos desafios de uma sociedade de massas, seja em face do constitucionalismo contemporâneo. A pergunta que, todavia, importa — no diálogo com os pressupostos apontados em relação à conclusão defendida por Barroso — é em que medida essa hipótese favorece ou prejudica a democracia.

Barroso questiona o atendimento dos anseios majoritários pelo Legislativo, seja em decorrência da inércia desse poder em favor dos anseios populares, seja no mérito de decisões assumidas. Nesse sentido, afirma que “a democracia já não flui exclusivamente pelas instâncias políticas tradicionais”. Ao desenvolver seu posicionamento, busca demonstrar o fortalecimento democrático na aceitação de uma atuação representativa e majoritária do STF sustentada teoricamente nas garantias de independência da magistratura e nos condicionamentos próprios da atividade jurisdicional, no dever de correção da atuação jurisdicional,<sup>21</sup> no dever de uma atuação jurisdicional cautelosa e deferente ao Legislativo e na possibilidade de diálogo interinstitucional entre os poderes, que garante ao Congresso a decisão final sobre o

<sup>20</sup> Nesse sentido, Antoine Garapon, *O juiz e a democracia*, op. cit.

<sup>21</sup> Nesse sentido recorre-se à ideia do direito como integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin, *O império do direito*, op. cit., p. 271 e segs.

nível de judicialização da vida. Argumenta que a legitimidade dessa atuação judicial se dá pela falta de atuação abusiva por parte do STF, inexistência de insatisfação popular com o papel desempenhado pelo Supremo e índices de aprovação da atuação da Corte Constitucional maiores do que os do Legislativo, no Brasil e no mundo.

Do nosso ponto de vista, as garantias de independência da magistratura e os condicionamentos da atividade jurisdicional, em razão da delimitação dessa atuação à provocação das partes e a uma decisão condicionada aos limites do pedido,<sup>22</sup> não passam de proteções necessárias a uma atuação não abusiva do Judiciário no exercício de sua atividade própria, ou seja, no poder de declarar o direito, tendo em vista a ordem constitucional. Aliás, essas previsões em nada agregam à defesa da expansão da atividade jurisdicional em decisões de natureza política. Ademais, o argumento do ingresso na magistratura por concurso público, como fator democratizador da atividade jurisdicional, dada a pluralidade de origem social, econômica e cultural dos juízes, ainda que possa representar um elemento de análise, desconsidera a identidade estamental adquirida no exercício do cargo e os interesses corporativos presentes no espaço da administração da justiça, o que enfraquece o raciocínio utilizado.<sup>23</sup>

Os pressupostos do dever de correção na atuação jurisdicional e do dever de uma atuação jurisdicional cautelosa e deferente ao Legislativo — com os quais concordamos —, quando aferidos em relação às decisões sobre questões político-eleitorais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), não se verificam na prática. Constata-se, na realidade, que

a falta de consistência decisória do STF no controle de constitucionalidade é uma situação de risco democrático, pois permite uma atuação abusiva do Judiciário, ao decidir sem a fundamentação exigida pela racionalidade jurídica, ou por se impor

<sup>22</sup> Se é verdade que, nas ações diretas, o Supremo está adstrito ao pedido, o fato é que ele pode declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos deduzidos na inicial, ou seja, a causa de pedir nas ações diretas é aberta. Nesse sentido, ver, entre outras, a ADI 2745-2/BA.

<sup>23</sup> Nesse sentido, ver o estudo desenvolvido por ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. Tese (doutorado) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

como presença absoluta, em desrespeito aos espaços representativos exigidos por uma sociedade democrática.<sup>24</sup>

Em face dos riscos decorrentes da falta de consistência das decisões judiciais, acrescida da incursão nas funções dos outros Poderes, gostaríamos de destacar que, especificamente no caso do exercício de controle de constitucionalidade na seara político-eleitoral, essa situação reveste-se de riscos ainda maiores, se considerarmos que esse campo regula exatamente as regras procedimentais da democracia e que uma atuação casuística e inconsistente pode interferir diretamente no jogo de forças políticas da sociedade, permitindo que a “elite judicial” desequilibre o processo político-eleitoral.<sup>25</sup>

É possível aceitar que a possibilidade de diálogo interinstitucional entre Judiciário e Legislativo possa devolver ao Parlamento o poder decisório sobre questões analisadas pelo Judiciário, e que parte do “nível de judicialização da vida” seja uma decisão do próprio Congresso, como defende Barroso. Todavia, dada a previsão constitucional de cláusulas pétreas, que define sem possibilidade de revisão legislativa a última palavra ao STF sobre determinados conteúdos jurídicos — e a depender da abrangência definida pelo Supremo ao se comprometer com uma “racionalidade constitucional”, para a qual tem o poder da última palavra —, a possibilidade desse diálogo pode ser reduzida de forma surpreendente e muito prejudicial à democracia. O reconhecimento de autoridade representativa e majoritária no exercício da jurisdição constitucional do STF, de modo amplo, representa, do nosso ponto de vista, uma dessas possibilidades de fragilização democrática, que escapa da decisão de judicialização da vida, imputada ao Congresso.

