

# **A FIDELIDADE PARTIDÁRIA À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES E ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

## **A PARTISAN LOYALTY IN THE LIGHT OF JUDICIAL ACTIVISM: LIMITS AND DEMOCRATIC ILLEGITIMACY**

*Júlia Maia de Meneses Rocha de Sousa  
Jânio Pereira da Cunha*

### **RESUMO**

A centralidade deste ensaio reside no instituto da fidelidade partidária e na perda do mandato eletivo dos agentes políticos infiéis. Questiona-se a imposição judicial da sanção de extinção do mandato representativo dos trânsfugas, na medida em que, ante o princípio da separação de poderes, o Poder Judiciário talvez não tenha autorização constitucional para criar hipótese de perda do mandato popular. Discute-se, igualmente, se o Judiciário exorbitaria ou não da esfera de legitimidade democrática quando interfere no campo político, em especial no exercício da atividade político-partidária. Igualmente, analisa-se a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral no tocante à (in)competência para regulamentar o instituto da fidelidade partidária, bem como para sistematizar o processo, atos, prazos, órgãos competentes, entre outros aspectos, para levar a cabo a perda de mandato político, quando se sabe que as matérias eleitorais e processuais são da competência privativa da União.

**Palavras-chave:** (In)Fidelidade Partidária. Perda de Mandato. Ativismo Judicial. Separação de Poderes. Ilegitimidade democrática.

### **ABSTRACT**

The centrality of essay lies in the institute of partisan loyalty and the loss of the warrant elective political agents infidels. Questions the judicial imposition of the sanction of revocation of the mandate representative of turncoats, to the extent that, before the principle of separation of powers, the judiciary may not have authorization to create constitutional hypothesis loss of popular mandate. We discuss also whether or not the judiciary exceeds the sphere of democratic legitimacy when it interferes in politics, especially in pursuit of partisan political activity. Also, we analyze the resolution of the Supreme Electoral Tribunal regarding the (in)competence to regulate the institution of partisan loyalty, as well as to systematize the process, acts, terms, bodies, inter alia, to carry the loss a political mandate, when it is known that the electoral and procedural matters are the exclusive competence of the Union.

**Keywords:** (In)Partisan Loyalty. Loss of Mandate. Judicial Activism. Separation of Powers. Democratic illegitimacy.

**Sumário:** 1 Considerações iniciais; 2 A fidelidade partidária e a problemática que envolve a Resolução nº 22.610/07 do TSE; 3 O ativismo judicial e limites; 4 A fidelidade partidária e o ativismo judicial inconstitucional; 5 O instituto da fidelidade partidária e a ilegitimidade democrática do Poder Judiciário; 6 A resolução nº 22.610 do TSE e outros problemas de ordem dogmática; 7 Considerações Finais; 8 Referências Bibliográficas.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nas últimas duas décadas, o Poder Judiciário no Brasil paulatinamente se firma como instituição republicana mais sólida e atuante. De fato, com a redemocratização em 1988, a Constituição vigente, não só restabeleceu prerrogativas institucionais desse Poder, como também ampliou a sua possibilidade de atuação jurisdicional. E a razão disso é que a Carta Magna atual tem natureza essencialmente principiológica e traz um rol extenso de direitos e garantias fundamentais, que, a princípio, exigem uma atitude mais interventiva dos poderes públicos a fim de efetivá-los, bem como garantir, no plano da engenharia institucional, a proteção de valores e fins constitucionais essenciais à organização republicana e democrática da vida política do Brasil.

Não se pode olvidar, entretanto, o fato de que a ampliação do campo de atuação jurisdicional no Brasil seja ocorrência genuinamente nacional. Pelo contrário, esse fenômeno, nominado ativismo judicial, para uns, e judicialização da política, para outros, é um evento de verificação mundial e de múltiplas causas, conforme importantes estudos realizados por Tate e Vallinder (1995) e Hirschl (2007).

Com efeito, é visível a posição ativista dos órgãos judiciais brasileiros, segundo aponta Barroso (2010), em especial dos tribunais superiores e em particular do Supremo Tribunal Federal, visto que essas instituições judiciais passam a atuar na esfera de competência de outros poderes, ocupando um espaço antes adstrito ao Legislativo e ao Executivo.

E essa nova maneira de proceder do Judiciário é facilmente observada em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. Citem-se, a título meramente ilustrativo, os casos do estabelecimento da verticalização partidária das coligações nas eleições para os três níveis de governo, da fixação do número máximo de vereadores por município, da determinação de instalação da “CPI dos Bingos” no Senado Federal, o controle sobre os pressupostos de edição de medidas provisórias e do processo político-punitivo por quebra de decoro parlamentar.

Assim sendo, pode-se dizer, nos termos de Sardek (2002, p. 135), que as matérias nitidamente políticas, ou melhor, das questões políticas propriamente ditas, não têm mais como âmbito apenas o Parlamento ou as relações entre este e o Executivo, mas também varas e tribunais judiciais.

No que concerne aos partidos políticos e ao Direito Eleitoral, o ativismo judicial é ainda mais evidente, em especial por causa da possibilidade de o Tribunal Superior Eleitoral

(TSE) emitir respostas a consultas de agentes e agremiações políticas, assim como editar resoluções no tocante ao disciplinamento do processo eleitoral.

Vale ressaltar que, no ano de 2007, a discussão acerca da fidelidade partidária ganhou os foros jurídicos, especificamente do TSE e do STF, e, como resultado, o órgão de cúpula da Justiça Eleitoral editou a Resolução nº 22.610/07, que regulamentou o instituto da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

Sendo assim, a centralidade deste escrito reside na análise das questões subjacentes à fixação judicial da fidelidade partidária, de modo a perquirir, entre outras questões, se o Poder Judiciário tem legitimidade democrática para atuar no âmbito político e se houve ou não extrapolação dos limites jurisdicionais, com violação do princípio da separação de poderes, ao impor a perda de mandato representativo do político infiel.

## **2 A FIDELIDADE PARTIDÁRIA E A PROBLEMÁTICA QUE ENVOLVE A RESOLUÇÃO Nº 22.610/07 DO TSE**

A discussão que comporta o instituto da fidelidade partidária resulta da Resolução nº 22.610/07 do TSE, que teve origem em consulta formulada pelo PFL – Partido da Frente Liberal (atual Democratas). Nessa oportunidade, indagou-se se os partidos políticos e coligações tinham o direito de preservar as vagas obtidas por meio do sistema eleitoral proporcional quando o candidato eleito tenha se desligado da agremiação ou se juntado a outra legenda partidária (BRASÍLIA, 2007a).

Deve-se observar que não era a primeira vez que a matéria era trazida ao Poder Judiciário, já que havia entendimento jurisprudencial consolidado em termos de que o abandono da sigla partidária pelo eleito não ensejaria a perda do mandato eletivo.

