

(IN)FIDELIDADE PARTIDÁRIA, DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O STF COMO FISCAL DO PROCESSO POLÍTICO.

Sumário: I. Introdução. II. Democracia representativa e fidelidade partidária. III. Fidelidade partidária na doutrina e na jurisprudência: do formalismo pretérito ao particularismo presente. IV. Para além da hermenêutica constitucional: o STF como instituição de reforço do processo democrático. V. O mérito da decisão: afinal, de quem é o mandato político no Brasil? VI. Conclusão. VII. Referências bibliográficas.

Resumo: Em outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal brasileiro indiscutivelmente assumiu uma posição de grande vulto no cenário político do nosso país. Em sede de três mandados de segurança impetrados pelos partidos DEM (antigo PFL), PPS e PSDB, os ministros do Supremo Tribunal decidiram que, nos pleitos proporcionais, o mandato eleitoral pertence ao partido político, de tal sorte que, se o parlamentar a este filiado mudar de agremiação depois de eleito - sem um justo motivo - perderá o direito de ocupar a vaga a que até então fazia jus. Mais do que uma mera decisão pontual envolvendo a interpretação mais adequada da Constituição, a definição sobre o pertencimento do mandato é sintomática de um fenômeno global: a expansão da atividade e da autoridade do Poder Judiciário sobre uma gama de variadas questões que repercutem consideravelmente sobre a vida social e política. De forma simplificada, o fenômeno é rotulado de “judicialização da política e das relações sociais”. É neste contexto de atuação mais incisiva do Poder Judiciário que se deve analisar a histórica decisão do Supremo Tribunal federal, não só para analisar as suas verdadeiras possibilidades institucionais para a fiscalização do processo político, como também para traçar os limites de um ativismo democraticamente comprometido.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, democracia, fidelidade partidária, procedimentalismo, hermenêutica constitucional, formalismo, particularismo, capacidades institucionais.

Abstract: In October 2007, the Brazilian Supreme Court undoubtedly took a position as a major figure in the political landscape of our country. Prompted by three mandamus filed by the parties DEM (former PFL), PPS and PSDB, the Supreme Court Justices decided that in proportional elections, the electoral mandate belongs to the political party, so that, if candidates switch their parties after the election – without a good reason – they lose the right they were previously entitled. More than a mere ad hoc decision involving the most appropriate interpretation of the Constitution, that decision was symptomatic of a global phenomenon: the expansion of activity and authority of the judiciary on a range of diverse issues that impact significantly on the social and political life. That is the so called “judicialization of politics and social life”. It is in this context that one must analyze the Brazilian Supreme Court 2007 decision, assessing the real possibilities for the court’s oversight of the political process, and also charting the boundaries of a democratically committed activism.

Keywords: judicial review, representative democracy, party loyalty, constitutional interpretation, formalism, particularism, institutional capacities.

I. Introdução.

Em outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal indiscutivelmente assumiu uma posição de grande vulto no cenário político brasileiro. Em decisão histórica,¹ tomada em sede

¹ Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, “se penso em dez decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal, não consigo excluir essa decisão no contexto de 1988. Realmente uma decisão que preserva a democracia no Brasil. Uma decisão verdadeiramente histórica. Talvez ela esteja entre as cinco mais importantes deste período

de três mandados de segurança impetrados pelos partidos DEM (antigo PFL), PPS e PSDB,² os ministros do Supremo Tribunal entenderam que, nos pleitos *proporcionais*, o mandato eleitoral pertence ao partido político, de tal sorte que, se o parlamentar a este filiado mudar de agremiação depois de eleito - sem um justo motivo - perderá o direito de ocupar a vaga a que até então fazia jus.

O debate político e judicial sobre a fidelidade partidária foi desencadeado pelo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), ao formular ao Tribunal Superior Eleitoral a Consulta nº 1.398/DF, rel. Min. Ministro César Asfor Rocha. A indagação era a seguinte: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”. O Tribunal Superior Eleitoral, na sessão de 27 de março de 2007, respondeu positivamente à supracitada Consulta, em pronunciamento assim ementado: “Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa” (Resolução 22.526/2007).³

Com base em tal entendimento, o Partido Popular Socialista (PPS), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Democratas (DEM) impetraram mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, contra decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, que indeferiu requerimentos formulados pelas referidas agremiações. Os partidos postulavam fosse declarada a vacância dos cargos dos Deputados Federais que haviam mudado de filiação partidária após as eleições de 2006.

Rompendo com seu entendimento histórico⁴ quanto aos efeitos da desfiliação partidária por parlamentares eleitos, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, confirmou a tese esposada pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1.398/DF. Desse modo, nos

de 88”. Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes na ADI nº 3.999/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 12/11/2008, DJe-071 de 16/04/2009.