Se, nas questões de direito, a última palavra deve ser do Judiciário, ao debater questões de política, a última palavra deve ser do Legislativo. Mas esse equilíbrio poderá ser fortemente afetado se o próprio Judiciário passar a entender que questões políticas, na verdade, são questões de direito. E isso não é difícil de ocorrer, principalmente em razão da amplitude e da generosidade da Constituição brasileira de 1988 ao prever direitos. Uma ampliação desmedida dos poderes que forem concedidos a si mesmo pelo Supremo Tribunal Federal esvaziará por completo a esfera da política, com evidentes prejuízos para o fortalecimento da democracia.

<sup>24</sup> Adriana Ancona de Faria, *O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral*, op. cit., p. 156.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 155 e 156.

Como um dos defensores da ordem democrática, o Judiciário não pode acolher acomodações do Legislativo, que se recusa a protagonizar debates políticos necessários ao aperfeiçoamento da ordem democrática, a fim de não responder pelo custo político do processo. O Judiciário não deve assumir decisões que não são de sua competência, sob o argumento do atendimento de demandas populares majoritárias, desconsideradas pelos representantes legitimamente eleitos, cabendo-lhe atuar nos limites supletivos da ordem constitucional. Como bem explicita Daniel Sarmento:

[a] excessiva atuação do Judiciário, apoiada em uma análise dos limites e dos vícios da representação legislativa, além de desconsiderar as deficiências do Judiciário brasileiro, fragiliza o desenvolvimento democrático, na medida em que desarticula os avanços ou os retrocessos alcançados como consequência das decisões tomadas pelos representantes populares, enfraquecendo cada vez mais a importância da representação como possibilidade de o povo se autogovernar.<sup>26</sup>

Finalmente, duas observações sobre os argumentos relativos ao mundo do ser. O pressuposto de uma atuação não abusiva do STF, como já apontado por nós, pode ter ressonância na verificação de uma atuação contida da função contramajoritária exercida pelo Supremo naquilo que de fato lhe compete decidir nos termos da ordem constitucional e nos limites dos institutos jurídicos existentes.<sup>27</sup> Todavia, como já antecipamos, na seara político-eleitoral, entendemos que isso não se confirma. De outro lado, os argumentos de satisfação majoritária na atuação da jurisdição constitucional do STF, além de frágeis diante da natureza de proteção de direito a que essa atuação deve responder (muitas vezes de caráter contramajoritário), desconsideram os riscos democráticos ao desempoderarem a política como espaço de solução de conflitos e de construção social de consensos.

<sup>26</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

<sup>27</sup> Nesse sentido, DIMOULIS, Dimitri et al. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013. (Série pesquisa direito GV).

## 5. Análise de casos

Levando em consideração os argumentos desenvolvidos, buscaremos, agora, confirmá-los analisando três casos apreciados pelo STF. Nesta análise iremos nos valer, em grande parte, dos estudos desenvolvidos em tese de doutoramento, apresentando algumas das análises e conclusões realizadas, ainda que de maneira mais sintética.<sup>28</sup>

Parte da argumentação apresentada na análise dos casos trazidos no presente estudo, evidentemente, contam com argumentos que rechaçam a possibilidade de o Supremo decidir com base em uma racionalidade política, conforme nosso entendimento, o que não é compartilhado por Barroso, que destaca a importância de uma atuação *contrarrepresentativa* do STF ante o Legislativo. Porém, para além desse debate, cujo posicionamento já desenvolvemos nos itens anteriores, nos importa mostrar a fragilidade argumentativa e a falta de consistência das decisões tomadas. Com isso, pretendemos explicitar nossa contraposição à participação do Supremo como expressão de uma democracia deliberativa, e os riscos democráticos decorrentes da atuação pontual da Corte, ao desequilibrar as regras do jogo político, em desrespeito aos valores prestigiados por uma democracia representativa.

Independentemente da nossa concordância substancial, ou não, com o mérito de algumas decisões tomadas pelo STF nos casos apresentados, é importante ressaltar que, do ponto de vista democrático, a falta de consistência decisória ou a apropriação de competência representativa — como quer Barroso — própria do Legislativo (como defendemos) enfraquecem a institucionalidade democrática. Os casos apontados confirmam uma atuação maximizadora do Supremo, em espaços que exigem a participação social.