Desde a sobredita Resolução, entretanto, o TSE estabeleceu que a titularidade do mandato eletivo pertence ao partido político pelo qual o representante conquistou o mandato. E isso em razão de que o sistema eleitoral brasileiro é o proporcional, com a imposição constitucional da filiação partidária como condição indispensável à elegibilidade de candidato a cargo político-representativo. Portanto, a perda de mandato eletivo do político trãnsfuga nada mais seria do que uma decorrência lógica dos princípios constitucionais da representação e filiação partidária e, em última razão, do princípio democrático.

Além desses argumentos jurídicos extraídos dos votos proferidos no caso em análise, observa-se também na decisão latente motivação moralista, na medida em que a imposição do instituto da fidelidade partidária seria “corrigir” o nosso atual sistema partidário dos

problemas de volatilidade dos agentes políticos entre as legendas partidárias. Esse pensamento é o que foi exposto no voto do Ministro Cezar Peluso (BRASÍLIA, 2007a):

O reconhecimento, a garantia e a vivência de que o mandato pertence ao partido, não à pessoa do mandatário, têm, entre outros, o mérito de, impedindo a promiscuidade partidária, fortalecer a identificação e a vinculação ideológica entre candidatos, partidos e eleitorado, como substrato conceitual e realização histórica da democracia representativa.

Acresça-se o fato de que, em seguida à manifestação do TSE, o STF foi provocado, mediante os Mandados de Segurança n°s 26.602, 26.603 e 26.604, em que os partidos reivindicavam as vagas que foram perdidas com a desfiliação dos parlamentares de seus quadros partidários.

Efetivamente, apesar do indeferimento dos Mandados de Segurança n°s 26.602 e 26.603 e do deferimento, de forma parcial, no de n° 26.604, o STF (BRASÍLIA, 2007b), entendeu que o direito das coligações e dos partidos à vaga no Poder Legislativo se encontra presente na própria Constituição Federal, o que reflete no mesmo entendimento do TSE em termos da titularidade partidária do mandato eletivo.

Faz-se necessário ressaltar que os votos vencidos, no que diz respeito à perda do mandato eletivo, proferidos pelos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa (BRASÍLIA, 2007b), sustentaram basicamente a inexistência de previsão constitucional para a perda de mandato eletivo em caso de troca de legenda ou cancelamento de filiação.

Adite-se ainda a noção de que, comum posicionamento majoritário, o STF (BRASÍLIA, 2007b) fixou um limite temporal para efetivar a perda dos mandatos parlamentares, qual seja, a data de 27 de março de 2007, quando ocorreu a resposta à consulta do TSE, e fixou-se também a competência do Tribunal Superior Eleitoral para regulamentar o procedimento de perda de mandato, em caso de infidelidade partidária.

Assim, torna-se evidente o ativismo judicial do TSE e do STF, ao positivar o instituto da fidelidade partidária, notadamente quando se observa que esses tribunais criaram uma hipótese de perda de mandato eletivo não prevista no ordenamento jurídico nacional, ainda que sob a argumentação de interpretação sistemática dos princípios constitucionais relacionados aos partidos políticos e ao sistema eleitoral. Além disso, é questionável se o STF poderia conceder ao TSE e este exercer a competência regulamentadora da perda do mandato como foi feito, inclusive criando hipóteses de justa causa para desfiliação partidária.

### 3 O ATIVISMO JUDICIAL E LIMITES

O ativismo judicial trata-se de um fenômeno de intensificação da ação do Poder Judiciário, que objetiva concretizar direitos e demandas sociais mediante uma interpretação principiológica da Constituição. E, conforme Capelletti (1993, p. 52), é ele resultante das transformações das democracias modernas:

De um lado, existe o gigantismo do Poder Legislativo, chamado a intervir ou a “interferir” em esferas sempre maiores de assuntos e de atividades; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo. (...) Basta notar que, também para o judiciário, tais desenvolvimentos comportam conseqüências importantes, sobretudo o aumento de sua função e responsabilidade. Pelo fato de que o “terceiro poder” não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juizes. A justiça constitucional, especialmente na forma do controle do judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.

Capelletti (1993) defende, nesse sentido, o argumento de que a intensificação da criatividade jurisprudencial tem causas diversas, sendo importante ressaltar que a expansão dos poderes políticos e a conquista dos direitos sociais implicaram a intensificação e burocratização do Poder Executivo, o que justifica a necessidade da busca do Poder Judiciário como forma de equilíbrio aos demais poderes. A legislação que garante os direitos sociais, no entanto, define somente a finalidade e os princípios reguladores, o que assegura maior margem de atuação da atividade criativa e interpretativa por parte do Poder Judiciário. E a estas causas pode-se ainda acrescentar a baixa credibilidade das pessoas no que diz respeito aos Poderes Legislativo e Executivo, o que influencia na atitude de controle do Judiciário aos atos praticados pelas demais esferas do poder.

Assim, percebe-se que a atuação do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais e solução de demandas sociais se mostra como uma forma de compatibilização da democracia representativa com o Estado de Direito fazendo com que prevaleça a Constituição em face das normas infraconstitucionais, na linha interpretativa apontada por Streck (2007, p. 31):

Por tais razões, entendo que o órgão encarregado de realizar a jurisdição constitucional deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *check and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos fundamentais-sociais, estabelecidos em regras e princípios exurgentes do processo democrático que foi a Assembléia Constituinte de 1986-88, têm procedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, também devem obediência à Constituição).

Vile (1998, p. 02) exprime a existência de uma questão que sempre atormentou os teóricos institucionais do Ocidente: “como assegurar o controle do exercício do poder governamental de tal modo que não lhe fosse possível destruir os valores que haviam sido instituídos para promover”? Em adição a essa óptica, aqueles que historicamente advogavam em nome do constitucionalismo foram enfáticos em reconhecer o papel estratégico a ser desempenhado por uma estrutura governamental na sociedade; contudo, atentaram também para a essencialidade de se limitar e controlar o exercício desse poder. Dentre as teorias políticas que visaram a amenizar essa dicotomia – relevância da função/limitação de poder – a doutrina da “separação dos poderes” foi a mais significativa, vindo a influenciar diretamente os arranjos institucionais do mundo ocidental; adquirindo, inclusive, o “*status*” de um arranjo que virou uma verdadeira substância no curso da consolidação e aprimoramento do Estado de Direito, ao ponto de servir de pedra de toque para se inserir a legitimidade dos regimes políticos.

Conforme os apontamentos de vários doutrinadores, pode-se perceber que a atitude criativa do Judiciário pode expressar duas perspectivas problemáticas, quais sejam, uma atuação que se traduz numa usurpação de poderes do Legislativo e o fato de as decisões judiciais não possuírem legitimação democrática para torná-las aptas a substituírem as leis.

Deve-se reconhecer, de efeito, também que o Poder Judiciário pode participar mais ativamente da vida político-institucional, desde que dentro de suas funções previstas constitucionalmente, mas sem pôr em risco as balizas fundamentais do Estado democrático de direito, tal como a separação de poderes.