² Brasil, STF, MS nº 26.602/DF, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-197 de 16/10/2008; Brasil, STF, MS nº 26.603/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-241 de 18/12/2008; Brasil, STF, MS nº 26.604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-187 de 02/10/2008.

³ Brasil, TSE, Consulta nº 1398, Resolução nº 22.526 de 27/03/2007, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 08/05/2007, p. 143. Os argumentos desenvolvidos na fundamentação da resposta à Consulta nº 1.398/DF serão abordados ao longo do trabalho.

⁴ STF, MS nº 23.405/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 22/03/2004, DJ de 23/04/2004: “Mandado de Segurança. 2. Eleitoral. Possibilidade de perda de mandato parlamentar. 3. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição. 4. Controvérsia que se refere a Legislatura encerrada. Perda de objeto. 5. Mandado de Segurança julgado prejudicado”. No mesmo sentido, cf. MS nº 20.927/DF, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 11/10/1989, DJ de 15/04/1994; MS nº 20.916/DF, rel. Min. Carlos Madeira, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 11/10/1989, DJ de 26/03/1993.

pleitos proporcionais, o mandato passou a ser de titularidade do partido e a mudança de agremiação sem justa causa a ensejar a perda do cargo no Legislativo.

Uma questão, porém, ainda ficava em aberto: os cargos eletivos preenchidos pelo sistema majoritário.⁵ Não tardou para que a indagação fosse levada ao TSE. Em resposta à Consulta nº 1.407/2007,⁶ o Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, entendeu que também nos pleitos majoritários aplicar-se-ia a regra da fidelidade partidária.

Essa conclusão, porém, não foi expressamente referendada pelo Supremo Tribunal Federal. Nada obstante, o TSE, invocando o entendimento do Supremo Tribunal Federal nos mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, editou a Resolução nº 22.610/2007, de modo a disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

A Resolução, então, fixou referido procedimento, esclarecendo questões como (i) a legitimidade para instauração do processo,⁷ (ii) os motivos legítimos para desfiliação,⁸ (iii) o órgão jurisdicional competente para apreciar os requerimentos,⁹ (iv) os requisitos formais necessários para instrução do pedido,¹⁰ (v) os prazos para prática de atos processuais,¹¹ (vi) os efeitos da decisão, bem como os recursos em face dela cabíveis.¹²

⁵ No Brasil, esse sistema é utilizado na eleição de Prefeitos (CRFB, art. 29, I), Governadores (CRFB, art. 28, *caput*), Senadores (CRFB, art. 46, *caput*) e do Presidente da República (CRFB, art. 77, §2º).

⁶ A consulta foi formulada pelo deputado Nilson Mourão (PT-AC) e indagava a seguinte questão: "os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral majoritário, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?"

⁷ A Resolução esclareceu que o partido político é parte legítima para requerer a declaração de vacância do parlamentar trãnsfuga (art. 1º, *caput*), desde que a mudança de agremiação não tenha decorrido de justa causa (art. 1º, §1º). Caso esta se configure, poderá o mandatário, ele próprio, requerer a declaração de motivo idôneo para desfiliação do partido de origem (art. 1º, §3º), evitando, assim, a perda do mandato. 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 (art. 1º, §2º).

⁸ Considera-se justa causa para desfiliação partidária (art. 1º, §2º): (i) incorporação ou fusão do partido; (ii) criação de novo partido; (iii) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; (iv) grave discriminação pessoal.

⁹ O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado (art. 2º).

¹⁰ Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas (art. 3º).

¹¹ O prazo de resposta do mandatário que se desfilou e do eventual partido em que esteja inscrito é de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação (art. 4º). Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público. (art. 6º). Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos (art. 9º). O processo deverá encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias (art. 12).

¹² Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposse, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias (art. 10). São irrecuráveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º da Constituição da República (art. 11).

Logo em seguida, a Resolução 22.610/2007 do TSE foi questionada quanto à sua constitucionalidade perante o STF no bojo das ações diretas nºs 3.999/DF e 4.086/DF, ambas de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, sendo a primeira de autoria do Partido Social Cristão (PSC) e a segunda de autoria do Procurador-Geral da República. Alegavam os autores, em síntese, que a Resolução teria (i) violado a reserva de lei complementar para definição da organização e competência de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (CRFB, art. 121, *caput*); (ii) usurpado competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (CRFB, arts. 22, I, 48 e 84, IV); (iii) ferido a reserva legal para tratar de matéria processual (CRFB, arts. 22, I e 48), tudo isso em ultraje ao princípio constitucional da Separação de Poderes (CRFB, art. 2º c/c art. 60, §4º, III).