### *a. O caso da verticalização das coligações partidárias (ADI nº 2.628-3 e nº 2.626-7)*<sup>29</sup>

Em 26 de fevereiro de 2002, o TSE publicou a Resolução nº 21.002, que se origina de Consulta TSE nº 715/2001, formulada pelo Partido Democrático

<sup>28</sup> Adriana Ancona de Faria, *O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral*, op. cit.

<sup>29</sup> Para uma análise mais detalhada, ver *ibid.*, cap. 3, item 3.1.

Trabalhista (PDT). Tal Resolução dispunha que os partidos políticos que ajustassem coligação para eleição de presidente da República não poderiam formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tivessem, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.

Em março de 2002, vários partidos políticos propuseram ação direta de inconstitucionalidade contra a resolução do TSE alegando ofensa: a) ao princípio da anualidade (art. 16 da CF/1988); b) ao princípio da autonomia partidária, para definir suas coligações (art. 17 da CF/1988); c) à competência legislativa disposta na Constituição (arts. 22, I, e 48, *caput*, da CF/1988); d) ao princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF/1988). Além disso, alegavam que haveria clara inovação legislativa, em desacordo com o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/1988).

Em abril de 2002, o STF não conheceu das ADIs, defendendo que inexistiria violação direta a artigos constitucionais, pois não se estaria diante de um ato normativo, mas de mera interpretação do art. 6º da Lei nº 9.504/1997. A interpretação do TSE fundamentava-se no conceito de coligação partidária e no âmbito da circunscrição eleitoral, assuntos que não são tratados diretamente por nenhum dispositivo constitucional. Assim, seria impossível o controle de constitucionalidade de ato normativo secundário, conforme jurisprudência do STF.

Em 2006, em face da decisão tomada, o Congresso Nacional promulgou a EC nº 52/2006,<sup>30</sup> que alterou o art. 17 da CF/1988, definindo que os partidos políticos são autônomos para adotar os critérios de escolha e definir o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal.

<sup>30</sup> A Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, dá nova redação ao §1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais: "Art. 1º: O §1º do art. 17 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 17. §1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, *aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002*".

Referida emenda foi objeto de outra ação direta de inconstitucionalidade, a ADI nº 3.685-8-DF. Por maioria de votos, assumindo interpretação conforme a Constituição, o STF decidiu que as previsões contidas na EC nº 52/2006 não alcançariam o pleito de 2006, por ofensa ao devido processo legal, que estaria protegido por cláusula pétrea, resultante da exegese das previsões extraídas dos arts. 5º, 16 e 60 da Carta Maior.

É fácil perceber que a alteração interpretativa, que redefine o direito de coligação partidária, em rejeição à possibilidade de assimetria entre coligações nacionais, federais, estaduais e municipais, pela exigência de caráter nacional dos partidos políticos, não responde a argumento de “razão pública”,<sup>31</sup> mas de uma leitura política do STF — por meio de uma atuação do TSE — sobre os benefícios democráticos da exigência de verticalização das coligações eleitorais, o que, como já defendemos, não pertenceria à esfera de escolha do Judiciário.

O caso em questão representa a alteração de uma realidade jurídica eleitoral em virtude de uma inovação interpretativa formalizada em uma resolução do TSE. A nova interpretação, que alterou um conjunto de normas que vinha regulando os processos eleitorais anteriores, foi confirmada em decisão do STF. O conceito de caráter nacional dos partidos políticos nunca alcançou esse sentido na história política eleitoral do país até essa normatização realizada pelo TSE e aceita pelo STF.

Se o STF pretendia redefinir, por meio de uma atuação consistente, a normatização acerca das coligações eleitorais no país, teria de assumir o debate constitucional da questão, e não se furtar a enfrentar as ações diretas de inconstitucionalidade apresentadas contra a resolução do TSE, usando um argumento formal pouco consistente para a hipótese.