Nessa perspectiva, a discussão acerca do ativismo judicial não reside apenas na possibilidade de realização de uma atividade de criação de um direito ou instituto novo por parte dos magistrados, mas também nos limites formais e materiais provenientes deste exercício. E, para fundamentar este posicionamento, Streck (2007, p. 141) exprime que:

Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais assenhem da Constituição.

E, Gisele Cittadino (2004, p. 108) aduz:

Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtiva das normas e dos princípios que as integram, e, neste sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais – Têm necessariamente o caráter de “decisões de princípio”. No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação

constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação de poderes -, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos.

A propósito ainda da discussão, Capelletti (1993, p. 74) acerta, quando ressalta que a limitação atuante do Poder Judiciário decorre não apenas do grau de sua atuação criativa, mas também da sua passividade no plano processual, que deixa a atividade dos magistrados facilmente controlável em seus excessos. E, nesse sentido, também se posiciona Carvalho Netto (2004, p. 38), quando aponta a real dimensão do ativismo judicial:

[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Assim sendo, conclui-se que o ativismo judicial pode ser uma forma coerente de dar efetividade aos direitos fundamentais, mas é importante observar que existem limites formais e substanciais que o posicionam separadamente do arbítrio, já que somente pode ter lugar quando o seu exercício puder ser feito sem afronta aos limites institucionais de cada poder. Caso contrário, conforme aponta Capelletti (1993, p. 74), haverá uma incompetência institucional do Judiciário para agir como fonte criadora do Direito, que leva à ilegitimidade e inconstitucionalidade da decisão por ele proferida.

#### **4 A FIDELIDADE PARTIDÁRIA E O ATIVISMO JUDICIAL INCONSTITUCIONAL**

A reintrodução da fidelidade partidária pelos tribunais de cúpula do Judiciário brasileiro exige reflexão crítica, a fim de se aferir a validade do julgado nos termos da normatividade do Texto Constitucional vigente.

Veja-se que a Constituição atual, de linha deveras garantista, consubstanciou os elementos essenciais da idealidade iluminista, de forma que nela se visualizam os princípios basilares do Estado de direito, como a legalidade e a separação de poderes do Estado.

Em sendo assim, a atuação dos poderes políticos para se legitimarem constitucionalmente deve afeiçoar-se à tradição dos princípios do Direito público moderno, uma vez que sem ela “a ordem jurídica da vida pública seria impensável” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 493). “É por isso que (...) o direito político moderno merece ser defendido contra qualquer rejeição, tanto antemoderna como pós-moderna” (p. 493).

Assim, não há como identificar que a elaboração judicial de imposição de extinção de mandato por desfiliação voluntária se insere na objetividade do postulado constitucional da legalidade. É que a dicção do art. 5º, inciso II, não deixa margem a dúvidas de que a regra da liberdade de fazer ou deixar de fazer alguma coisa somente pode ser excepcionada por lei. E, no caso em apreço, inexistente norma explícita ou implícita, seja de caráter constitucional, seja de natureza infraconstitucional, a albergar a posição adotada pelo Judiciário.

Pelo contrário, vê-se que a Constituição de 1988, em seu art. 17, previu os princípios regulamentadores dos partidos políticos, estabelecendo inclusive a autonomia das agremiações políticas “para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento”, bem como prescreveu que as normas de fidelidade e disciplina devem ser fixadas nos respectivos estatutos partidários.

Por conseguinte, as regras estatutárias ficam autorizadas, na inteligência de Silva (2010, p. 234), “a prever sanções para os atos de indisciplina e de infidelidade, que poderão ir da simples advertência até a expulsão. Mas a Constituição não permite a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária”. No limite, permite-se a exclusão do parlamentar da condição de filiado, nos casos de oposição às diretrizes político-partidárias, e desde que haja a previsão expressa dessa penalidade no estatuto partidário.

No mesmo sentido é a ponderação do jurista Mezzaroba (2004, p. 277-278), para quem o instituto da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária não está estatuída na Constituição Federal de 1988. Com efeito, sustenta o referido autor o argumento que:

O mandato está vinculado ao representante, e, portanto, o instituto da fidelidade partidária só pode ser aplicado pelos Partidos de forma limitada, já que o representante só poderá ser punido com, no máximo, a expulsão da agremiação, sem, no entanto, acarretar qualquer prejuízo em relação ao mandato.

Na verdade, o legislador originário declinou taxativa e excepcionalmente as hipóteses de perda de mandato parlamentar, no art. 55 da Constituição Federal<sup>1</sup>, sem, no entanto, prever a desfiliação partidária<sup>2</sup>, com ou sem justa causa, como motivo para perda do cargo eletivo.

---

<sup>1</sup> 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 decorrer 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.

<sup>2</sup> Por cancelamento de filiação partidária (eleito fica sem partido) ou por filiação a outra legenda (eleito transfere-se para outro partido).

Ademais, o art. 15 da Constituição não previu o desligamento partidário como causa de perda ou suspensão de direitos políticos.<sup>3</sup>

É de se acrescentar que a elaboração do TSE e STF, além de questionável do ponto de vista da legalidade, traz um grande risco para outra pedra angular do constitucionalismo liberal, qual seja, o princípio da separação de poderes, que historicamente se fincou como uma das melhores técnicas jurídicas de limitação do poder político.

Assim, continua atualíssimo o diagnóstico de Montesquieu (2000, p. 166) em termos de que a liberdade política “só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”. E insuperável é a prescrição do autor de que o abuso no exercício do poder político somente pode ser evitado pela fórmula de “poder limitando o poder”.

Na linha de Maus (2010, p. 26), “o que Montesquieu delineia é um arranjo do processo político que não se deve confiar nas boas intenções dos agentes<sup>4</sup>, pois este arranjo contém em si mesmo as limitações do agir destes”. Ademais, destaca Montesquieu (2000, p. 168) que um dos mais perigosos arranjos institucionais à liberdade ocorre quando a função de julgar e de legislar se concentram num mesmo órgão. Vale dizer, inexistiria liberdade se o poder “de julgar não for separado do poder de legislar (...). Se estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador”. E arremata, ainda, Montesquieu (2000, p. 87): “Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra”.

Veja-se que, à luz da teoria da separação dos poderes, a instituição judicial da fidelidade partidária exorbitou da esfera de exercício funcional do Judiciário, já que tal poder carece de competência para inovar o sistema jurídico, principalmente em âmbito normativo reservado ao poder reformador, como é o caso da perda do mandato parlamentar. Noutras palavras, a sanção jurídica máxima de extinção compulsória de mandato político representativo é matéria exclusiva do Poder Legislativo por intermédio de emenda constitucional.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I – cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado; II – incapacidade civil absoluta; III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º; V – improbidade administrativa.

<sup>4</sup> Lembra Fábio Konder Comparato que “Foi em nome da defesa das liberdades que se instituiu o Estado novo em 1937 e se instaurou o regime militar trinta anos depois” (Faoro, 2007, p. 9).