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, por maioria,¹³ julgou improcedente as ações diretas e declarou a constitucionalidade da Resolução impugnada. O argumento fundamental foi o de que a atuação do TSE seria medida urgente e indispensável para proteção do direito reconhecido pelo STF aos partidos até que a disciplina legislativa conformasse a matéria. Segundo o Min. Relator, “a demarcação do âmbito de atividade do Legislativo deve ser sensível às situações extraordinárias, marcadas pela necessidade de proteção de um direito que emana da própria Constituição”. Daí que “a atividade normativa do TSE recebe seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinada a assegurá-lo”. O acórdão restou, assim, ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, *caput* e *par. ún.*), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, *caput* e *par. ún.*, art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda

¹³ Vencidos os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio.

segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. **As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.** 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.¹⁴

Eis aí o cenário em nos encontramos: de um momento inicial em que o entendimento firme e prevalecente no Supremo Tribunal Federal era o da impossibilidade de perda do mandato por desfiliação partidária chegamos a um contexto em que *todos* os cargos eletivos no Brasil, tanto os preenchidos pelo sistema *proporcional* como os ocupados pelo sistema *majoritário*, estão sujeitos aos ditames da fidelidade partidária.

Interessante notar que desde a promulgação da Carta de 1988 não houve qualquer alteração formal no texto constitucional que justificasse essa mudança de posição da mais alta Corte do País. Em verdade, a nova compreensão do STF sobre o tema foi antes de tudo *construída* a partir da Constituição, mas não nela constatada de forma autoevidente. Essa postura mais arrojada do Supremo Tribunal Federal é sintomática de um fenômeno global marcado pelo avanço do direito em detrimento da política e consequente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos (TATE e TORBJÖRN, 1995). Trata-se do já conhecido fenômeno da “judicialização da política e das relações sociais”.¹⁵

As explicações que buscam dar conta da ascensão do Poder Judiciário são várias e fogem ao escopo do presente estudo investigá-las em detalhes.¹⁶ Em linhas gerais, no entanto,

¹⁴ Brasil, STF, ADI nº 3.999, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 12/11/2008, DJe-071 de 16/04/2009.

¹⁵ A expressão se consagrou com o trabalho pioneiro de VIANNA, Luiz Werneck Vianna; CARVALHA, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹⁶ Sobre o tema cf., BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ. Maio de 2011. V. tb., BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **Revista Elerônica sobre a Reforma do Estado**, nº 23, set/out/nov 2010. Salvador. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>>. Acessado em 29 de junho de 2011.

podem-se apontar alguns fatores que, conjugados, potencializam o fenômeno da judicialização, abrindo caminho para a afirmação da autoridade, cada vez maior, dos tribunais e em especial do STF. São eles (i) o reconhecimento da importância de um Poder Judiciário forte e independente nas democracias modernas e (ii) a parcial desilusão com a política majoritária, como consequência da crise de representatividade. No Brasil, somam-se a esses fatores, ainda, (iii) a opção por uma Constituição abrangente, analítica, ambiciosa e ubíqua,¹⁷ bem como (v) a institucionalização de um robusto sistema de jurisdição constitucional, com amplo espectro de legitimados capazes de provocar a atuação do Supremo Tribunal Federal.

O resultado é uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil, que passa a ter no Judiciário, e sobretudo no Supremo Tribunal Federal, sua principal autoridade decisória. Essa nova realidade institucional foi muito bem captada por VIEIRA ao se referir a “supremocracia” (2008, p. 541-566). Segundo o autor, ainda é difícil julgar se o fenômeno é positivo ou negativo. Isso porque, de um lado, “a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas últimas duas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo”. Porém, sob outro ângulo, VIEIRA afirma ser esse arranjo institucional brasileiro “sintoma da enorme fragilidade, e por que não dizer, enorme degradação do nosso sistema representativo” (2008, p. 549).

É a partir desse marco teórico-institucional que se pretende analisar a decisão de outubro de 2007 do Supremo Tribunal Federal quanto ao pertencimento do mandato político no sistema representativo brasileiro. O objetivo do presente trabalho é não apenas investigar a correção jurídica daquela decisão pontual, como também esboçar uma diretriz segura para equacionar as relações entre jurisdição constitucional e controle do processo político brasileiro.