Quando do não acolhimento das ADIs contra a resolução do TSE, o STF, apesar da efetiva modificação das regras sobre coligações eleitorais decorrente do entendimento estampado na resolução, entendeu que não havia violação direta a artigos constitucionais, pois não se estaria diante de um

---

<sup>31</sup> Nos termos de John Rawls, como conceito de justiça que assume o ideal de reciprocidade entre cada indivíduo, apesar da diversidade de concepções de uma sociedade plural (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pizetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997).

ato normativo, mas de mera interpretação do art. 6º da Lei nº 9.504/1997. Dessa maneira, regras do processo eleitoral foram modificadas e aplicadas no mesmo ano em que lhes foi dada vigência, não em virtude da publicação de novo texto normativo, mas em decorrência de processo interpretativo inaugural. Entretanto, a utilização de uma compreensão formalista de que essa modificação não decorria de inovação normativa, mas de processo interpretativo de norma secundária, deu legitimidade a uma realidade que se contrapunha ao bem protegido pelo art. 16 da CF/1988. Vale ressaltar, todavia, que o Congresso Nacional, descontente com o entendimento da exigência de verticalização, editou a Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, alterando o §1º do art. 17 da CF/1988 e retirando a necessidade de simetria das coligações eleitorais, ao definir literalmente que a decisão sobre coligação eleitoral decorria do exercício da autonomia partidária.

A EC nº 52/2006 previu também sua vigência e sua aplicação nas eleições que ocorreriam em 2002. Com base nesse dispositivo, que evidentemente estava superado para as eleições de 2002, em virtude da data da promulgação da EC, mas que permitia a aplicação imediata do dispositivo para a eleição de 2006, houve a propositura da ADI nº 3.685-8-DF, questionando a constitucionalidade dessa aplicação por força do art. 16 da CF/1988. Nesse julgamento, entendeu o STF pela procedência do pedido para decidir por uma interpretação conforme, a fim de que a previsão disposta no art. 17, §1º, da CF/1988, nos termos disposto pela EC nº 52, só fosse aplicada após um ano de sua vigência. Por maioria de votos, entendeu o STF que a alteração em tempo inferior, mesmo que por meio de atividade do constituinte reformador, está adstrita ao controle de constitucionalidade e que o descumprimento do art. 16 ofenderia cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV), em afronta ao disposto no art. 5º, *caput* (segurança jurídica), e art. 5º, LIV (devido processo legal).

Merece destaque o modo como o STF condicionou a possibilidade de alteração de um mesmo direito, em sentidos contrários, de maneira absolutamente distinta. Essa situação é ainda mais grave em se considerando que o voto do ministro Nelson Jobim, no TSE, destaca que inexistiria prejuízo aos partidos em decorrência da mudança de interpretação do art. 6º da Lei nº 9.504/1997, pois o período de realização de convenções partidárias só ocorre no mês de junho, mês igualmente posterior ao da expedição da EC nº 52.

A análise da atuação judicial no presente caso aponta um ativismo judicial preocupante porque: a) autorizativo de uma atuação normativa de caráter inaugural para o TSE; b) frágil diante dos argumentos jurídicos que sustentaram a modificação do direito e as bases teóricas norteadoras dessa prática; c) inconsistente em relação à proteção de direitos e garantias individuais, o que foi demonstrado na diferença de tratamento assumida em relação ao acolhimento do art. 16 da CF/1988; c) pouco deferente aos valores constitucionais de liberdade e autonomia partidária e invasivo no espaço da escolha representativa do Legislativo, próprio da lei.

*b. Número de vereadores proporcional à população (Recurso Extraordinário nº 197.971/2002)<sup>32</sup>*

O Ministério Público de São Paulo moveu ação civil pública com o objetivo de reduzir de 11 para nove o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela, alegando que a previsão da Lei Orgânica do Município violaria o art. 29, IV, alínea "a", da Constituição Federal, acarretando prejuízo ao erário local. Ademais, haveria desrespeito à proporcionalidade, visto que o município tinha menos de 3 mil habitantes. Na ocasião, por exemplo, Sumaré tinha 168 mil habitantes e 13 vereadores e São Manoel tinha pouco mais de 38 mil habitantes e 21 vereadores, revelando que, na prática, municípios menos populosos tinham mais vereadores do que outros com muito mais habitantes.

O contra-argumento centrava-se na autonomia municipal e na consequente possibilidade de a Câmara Municipal fixar o número de vereadores, observados os parâmetros mínimo e máximo fixados pela Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, em março de 2004, entendeu que "a falta de um parâmetro matemático rígido" que delimitasse a ação dos legisladores municipais implicava afronta à isonomia, à proporcionalidade, à impessoalidade, à moralidade e à economicidade. Com isso, criou um parâmetro aritmético por faixa de habitantes e número de vereadores, adotado, pouco

<sup>32</sup> Para um estudo mais minucioso do caso, conferir Adriana Ancona de Faria, *O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral*, op. cit., cap. 3, item 3.2.

depois, pelas Resoluções do TSE nº 21.702 e nº 21.803 para as eleições municipais daquele ano de 2004.