<sup>5</sup> Registre-se que manifestação em despreço à separação dos poderes não é novidade na jurisprudência do STF. Veja-se que, a pretexto de proteger a Constituição, aduziu, à época, o Ministro Moreira Alves: “cabe ao Poder Judiciário (...) impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais poderes, não havendo, pois, que se falar, a esse respeito, em independência de poderes” (STF. Mandado

Em razão disso é que asseverou Vieira (2009, p. 498-499), seguido de perto por Brandão (2012, p. 158), que a atuação do TSE e STF criou uma espécie nova de perda de mandato parlamentar, diferente das previstas no rol restrito do art. 55 da Constituição Federal. Assim, parece-lhe claro que o Judiciário “passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador”. Aduz, porém, o referido constitucionalista que a função de criar normas, diferentemente da de exercício de autoridade, pertencente a qualquer intérprete constitucional num regime democrático, “deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder numa república deve sempre estar submetido a controle de natureza democrática” (VIEIRA, 2009, p. 488).

Adite-se o argumento de que, nada obstante o grau de liberdade das agremiações partidárias, o constituinte originário excluiu-lhes a faculdade de instituir a perda de mandato eletivo, numa demonstração inequívoca de respeito aos princípios da representação política e da democracia, de modo a proteger rigidamente o mandato popular conferido diretamente pelo povo.

É importante ainda anotar a ideia de que a Constituição vigente outorgou aos partidos políticos a natureza de pessoas jurídicas de Direito privado, e não mais como instituições integrantes do Estado, de tal maneira que adquirem eles o respectivo registro na forma da lei civil. Essa mudança de “*status*” jurídico, conforme Mezzaroba (2010, p. 674), “como principal objetivo garantir a autonomia política e, fundamentalmente, impedir a interferência da Justiça Eleitoral, no processo de criação e funcionamento dos partidos políticos”.

Com efeito, por ostentar a natureza de associações privadas, não podem os partidos, a rigor, receber ingerência no processo de criação, pois a Constituição garante a plena liberdade associativa de fins lícitos como direito fundamental dos cidadãos. Ademais, veda-se a interferência estatal no funcionamento interno das associações em geral e, com efeito, das siglas partidárias.

Acresça-se o fato de que o Texto Constitucional ainda prevê a garantia de que ninguém poderá ser obrigado a permanecer associado, de modo que o sócio tem o direito fundamental de se desligar a qualquer tempo da organização associativa a que pertence. Assim sendo, ante a inexistência constitucional de obrigatoriedade do representante legislativo ou executivo de permanecer compulsoriamente atrelado à sigla partidária pela qual foi eleito, é lícito, por direito, o seu desligamento dela sem nenhum prejuízo do ponto de vista do mandato representativo.

A deferência do legislador constituinte de 1988 à autonomia de criação e ordenação interna das instituições partidárias explica-se pela necessidade de superação do legado autoritário de 1964, que ocasionou a dissolução dos partidos políticos e a imposição do bipartidarismo, com enorme prejuízo para o multipartidarismo e o pluralismo político, os quais são fundamentos essenciais de um regime democrático. Ademais, não custa lembrar que o instituto da fidelidade política vigorou nesse período de exceção “com o intuito de manter coesa e agrupada a bancada governista” (DIRCEU; IANONI, 1999).<sup>6</sup>

Nesta ordem de considerações, é lícito assentar que o ativismo dos tribunais superiores (TSE e STF), no caso em apreciação, foi além do permitido pela dogmática jurídico-constitucional, ao interferir e controlar as organizações partidárias e o mandato representativo, configurando-se, conseqüentemente, a criação judiciária de perda do cargo eletivo por infidelidade uma usurpação da competência constituinte reformadora do Parlamento. Por essa razão, tem-se o julgado como “um dos episódios mais característicos de ativismo judiciário de toda a história” do STF (RAMOS, 2010, p. 249).

## **5 O INSTITUTO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA E A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO**

Os problemas de natureza dogmática, conforme já discutido, submetem a risco a validade constitucional da perda de mandato eletivo do representante político trãnsfuga. Tais problemas, entretanto, não são os singulares, pois existem questionamentos mais graves e complexos na dimensão da teoria democrática.

É que, numa perspectiva da teoria da democracia, não é aleatória a escolha do Parlamento como o poder competente para a tarefa de ordenar por meio de regras jurídicas a sociedade e as suas instituições representativas. A opção decorre do fato de ser o Legislativo o poder mais representativo da sociedade, dado que é formado eletiva e diretamente pelo povo. E, em regime democrático, “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum” (ROUSSEAU, 2003, p. 33).

A tradição filosófica iluminista de há muito ressalta a superioridade do parlamento no Estado democrático de direito. Não é por menos que Rousseau (2003, p. 107) aduzia:

O princípio da vida política repousa na autoridade soberana. O poder legislativo é o coração do Estado; o poder executivo, o cérebro, que dá movimento a todas as

---

<sup>6</sup> Se antes a imposição de permanência do parlamentar ao partido de origem era impedir o que não ficaria esdrúxulo chama de “infidelidade centrífuga”, hoje a decisão do STF visa justamente a obstar a “infidelidade centrípeta”, isto é, a saída de representantes das agremiações partidárias opositoristas para as legendas situacionistas.

partes. O cérebro pode paralisar-se e o indivíduo continuar a viver. Um indivíduo torna-se imbecil e vive, mas, tão logo o coração deixar de funcionar, o animal morre.

Na mesma esteira, ponderava Kant (2003, p. 155):

Todo Estado encerra três poderes dentro de si, isto é, a vontade unida consiste de três pessoas (trias políticas): o poder soberano (soberania), na pessoa do legislador; o poder executivo, na pessoa do governante (em consonância com a lei) e o poder judiciário, (para outorgar a cada um o que é seu de acordo com a lei), na pessoa do juiz.

Nada obstante a deferência da teoria política moderna pelo Parlamento é inegável a tendência atual no mundo ocidental, mais ainda no Brasil, da colocação do Judiciário como poder mais importante do Estado. E isso se materializa pela absorção de funções dos poderes eletivos pelos órgãos judiciais, num processo mundialmente denominado como judicialização da política.

No Brasil, esse fenômeno do controle da política pelo Judiciário ganha foro de alta dramaticidade para o Poder Legislativo, já que, nas últimas duas décadas, nossos parlamentos, nas três esferas da Federação, “têm vivido em constante crise de credibilidade, e os professores, juízes, membros do ministério público e advogados os desprezam profundamente” (SUNDFELD, 2009, p. 14). Tanto assim que “No quadro em que vivemos, o Parlamento brasileiro caminha para ser tido como desnecessário e é compreendido, especialmente, pelos juristas, como instituição que macula a Constituição Republicana” (BIGONH; MOREIRA, 2009, p. 01) e o sistema democrático.

Na percepção de Waldron (2003, p. 02), o discurso jurídico está repleto de certas “imagens que apresentam a atividade legislativa comum [inclua-se, e partidária] como negociata, troca de favores e procedimentos eleitoreiros – na verdade como qualquer coisa, menos decisão política como princípios”.

Destaque-se, entretanto, o fato de que a rejeição às instituições eletivas nada mais representa do que o repúdio ao povo e seus mandatários diretos por parte dos juristas. Isso, porém, não é nenhuma novidade. Tradicionalmente o pensamento jurídico aqui e alhures tem natureza elitista, conservadora e antidemocrática. A respeito disso, são esclarecedoras as palavras de Tocqueville (apud LOPES, 2008, p. 287): “Escondido no fundo do coração de um jurista encontram-se os gostos e hábitos da aristocracia. (...); como ela, se cultivam um grande desprezo pelo comportamento das multidões e secretamente desprezam o governo pelo povo”.

É sintomática do preconceito contra a política a manifestação do Min. Gilmar Ferreira Mendes (Internet, 2011) acerca do julgamento da infidelidade partidária:

[...] esta é uma decisão não só correta, mas histórica do Supremo Tribunal Federal, que fez jus à interpretação do princípio democrático. Tínhamos chegado ao limite nesse troca-troca, no chamado plano da prática do transfuguismo. Com todas as seqüelas que os senhores podem imaginar para o princípio democrático. Pessoas que eram eleitas no momento seguinte à eleição já negociavam a troca de partidos. Algumas epígrafes hoje são conhecidas no Brasil. Não era apenas por conveniência política... Nesse contexto, por exemplo, se coloca a questão do próprio processo rumoroso do mensalão. **A democracia estava sendo erodida, corrompida, com a política.** É essa releitura que o tribunal faz. (...) O cenário político depois da decisão é outro. Pelo menos o troca-troca de partidos teve um encerramento. E obrigou inclusive a dar densidade mínima à atividade político-partidária (Grifou-se).

Há de se destacar a ideia de que o conceito de democracia e de Constituição do STF não se articula com a noção de radicalidade democrática, na qual são inerentes a prevalência e defesa da soberania popular, como critério basilar para legitimar as ações e procedimentos do Estado<sup>7</sup>. Contrariamente, vê-se que o articulado, em muitas decisões judiciais e, em especial, na observação do referido Ministro, traduz uma concepção elitista de democracia, isto é, feita de cima para baixo, dado que a sociedade e as suas instituições políticas, representativas por excelência da soberania do povo, ficam em posição subalterna e dependente em relação ao Judiciário.

Trata-se, parafraseando Candido (*apud* HOLANDA, 1995, p. 23), de visão ilustrada em relação à democracia, segundo a qual compete a intelectuais e esclarecidos, e especificamente a juristas, no caso em análise, decidir as questões mais difíceis e complexas da sociedade, em substituição ao povo e seus representantes, supostamente “em virtude de sua ignorância, incapacidade e imaturidade” (SALES *apud* WOLKMER, 2007, p. 97).

Ademais, avulta-se a visão preconceituosa do Judiciário em relação à política, quando reivindica para si a missão de regenerar as nossas instituições representativas, como o Parlamento e os partidos políticos, por meio de uma assepsia jurídica dos vícios, males e problemas que acometem historicamente essas instituições.

Ocorre, porém, que essa reivindicação judicial não tem razão de ser. É que o STF não se trata de um poder alheio à realidade, mas inserido nas contradições e conflitos presentes na sociedade, tal qual os demais poderes. De fato, na nossa arena judicial mais alta, como em qualquer outra esfera institucional, “as decisões saem do choque de ideologias, gerações, interesses e possibilidades” (SUNDFELD, 2009, p. 12), pois “a política, o direito, as leis

---

<sup>7</sup> Esse é o conceito de democracia objetivamente previsto na Constituição Federal de 1988, no parágrafo único do art. 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

traduzem o processo de vida real dos homens” (FAORO, 2007, p. 32).<sup>8</sup> Portanto, sem razão alguma a invocação pelo STF de árbitro neutro e apolítico das disputas entre poderes e no interior destes, principalmente quando se sabe que o conflito é inerente ao regime democrático e considerado por isso “legítimo e necessário” (CHAUÍ, p. 51), inclusive para a “compreensão das dimensões entre constituição e realidade” (LIMA, 2012, p. 419).

Ora, essa pretensão do nosso Órgão judicial supremo lhe daria o caráter de poder moderador, nos moldes da Constituição de 1824, e por essa razão com “*status*” de instituição acima das questões políticas e partidárias, que zela pela sociedade e pelo Estado (LOPES, 2008, p. 294), mas que é insuscetível de responsabilidade política, pois não se submete a controle popular por meio de eleições diretas. Esse papel de poder superior, neutro e indevassável fortalece a natureza conservadora da jurisdição constitucional, com vistas a conter os eventuais abusos do Parlamento e assegurar a estabilidade (*status quo*) na sociedade (LIMA, 2003, p. 228-229).

Assim, com a devida relativização e parafraseando Faoro (1998, p. 286), o Supremo apropriou-se da condição de titular da soberania da sociedade e do País, em nome da reivindicação neoconstitucionalista (pós-moderna) do Judiciário como o poder capaz de efetivar por si só as promessas não cumpridas da Modernidade, isto é, concretizar os direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição, na linha defendida por inúmeros autores, entre os quais, os denominados de neoconstitucionalistas.

Nesse sentido é que adverte Oliveira (2009, p. 247):

[...] não adianta recorreremos a um possível sucessor do Imperador, a um possível sucesso do Poder Moderador, para resolvermos todos os nossos problemas. A última moda do momento é transferir o destino da cidadania para o Supremo Tribunal Federal, sob a desculpa da incapacidade dos cidadãos brasileiros de exercerem a sua cidadania. Nós já fizemos isso em relação à Presidência da república, em relação aos militares. Vamos, agora, transferir para o Supremo Tribunal Federal e para o Judiciário tal responsabilidade?

A problemática aprofunda-se ainda mais quando se constata que o STF não se restringe a atuar apenas como legislador negativo, com função de invalidar leis e atos normativos da feitura do Poder Legislativo. Hoje procede igualmente como legislador positivo, normatizando relações políticas mediante o estabelecimento de novos institutos eleitorais e partidários, como é o caso da perda do mandato do parlamentar infiel.

---

<sup>8</sup> Acertadamente ponderou o Ex-Ministro do STF Eros Roberto Grau: “O Supremo de hoje é produto da nossa história, da história do Brasil, ele vai evoluindo... eu tenho insistido em dizer que o Direito é um pedaço da realidade. Não adianta querer separar” (*Le Monde Diplomatique* Brasil, 2010, p.14).

Acontece que a judicialização de questões políticas, além de significar invasão à reserva constitucional de competência legislativa, usurpa “atribuições dos representantes democraticamente eleitos” (LIMA, 2005, p. 623) para discutir e deliberar sobre problema nitidamente político, como a exigência ou não de fidelidade partidária.

Frise-se que se o debate de questões políticas e também morais ficar restrito à arena judicial isso coloca em xeque a heterogeneidade das ideias, contradições e choques de interesses antagônicos das forças sociais e políticas, maculando a decisão por déficit de democracia, já que tomada por uma elite de magistrados carente de legitimidade popular outorgada pela sociedade.