Anos depois, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 58/2009 alterando o art. 29 da Constituição e fixando novos parâmetros para a composição das Câmaras de Vereadores com base em faixas de habitantes dos municípios.

O caso em questão define alterações de direitos de maneiras diferentes. Em um primeiro momento, como se trata de Recurso Extraordinário em sede de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, para reduzir de 11 para nove o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela, a decisão alcança explicitamente esse município. Em verdade, esse é o direito alterado, mas os fundamentos da decisão constroem um critério aritmético que define quantas cadeiras qualquer município brasileiro poderá ter, para que se garanta a proporcionalidade da relação população/representação legislativa entre os municípios brasileiros, considerados os parâmetros estabelecidos pelas faixas definidas constitucionalmente.

O que se verifica, por meio de uma provocação *in concreto*, é a definição, pelo STF, de um critério geral de distribuição de cadeiras para o Legislativo dos diversos municípios do país. Essa posição, que no primeiro processo atinge especificamente o município de Mira Estrela, vai determinar, em um segundo momento, a expedição da Resolução TSE nº 21.702/2004, que estenderá o critério norteador da decisão em sede de Recurso Extraordinário como referência obrigatória a ser seguida por todos os municípios do país.

Há alteração do direito no sentido da imposição de um critério aritmético da distribuição de cadeiras nos legislativos municipais com base em uma nova interpretação do texto constitucional, independentemente de qualquer inovação legislativa.

Ressalte-se, ainda, que a decisão tomada no Recurso Extraordinário modulou os efeitos da inconstitucionalidade em sede de controle difuso, estabelecendo efeitos para o futuro e avançando sobre dispositivo legal, que apenas prevê esse tipo de modulação em sede de controle concentrado.

A inovação, nesse caso, não se resumiu ao entendimento que condicionou o exercício da autonomia municipal a um critério aritmético estabelecido pelo STF e reproduzido pelo TSE, ou à modulação temporal de seus efeitos.

Inovou também ao estender os efeitos de uma decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade a todo o ordenamento jurídico brasileiro, originando e legitimando a expedição da Resolução TSE nº 21.702/2004.

Mais uma vez, nesse caso também, foi alegada a inconstitucionalidade por ofensa ao art. 16 da CF/1988. Mas o STF entendeu que não haveria ofensa ao princípio da anterioridade eleitoral, visto que a decisão não possuiria qualquer sentido discriminatório, visando o tratamento equânime e regular no processo; o objeto tratado pela resolução estaria distante do gênero processo eleitoral (TSE MS nº 2.103/RS), além de essa decisão só ter explicitado entendimento dado pelo STF em data anterior à das convenções partidárias (Resolução nº 21.702, de 2 de abril de 2004).

É razoável o entendimento de que o art. 29, IV, da CF/1988, ao definir faixas de vereadores em relação à população do município, pode não ter imposto o respeito a uma proporcionalidade aritmética entre municípios. Tanto que não previu a necessidade de regulação do dispositivo pelo Congresso Nacional. Sem a exigência de uma regulação nacional definindo estritamente o número de cadeiras na relação vereadores-população só é possível que se entenda que essa escolha decorre do exercício da autonomia municipal, respeitadas as faixas estabelecidas. Uma leitura contrária, como fez o STF, pressuporia a falta de necessidade de regulação, em razão de só ser possível uma específica distribuição numérica em atendimento ao valor da proporcionalidade aritmética. Essa hipótese não se comprovou, como se vê pela distinção entre as faixas de distribuição de cadeiras apresentadas pela Resolução TSE nº 21.702/2004 e pela EC nº 58/2009. As duas regulações respeitam o critério de proporcionalidade aritmética exigido pelo STF, mas as faixas não coincidem.

As decisões do STF no presente caso apresentaram um ativismo judicial preocupante porque: a) desnaturaram institutos jurídicos em desarmonia com o princípio da separação dos poderes; b) autorizaram que o Judiciário atuasse como legislador positivo em uma parceria STF/TSE; c) ignoraram qualquer deferência ao Legislativo na construção de uma solução geral com base no novo paradigma defendido pelo STF; d) ampliaram a concentração de poder do Judiciário no processo de autocriação de efeito transcendente de decisão em controle concreto-incidental; e) apresentaram baixa consistência decisória, dado o impacto da atuação.

*c. A fidelidade partidária (MS nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604, todos de 2007)<sup>33</sup>*

Em 27 de março de 2007, o Partido da Frente Liberal (PFL) formulou a Consulta nº 1.398 ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), cujo teor era o seguinte: os partidos políticos e as coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda? Em outras palavras, perguntava-se ao TSE se o mandato parlamentar pertenceria ao eleito ou ao partido.