Além disso, é de se observar que a tentativa do STF de resolver problemas institucionais dos partidos políticos por meio de decisões de natureza moralista não reflete bem a questão da alta mobilidade dos agentes políticos entre legendas no Brasil. Em verdade, o Judiciário inverte parcialmente a lógica das coisas, uma vez que ele atribui a dificuldade de realização da democracia política à carência de hígidez partidária, quando de fato, parece ser o inverso.

É que “o mal-estar provocado pelo funcionamento dos partidos e do sistema partidário no Brasil” (*apud* MORAES, 2009, p. LXXVI) não é causado, em grande medida, pela ausência de fidelidade partidária, mas produto direto da evolução histórica da vida política brasileira.

Dito de outro modo, a fraqueza e “subdesenvolvimento partidário” brasileiro (SCOTT MAINWARING *apud* DULCI, 2003, p. 301), não podem ser atribuídos única e exclusivamente à frouxidão moral e ética dos agentes políticos, como querer fazer crer o idealismo abstrato e o moralismo jurídico, de tal sorte que pudessem ser superados puramente por fórmulas legais criadas por um Judiciário “ativista e criativo” (SILVA; VIEIRA, 2009, p. 68).

Na realidade, “a ausência de verdadeiros partidos não é entre nós, como há quem o suponha singelamente, a causa de nossa inadaptação a um regime legitimamente democrático, mas antes um sintoma dessa inadaptação” (HOLANDA, 1995, p. 183). Portanto, os partidos políticos brasileiros não ostentam natureza de instituição política forte, coesa e coerente, com agentes autênticos e fieis ao ideário ideológico da legenda, em razão da herança fortemente autoritária, patrimonialista e antidemocrática da pátria história política. Tanto assim que Holanda (1995, p. 160) constatou que “a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido”, fardo esse que ainda hoje constitui um dos grandes obstáculos à consolidação e aperfeiçoamento, no Brasil, de um sistema partidário-eleitoral democrático e republicano.

Nessa linha de argumentação, quer parecer aos atores que uma atitude mais realista e racional da vida política brasileira exigiria um maior comedimento do STF no tocante à imposição da fidelidade partidária, deixando para o Congresso Nacional a missão notadamente complexa e árida de realizar a reforma política. Isto porque, conforme ponderou Moraes (2009, p. LXXVIII), “Há que esconjurar (...) a idéia (...) que constantemente cria força no Brasil de hoje, segundo a qual a legislação partidário-eleitoral dará soluções rápidas ao que a legislação penal (...) não tem sido eficaz”. Cruamente, diz Santos que “vender a idéia de que a reforma política acabará ou diminuirá de maneira significativa comportamentos desviantes e má utilização dos recursos públicos é vender ilusões” (Apud MORAES, 2009, p. LXXVIII).

## **6 A RESOLUÇÃO N. 22.610 DO TSE E OUTROS PROBLEMAS DE ORDEM DOGMÁTICA**

A Resolução nº 22.610/07 do TSE disciplinou os processos de perda de mandato eletivo e de justificação de desfiliação partidária, conforme já mencionado. Pode-se criticar, entretanto, primeiramente, tal resolução em virtude da ausência de competência para a sua edição, pois a sua posição ativista neste caso viola o princípio constitucional da separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Sabe-se que a teoria da separação de poderes refere-se a uma classificação de função proveniente dos órgãos de governo, já que o poder do Estado se mostra como indivisível, o que remete o uso do Poder Judiciário para exercer as funções legislativas ou administrativas em sentido amplo quando for autorizado por lei, conforme a dicção do Código Eleitoral (BRASIL, 1965), ao prever o poder regulamentador do TSE, em seu art. 23:

Art. 23 Compete, ainda, privativamente ao Tribunal Superior: (...) IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código (...) XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político (...) XVIII – tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.

Vê-se deste dispositivo a possibilidade de o TSE responder, “em tese”, as questões afetas ao Direito eleitoral e expedir instruções para a execução do Código Eleitoral. A atuação da Justiça Eleitoral, contudo, deve cingir-se à atividade meramente regulamentadora, leia-se, fiel execução da legislação eleitoral, não podendo contrariar os preceitos legais hierarquicamente superiores do ordenamento jurídico.

Assim, o argumento de que o TSE (BRASÍLIA, 2007c) executou apenas o seu poder normativo, garantido legalmente, sem ferir a separação de poderes, passa a ser insustentável, na medida em que se percebe que ele implicou a formulação de direitos eleitoral e processual novos, causando, por conseguinte, uma invasão à competência privativa da União para legislar acerca dessas matérias, em flagrante violação ao art. 22, I da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

E, de fato, não resta dúvida de que a Resolução traz normas gerais e abstratas, inovadoras e imperativas, em matéria de Direito eleitoral, ao fixar hipóteses de justa causa para a manutenção do mandato; e, processual, ao criar hipótese de revelia, estipular os legitimados ativos, prazos de manifestação das partes e julgamento, estabelecendo ainda a irrecorribilidade das decisões, atuando como evidente legislador constituinte reformador e ordinário.

Nessa linha de orientação é a crítica de Cerqueira e Cerqueira (2008, p. 284):

O TSE não pode ser legislador positivo, pois fere a CF/88, só podendo assim “legislar” se se tratar de matéria infraconstitucional reservada a lei ordinária – art. 105 da Lei nº 9.504/97 e Boletim Eleitoral nº 15 de 1990 do TSE, jamais podendo legislar sobre LC (processo civil ou processo eleitoral) ou matéria constitucional, em face do art. 22, I da CF/88.

Na verdade, o TSE não possui competência para instituir novos ritos processuais nem estabelecer a imposição de perda do mandato e justa causa para sua manutenção, uma vez que, como já frisado, por ser tal competência privativa da União, não poderia o STF delegar ao TSE uma prerrogativa que não possui, principalmente porque é contra a máxima da lógica do razoável de que ninguém pode conceder a outrem mais poder do que, de fato e de direito, ostenta.

E, ainda, vários dispositivos desta Resolução podem ser vistos como inconstitucionais em virtude de possuírem um conteúdo lesivo à ordem jurídica. Em seu art. 1º, por exemplo, a Resolução 22.610/07 do TSE (BRASÍLIA, 2007a) prevê que o partido político interessado deve provocar a Justiça Eleitoral para requerer a perda do mandato eletivo do parlamentar. Em outro momento fixa a competência do TSE para julgar mandatos federais e dos tribunais regionais eleitorais para os mandatos estaduais e municipais. Dessa forma, esta previsão lesiona o art. 121 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que reserva à lei complementar a organização e competência dos tribunais e juízes eleitorais.

E ainda é importante frisar que a discussão em virtude da titularidade e da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, por serem matérias fora do período eleitoral

propriamente dito, estão excluídas da competência da Justiça Eleitoral, eis que a esta só competente regulamentar, controlar e julgar assuntos afetos ao processo eleitoral, e não a quem pertence a titularidade do mandato eletivo e as causas de perda da representação popular.