A favor da tese do pertencimento do mandato ao partido, militavam os argumentos de que a candidatura depende de filiação partidária (art. 14, §3º, V, CF) e que o princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF) repudia o uso de qualquer prerrogativa pública no interesse particular ou privado. Por outro lado, no art. 55, da CF, não consta a mudança de partido como causa de perda do mandato.

Mudando seu entendimento, o TSE respondeu que o mandato pertenceria ao partido. A questão chegou ao STF, que manteve a decisão do TSE, mas consignou que a declaração de vacância dependeria de se garantir, ao parlamentar, o direito à ampla defesa (art. 5º, LIV, CF).

Em outubro de 2007, o TSE ampliou o entendimento sobre a fidelidade partidária aos eleitos pelo sistema majoritário e, por meio da Resolução nº 22.610/2007, disciplinou o processo de perda do cargo eletivo em razão da desfiliação partidária.

Por 19 anos, o STF entendeu que a perda de mandato parlamentar estava condicionada às hipóteses expressamente enumeradas pela CF/1988. Nesse sentido, a perda de mandato por infidelidade partidária, por não ser hipótese enumerada, só poderia determinar a expulsão do mandatário do seu quadro partidário se assim previssem os estatutos (art. 17, §1º, da CF/1988).

Em 2007, a partir do julgamento dos Mandados de Segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604, o STF mudou de orientação em relação à fidelidade partidária, desconstituindo a posição até então firmada e posicionando-se

<sup>33</sup> Ver Adriana Ancona de Faria, *O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral*, op. cit., cap. 3, item 3.3.

no sentido de que a mudança de partido, sem justa causa, caracterizava hipótese de perda de mandato.

É preciso que se reconheça que a experiência pluripartidária do Brasil demonstrou vícios e fragilidades democráticas entre as quais se destacam a existência dos denominados “partidos de aluguel” e uma prática de “troca-troca” de partidos.<sup>34</sup> Essa realidade, inclusive, alcançava a pauta do Congresso Nacional, que já havia elaborado aproximadamente uma dezena de projetos de lei sobre o tema, mas ainda em tramitação, dada a falta de consenso entre os legisladores, quando da expedição da Resolução TSE nº 22.610/2007.

Nota-se, com isso, que o Judiciário se antecipou ao Congresso Nacional e, por meio de uma decisão em sede de controle difuso da constitucionalidade, alterou de maneira substantiva a interpretação constitucional, definindo a perda de mandato eletivo alcançado por sufrágio eleitoral.

Agregue-se que, no mesmo sentido das decisões que exigiram a proporcionalidade aritmética na definição de cadeiras para os legislativos municipais, o STF, com base na decisão dos mandados de segurança anteriormente indicados, incitou e validou a elaboração de norma pelo TSE, agora com o argumento de “atender ao preceito constitucional de garantia da eficácia de coisa julgada material, de um Acórdão do STF” (ministro Cezar Peluso).

É fácil demonstrar que a excessiva mudança de legenda partidária pelos parlamentares deforma a representação popular, especialmente considerando a força dos votos dos partidos e das coligações na distribuição das cadeiras do Legislativo. É presumível, especialmente nas eleições proporcionais, que a escolha eleitoral carregue consigo uma escolha político-partidária e, com isso, a mudança de legenda ofenda a soberania popular. O que não é linear nessa análise é que, em virtude disso, o entendimento pela perda de cargo eletivo, por desfiliação partidária sem justa causa definida em processo judicial — que inclusive pode prescindir da reivindicação do mandato

---

<sup>34</sup> Ver LIMA, Sídia Maria Porto. *O ativismo judicial e o Judiciário Eleitoral: um estudo da atividade legislativa do Tribunal Superior Eleitoral*. 2011. Tese (doutorado em ciência política) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. p. 142: “Nas legislaturas de 1987-1991, 1991-1995 e 1995-1998, que totalizaram 1503 Deputados Federais, 467 parlamentares mudaram de partido durante o mandato, o que representa 31% do total. No período de 1999 a 2003, foram 290 mudanças dentro da Câmara dos Deputados”.

pelo partido —<sup>35</sup> seja a solução dada pela CF/1988, tendo em consideração o fortalecimento dos valores da democracia e da soberania popular.

O que queremos demonstrar é que, na medida em que a CF/1988 não previu expressamente a perda de mandato por infidelidade partidária, como já fez no passado, e apenas permitiu que os estatutos dos partidos políticos estabelecessem normas de disciplina e fidelidade partidária (art. 17, §1º, da CF/1988), é possível que a visão de fortalecimento democrático, no que concerne à perda de mandato, sob o aspecto da desfiliação partidária ou da troca de legenda, derive do entendimento de que essa análise de inexistência de justa causa só pode decorrer de direta expressão de soberania popular, ou seja, da rejeição, pelo eleitor, do parlamentar infiel quando de novo processo de escolha.

Esse argumento, diriam alguns, desconsidera o desvirtuamento da representação proporcional, que é definida pelo quociente eleitoral partidário, e não pelo candidato, além de permitir que parlamentares eleitos sob a legenda de um partido representante de uma ideologia minoritária perdessem o direito a sua representação ideológica, como bem observou o STF.

Diante dessa observação, talvez o melhor entendimento fosse que a desfiliação partidária de parlamentares infiéis, seja por incorrerem em falta grave justificadora de seu desligamento (art. 17, §1º, da CF/1988), seja por simples desligamento voluntário, determinaria a perda do mandato do parlamentar. Afinal, o desenho institucional brasileiro demonstra que a vaga no Parlamento, em razão da exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade (art. 14, 3º, V, da CF/1988) e do sistema proporcional (art. 45 da CF/1988), pertence ao partido e deve ser garantida a proporcionalidade da representação partidária resultante do processo eleitoral, em respeito à soberania popular.

O que nos parece frágil é admitir que o STF diga que uma leitura principiológica e sistêmica da CF/1988 permitiria concluir que, mesmo não havendo hipótese expressa na Constituição, caberia a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária *sem justa causa*.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Lembramos que, conforme o §2º da Resolução TSE nº 22.610/2007, “Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subsequentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral”.

<sup>36</sup> Art. 1º da Resolução TSE nº 22.610/2007.

Ora, quando a Constituição excepciona hipóteses ou direitos, ou a exceção está expressa no texto constitucional, o que permite a concretização do dispositivo imediatamente, ou determina que lei a preveja, e assim impõe a atuação do Legislativo, normatizando o preceito a fim de lhe dar efetividade. Se o Legislativo ficar inerte, como já vimos, a ordem jurídica prevê mecanismos impulsionadores de sua ação no quadro de controle de constitucionalidade, ou abre espaço para concretização judicial em face de institutos específicos. Essas etapas e o respeito aos institutos e mecanismos próprios para a ação de cada poder garantem o equilíbrio e a harmonia entre os poderes.

Apesar dos argumentos de princípios apontados pelo STF, a decisão assumida, em especial na mobilização, nos contornos e na validação da resolução expedida pelo TSE, não encontra respaldo efetivo na ordem constitucional brasileira, ainda que sob a importação de teorias e métodos da “moderna interpretação constitucional”.

Destaca-se, finalmente, que, além da baixa consistência decisória, no que tange à perda de mandato da representação proporcional, diante da específica atuação do STF e do TSE, essa falta de congruência aumenta em muito ao analisarmos o alcance da resolução. Quando nos remetemos ao texto da resolução, verificamos que ela avança na possibilidade de perda de mandato, para representantes eleitos pelo sistema majoritário, independentemente do poder a que esteja vinculado. Essa previsão, além de não se articular com a fundamentação apresentada pelo STF, pode instabilizar a regra do jogo democrático, por destituir representante eleito majoritariamente por voto popular, sem respeito aos procedimentos previstos na CF/1988.<sup>37</sup>

O STF, na hipótese, atuou com um ativismo preocupante para a ordem democrática porque: a) inovou a interpretação constitucional, passando a destituir mandatário de cargo eletivo majoritário sem apresentar fundamentação consistente para a hipótese; b) articulou uma interpretação principiológica pelo entendimento favorável à perda de mandato em razão do desvirtuamento do sistema representativo, mas condicionado a hipóteses que

<sup>37</sup> Nesse sentido, ver a análise feita sobre o caso da perda de mandato do governador José Roberto Arruda em FARIA, Adriana Ancona de. A perda do mandato do governador José Roberto Arruda e o ativismo judicial: um avanço democrático? In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 26-28.

necessitam de normatização para sua configuração; c) autorizou e validou exercício legislativo por parte do TSE, em franco desrespeito ao princípio da separação dos poderes; d) sustentou uma normatização judicial que, além de fragilizar a democracia, por avançar na esfera de competência do Legislativo, se mostrou questionável na consecução dos fins prestigiados, ou seja, da proteção dos valores democráticos e da soberania popular.<sup>38</sup>