Portando, a Resolução nº 22.610/07 do TSE, ao tratar da distribuição de competência judiciária, competência exclusiva do Poder Legislativo, distorce completamente o ativismo judicial aceitável e permitido em um Estado democrático de direito, situando sobremodo em xeque as prerrogativas constitucionais do Parlamento brasileiro, especificamente a atribuição privativa de elaboração normativa.

É por isso que Cerqueira e Cerqueira (2008, p. 139) pertinentemente aduziram que:

O TSE, nas CTAS [consultas] 1398 e 1407, e ainda na resolução 22.610/07, portanto, atuou como “legislador positivo” constitucional, adiantando a Reforma Política, criando uma hipertrofia e invadindo o espaço do poder legislativo, violando a harmonia do sistema *check and balance* previsto no art. 2º da CF/88.

Não é só isso, no entanto. A Resolução nº 22.610/07 do TSE ainda provoca lesão ao princípio do contraditório e do devido processo legal, visto que a norma em questão estabelece a irrecorribilidade das decisões interlocutórias do Relator e, no que diz respeito aos acórdãos, o cabimento tão somente do pedido de reconsideração.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É importante salientar que o ativismo judicial dentro dos limites constitucionais é fundamental na preservação de um sistema equilibrado entre os poderes, principalmente quando há doutrina constitucional radical que defende o Poder Judiciário como órgão controlador dos demais poderes do Estado.

Há de atentar-se, nesse sentido, para o fato de que o Poder Judiciário se utilizou de valores e princípios constitucionais para definir a perda do cargo eletivo por infidelidade. Aliás, visualiza-se nos votos de alguns ministros uma leitura moralista do Direito constitucional, segundo a qual é possível extrair de valores e princípios subjacentes ao sistema constitucional comandos aptos a resolver diretamente casos concretos, ainda que expressamente inexistentes.

Tal metodologia do Direito é embasada no que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo. Nessa visão, o Direito e também a Moral não são esferas independentes, mas que se relacionam, de tal maneira que a validade do Direito passa a

dependem, em grande medida, da sua compatibilidade com os valores morais e éticos da sociedade.

O problema maior da teoria moralista do Direito é o fato de conceder ao juiz constitucional o poder de dar a última palavra sobre problemas constitucionais de natureza nitidamente moral e política, que, regra geral, são matérias controversas e talvez insusceptíveis de consenso da sociedade.

Bercovici (2005, p. 297), acerca disso, salienta que a questão essencial da preponderância do Judiciário é a da substituição do Parlamento, eleito pela soberania do povo, pelo governo dos juizes. Daí indagando: “Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?”

Quem razoavelmente responde à questão é Ávila (2009, p. 200), quando sustenta que “O Poder Judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais, num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural”. E continua o raciocínio, acentuando que o “Poder onde, por meio do debate, se pode respeitar e levar em consideração essa pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização, é o Poder Legislativo” (p. 200); uma vez que, por meio do Parlamento, utilizando procedimentos públicos de discussão, “se pode obter a participação de todos e a consideração da opinião de todos, em matérias para as quais não há uma solução, mas várias soluções para os conflitos de interesses” (p. 200).

Não se olvide que a concessão da palavra derradeira, referente a controvérsias envolvendo elementos morais, aos juizes, deixa o Judiciário entregue a si mesmo, retirando, nos Estados democráticos de direito, a prerrogativa basilar dos representantes do povo, de estabelecer o conteúdo jurídico fundamental para reger a sociedade e o Estado.

A advertência de Maus (2000, p. 129), apesar de ser direcionada para a Corte Constitucional alemã, encaixa-se, adequadamente, ao Supremo brasileiro:

Quando a justiça ascende ela própria a condição de mais alta instância [moral] da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social; controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização político-democrática. No domínio de uma justiça que contrapõe um direito 'superior', dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e à sociedade é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

Destaca ainda Maus (2000, p. 180 e 225) que o poder ilimitado de interpretação de todos os dispositivos constitucionais, inclusive de valores morais, possibilita ao Judiciário anular “os limites do Direito e, com isso, os limites de regulamentação estatal”. E não se pode perder de vista o fato de que a Constituição é o parâmetro objetivo de contenção do exegeta, não podendo este “impor qualquer sentido normativo a tudo e a todos, como se inexistissem barreiras de todas as ordens” (LIMA, 2005, p. 625).

Portanto, “Não é possível que o intérprete se esquive do texto, que a ele atribua sentidos diversos em contextos similares ou que promova alterações interpretativas sistêmicas da Constituição” (SAMPAIO, 2005, p. 398), de maneira a reorganizar, a seu talante, a engenharia de repartição de competências definida constitucionalmente. Adite-se a advertência de Neves (2007, p. 235-236): “à atividade controladora do Judiciário no âmbito da ampliação excessiva de sua competência em questões políticas é fator decisivo para uma crise de funcionalidade e de legitimidade do Estado Democrático de Direito”.

Há de se perguntar, no entanto, se o ativismo do Supremo na definição da perda do mandato do parlamentar infiel não traria ganhos para a democracia partidária, ainda que com o comprometimento da separação de poderes e da legalidade. Ocorre que sempre há um prejuízo “para a democracia quando o ponto de vista a respeito das condições democráticas é imposto por uma instituição não-democrática, mesmo que este ponto de vista esteja correto ou apresente melhorias à democracia” (WALDRON, 2009, p. 269).

Na verdade, não há que se falar em mudança institucional e social legítimas sem a participação efetiva da soberania do povo ou, no mínimo, dos representantes do povo soberano, que é o Parlamento. Vale dizer, “Sem participação popular, qualquer projeto de transformação social não é viável. O Judiciário certamente não fará as vezes de vanguarda libertadora”. (SOUSA NETO, 2006, p. 128). Na linha de Sunstein (2008, p. 186-187), os mecanismos políticos democráticos são melhores para realizar reformas mais profundas, pois “Depender das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças, e de duas maneiras. Poderia distrair as energias e recursos da política, e a eventual decisão judicial poderia barrar um desfecho político”.

Adite-se mais uma vez a pertinente observação de um dos maiores críticos da jurisdição constitucional da política no mundo, Waldron (2010, p. 98), quando objeta a entrega da palavra final, em uma democracia livre e pluralista, a uma corte constitucional destituída de legitimidade política para tanto. Assevera o autor que o ativismo judicial:

[...] é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direito.

Na mesma linha, pondera Dahl (2012, p. 304) que “quanto mais os quase guardiães [juízes] estendem sua autoridade às questões substantivas, mais eles reduzem o escopo do processo democrático”. E conclui o referido autor, de forma irreparável, que a substituição ou limitação do processo democrático decisório por outro não democrático infringe “um dos direitos mais fundamentais dos seres humanos, um direito tão básico que foi denominado inalienável: o direito das pessoas de governar-se.” (p. 304).