Ressalte-se, também, que apesar das considerações apresentadas por Barroso, de que a decisão do STF de repressão à infidelidade partidária veio atender aos anseios da maioria da população desatendidos pelo Poder Legislativo, o que se verifica, além dos riscos democráticos inerentes ao avanço do Judiciário em questões de ordem representativa, é a falta de consistência decisória da Corte, em relação aos fundamentos que justificariam sua atuação e uma baixa capacidade institucional sobre aquilo que se propõe a regular. Se efetuarmos, ainda, uma análise de compatibilidade entre casos político-eleitorais que dialogam entre si, o que veremos é uma atuação desordenada e em parcelas, que desconstrói casuisticamente as proteções democráticas do sistema político brasileiro.<sup>39</sup>

## 6. Conclusão

Se as premissas teóricas apresentadas neste texto já apontam para os riscos democráticos do entendimento proposto por Barroso, ao assumir o reconhecimento de uma função representativa e majoritária pelo STF no exercício da jurisdição constitucional, a análise concreta dos julgamentos realizados não melhora a situação.

Efetivamente, o que se verifica é que os argumentos apontados por Barroso em favor do fortalecimento de uma democracia de caráter deliberativo, que pressupõem uma atuação consistente e contida de nossa Corte Cons-

<sup>38</sup> Além dos problemas apontados na extensão da regulação para os cargos majoritários, conforme o site *Congresso em Foco*, praticamente 1/3 das ações de perda de mandato por infidelidade partidária não são julgados por perda de objeto, pois o mandato em debate se encerra antes do julgamento da ação. Disponível em: <[www.congressoemfoco.com.br](http://www.congressoemfoco.com.br)>.

<sup>39</sup> Nesse sentido, vale considerar a liminar concedida pelo ministro Gilmar Mendes no MS nº 32.033 MC/DF e a decisão tomada na ADI nº 4430/2012.

titucional, além de minimizarem os riscos democráticos do desempoderamento da política, não se confirmam diante do julgamento de casos político-eleitoral pelo STF.

A justificativa de uma atuação do STF que assumiria um caráter contrarrepresentativo e de viabilização de anseios majoritários obstados por uma atitude inerte do Legislativo também não se apresenta em boa parte das atuações realizadas pelo Supremo diante de situações de casos político-eleitorais. De forma exemplificativa, os casos da verticalização, como o do número de vereadores, aqui apresentados, não respondem a essas hipóteses, mas a uma atuação de espectro normativo provocado pelo próprio Judiciário no intuito de impor um desenho institucional que entendia devido.

Finalmente, há que se considerar, também, a baixa capacidade de análise das consequências institucionais por parte do STF, ao adotar uma função majoritária e representativa, o que se constata ao verificar que o encaminhamento adotado não alcança os objetivos que fundamentam a decisão proferida, como se vê no caso da infidelidade partidária. Além disso, a atuação desse tipo pelo STF — que assume o papel de protagonista das escolhas do país — desarticula o exercício de uma cidadania ativa na realização do aperfeiçoamento de nossas instituições democráticas, pois desarranja o processo de organização político-social na composição da solução dos problemas a serem enfrentados.

A possibilidade de redesenhar o princípio da separação dos poderes não deve passar pelo reconhecimento de uma atuação *representativa e majoritária* do STF, como propõe Barroso. Ainda que uma análise conjuntural e superficial dessa atuação possa entendê-la como um mecanismo de mobilização social contra os entraves de uma ordem democrática que resiste a seu aperfeiçoamento, a possibilidade de concentração de poder no Judiciário e o fortalecimento de um sistema incapaz de discernir entre o jurídico e o político — e que faz do Judiciário a última instância moral da sociedade — enfraquecem a democracia, não a fortalecem.

## Referências

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. Tese (doutorado) — Faculdade

- de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2014.
- \_\_\_\_\_. Neoliberalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249.
- BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: \_\_\_\_\_. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- \_\_\_\_\_. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 2/3, n. 2/3, p. 135-144, 2001-2002.
- DIMOULIS, Dimitri et al. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013. (Série pesquisa direito GV).
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza, una teoría del control constitucional*. Tradução de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes, 1997.
- FARIA, Adriana Ancona de. A perda do mandato do governador José Roberto Arruda e o ativismo judicial: um avanço democrático? In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Novos rumos para o direito público: reflexões*

- em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 19-30.
- \_\_\_\_\_. *O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos antidemocráticos*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.
- GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- LIMA, Sídia Maria Porto. *O ativismo judicial e o Judiciário Eleitoral: um estudo da atividade legislativa do Tribunal Superior Eleitoral*. 2011. Tese (doutorado em ciência política) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.
- MOREIRA, Vital. *Constituição e democracia na experiência portuguesa*. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NOVAES, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pizetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. In: \_\_\_\_ (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 1999.