Portanto, se à primeira vista a institucionalização judicial da perda de mandato implica elementos positivos para o sistema político e eleitoral brasileiro, pois a infidelidade partidária é “reprovável do ponto de vista de uma ética político-partidária mínima” (TAVARES, 2008, p. 764), após as objeções declinadas há pouco, é no mínimo prudente e aconselhável não aceitá-la como inexoravelmente favorável à democracia.

Finque-se, para que não paire dúvida, que os autores deste estudo filiam-se à tese de que a aderência obrigatória do representante eleito ao partido de origem possa colaborar, em alguma medida, para o fortalecimento partidário no Brasil. No Brasil, contudo, a legitimidade para levar a cabo a reformulação do sistema político e partidário é exclusiva do Congresso Nacional.

A propósito disso, é elucidativa a seguinte passagem do voto do Ministro Eros Grau (apud BRANDÃO, 2012, p. 158, nota nº 255):

Não há oposição, neste sentido, entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, de modo que o Supremo Tribunal Federal – menos ainda o TSE – exorbite da função jurisdicional para emendar a Constituição, reformando-a. Mais, consta que o Poder Legislativo vem atuando em direção à implantação de uma reforma política, no bojo da qual o item da fidelidade partidária compõem-se entre os temas de uma reforma política, no bojo do Poder Constituinte Derivado já em si consubstancia ‘quebra constitucional.

Ademais, há que se acrescer o fato de que a Resolução nº 22.610/07 do TSE, sufragada pelo STF, ultrapassou, em grande amplitude, os limites pertinentes ao ativismo

judicial, notadamente pelo fato de reintroduzir o instituto da fidelidade partidária, que de há muito, como se exprimiu há pouco, é um dos objetos das propostas legislativas da reforma político-partidária, cuja finalidade última é encontrar o ponto de equilíbrio entre a governabilidade do poder e a democracia.

Por derradeiro, deixam-se, a título provocativo, algumas indagações sobre o complexo fenômeno do ativismo judicial e/ou judicialização da política, para uma análise posterior e em espaço adequado: (i) o que moveria o STF a adentrar o âmbito de competência dos outros poderes, com a usurpação da capacidade decisória das instituições representativas?(ii) Quais forças ou correlação de forças estão nas entrelinhas do protagonismo do STF? (iii) Quais as consequências para as instituições representativas e para a democracia brasileira do STF como legislador positivo? E, por fim, (iv) como pôr a Constituição Federal de 1988 acima da vontade do STF?

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA MARTIS, Ives. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. In: **Reforma política e cidadania**. BENEVIDES, M.V; KERCHE, F.; VANNUCHI (Orgs.). São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Fernando Luiz Ximenes Rocha; Filomeno Moraes (Orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade do Estado e a revisão parlamentar do controle de constitucionalidade. In: **Limites do controle de constitucionalidade**. Tradução de Adauto Villela e Gerardo de Carvalho. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL, Lei 4737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, 19/07/1965.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Decreto Legislativo nº 397**, de 07 de novembro de 2007. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007.

BRASÍLIA, Tribunal Superior Eleitoral, CTA 1392/DF, Resolução 22488, Relator José Augusto Delgado, Publicação **Diário de Justiça** 11/12/2006, 2006a.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral, CTA 1236/DF, Resolução 22196, Relator José Gerardo Grossi, Publicação **Diário de Justiça**, Vol. I, Tomo - , 01/06/2006, 2006b.

BRASÍLIA, Tribunal Superior Eleitoral, CTA 1398/DF, Resolução 22526, Relator César Asfor Rocha, Publicação **Diário de Justiça** 08/05/2007, 2007a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, MS 26.603/DF. Relator Celso de Mello, Publicação **Diário de Justiça** 04/10/2007, 2007b.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral, Agr. Reg. MS 3668/PR. Relator Arnaldo Versiani, Publicação **Diário Oficial de Justiça** de 10/12/2007, 2007c.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade Partidária & Perda de Mandato no Brasil: temas complexos.** São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia. **Alceu**, vol. 5, nº 9, p. 105/113, dez, 2004.

CHAUÍ, Marilena. O que é política? In: **O esquecimento da política.** NOVAES, Adauto (Org.). São Paulo: Agir, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fidelidade Partidária e impeachment** – Estudo de Caso. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

DAHL, Roberto A. **A democracia e seus críticos.** Tradução de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DIRCEU, José; IANONI, Marcus. **Reforma política: instituições e democracia no Brasil atual.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

DULCI, Otávio Soares. A incômoda questão dos partidos no Brasil: notas para o debate da reforma política. In: **Reforma política e cidadania.** BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHÉ Fábio (orgs.). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

FAORO, Raymundo. **A república inacabada.** Porto Alegre: Globo, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Série Clássicos Edipro. Bauru (SP): Edipro, 2003.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional e efetivação dos direitos fundamentais: uma discussão sobre a paz. In: **Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Fernando Luiz Ximenes Rocha; Filomeno Moraes (Orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Cláudio Pereira de Sousa Neto; Gilberto Bercovici; José Filomeno Moraes Filho; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. Política *versus* direito: real desafio da jurisdição constitucional? In: **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Mendes**. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). Salvador: Jus Podivm, 2012. 2ª Série.

LOPES, Reinaldo de Lima Lopes. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'**. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. Recife-PE, Separata, nº. 11, 2000.

\_\_\_\_\_. Separação de Poderes e Função Judiciária. Uma perspectiva Teórica Democrática. In: **Legitimidade da Jurisdição Constitucional – Coleção ANPR de Direito e Democracia**. Antônio Carlos Alpino Bigonha; Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,somente-stf-ira-decidir-caso-battisti-diz-gilmar-mendes,343578,0.htm?p=2>. Acesso em 23.03.11.

MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao Direito partidário brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Filomeno. A propósito dos primeiros 20 anos da Constituição Federal: democracia, república e reforma política. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988**.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords. científicos). BILAC, Pinto Filho Francisco; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio (Coords. editoriais). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NETO, Cláudio Pereira de Sousa. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. São Paulo: Renovar, 2006.

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. CATTONI, MARCELO (coordenador). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O fenômeno constitucional e suas três forças. In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binbenbim (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIMENTA, Fernando Gurgel. **Guia prático da fidelidade partidária à luz da Resolução TSE 22.610/07**. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, J.-J. **O contrato social: princípios do direito político**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Adeus aos métodos? Hermenêutica, pragmática e argumentação constitucional. In: **Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. ROCHA, Fernando Luiz; MORAES, Filomeno (Orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARDEK, Maria Tereza. Poder Judiciário – críticas e desafios. Ano eleitoral – tempo para balanço. **Cadernos Adenauer**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, ano III, nº 03, set. 2002.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. SOUSA NETO, Cláudio Pereira; Cláudio; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Coleção Del Rey Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. SARMENTO, Daniel (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund. Inc, 1998.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *O judicial review e as condições da democracia*. In: **Limites do controle de constitucionalidade**. Tradução de Adauto Villela *et al.* Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *A essência da oposição ao judicial review*. In: **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Tradução de Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.