O estudo está estruturado da seguinte forma. No *segundo* capítulo serão estabelecidas as relações entre democracia representativa e fidelidade partidária. O propósito é evidenciar as conexões entre ambos os conceitos e importância de que caminhem juntos. O *terceiro* capítulo, por sua vez, relata a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a fidelidade partidária no Brasil, enquadrando-os em diferentes modelos decisórios (*i.e.*, formalismo e particularismo). O objetivo aqui é demonstrar que tanto uma quanto outra postura interpretativa depende de escolhas contextuais que não puramente normativas. O *quarto* capítulo pretende expor razões para justificar a opção pelo particularismo como

¹⁷ A expressão é de SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **Revista de Direito do Estado**, n. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83-118.

modelo decisório envolvendo questões concernentes ao processo político. O *quinto* capítulo analisa a possibilidade de extrair da sistemática constitucional brasileira a regra da fidelidade partidária. Por fim, no último capítulo, serão sumariadas as conclusões obtidas no presente trabalho.

II. Democracia representativa e fidelidade partidária

O propósito do presente capítulo é sedimentar alguns conceitos e fixar premissas teóricas indispensáveis à compreensão do tema. Mais especificamente, quer-se entender *se e em que medida* a noção de democracia representativa relaciona-se com a ideia de fidelidade partidária.

Uma distinção clássica na teoria política é aquela que contrapõe democracia e autocracia como os dois modelos ideais de regime de governo. Tal distinção é calcada em um critério axiológico, valorativo, que busca identificar a forma pela qual se dá a relação entre o poder, exercido pela autoridade política, e os sujeitos que compõem a coletividade, vale dizer, os destinatários dos comandos superiores. Se o poder é exercido a partir de uma lógica ascendente, de baixo para cima (*ex parte populi*), diz-se que o regime em análise é democrático. Do contrário, em prevalecendo uma lógica descendente no exercício do poder (*ex parte principis*), diz-se que o regime é autocrático. Assim é que a qualificação de um regime de governo como democrático ou autocrático traz consigo inexoravelmente um juízo de valor acerca da qualidade do poder exercido.

A democracia identifica-se com o autogoverno popular. Preconiza – ainda que idealmente – que os indivíduos, mesmo vivendo em sociedade, submetam-se apenas às suas próprias vontades. Isso se torna possível por um *processo* interativo e dialogal de construção das regras de convivência em coletividade. Democracia é, assim, a constante utopia de transformar regras jurídicas em regras morais. É a ideia de transpor a *autonomia da moral* para a *heteronomia do direito*. Daí decorre a justificação da democracia como o melhor regime de governo (ou o menos pior): pressupor que o indivíduo singular, o indivíduo como pessoa moral e racional, é melhor juiz do seu próprio interesse.¹⁸

¹⁸ BOBBIO, Noberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 424. Segundo o autor, “qualquer outra forma de governo é fundada no pressuposto contrário, vale dizer, no pressuposto de que há alguns indivíduos superiores, ou por nascimento, ou por educação, ou por méritos extraordinários, ou porque mais afortunados, ou mesmo um único indivíduo, que são capazes de julgar qual seja o bem geral da sociedade entendida como um todo, melhor do que poderiam fazer os indivíduos singularmente”.

A mais singela e óbvia forma de se tentar alcançar o objetivo já era constatada por Rousseau em pleno século XVIII. Trata-se da democracia direta, a qual, resgatada da *polis* grega, concederia a todos os cidadãos a possibilidade de participar pessoalmente das deliberações criadoras de normas reitoras da vida social.

Sem embargo, inconvenientes de duas ordens inviabilizam a implantação de um modelo direto de democracia na atualidade. Primeiramente, o número de pessoas que participariam do processo decisório é muito maior do que aquele existente na Grécia antiga, seja porque a população mundial realmente cresceu, seja porque o direito de voto foi universalizado, incluindo, assim, parcelas da sociedade historicamente marginalizadas. Dessa forma, em face da amplitude do quadro humano politizado, a democracia direta hoje restringir-se-ia à simples agregação de preferências dadas, em prejuízo de um efetivo e aguerrido debate que incorpore os mais variados pontos de vista existentes.

Além disso, a sociedade contemporânea é marcada por uma prevalência do “homem-indivíduo” sobre o “homem-cidadão”. Ou seja, mergulhados em seus projetos particulares de vida, as pessoas constantemente deixam para segundo plano as questões afeitas ao espaço público. Isso poderia comprometer sobremaneira a profundidade de reflexão e prudência que se esperam das decisões democráticas. Um quê de especialização dos agentes decisórios se faz, assim, proveitoso.

Diante disso, não há outra saída viável para a manutenção do regime democrático nas sociedades modernas senão a representação política.¹⁹ Esta se faz através da escolha, por parte dos cidadãos, de candidatos especialmente selecionados para agir em nome do povo, representativos dos seus interesses. Nesse contexto, os partidos políticos desempenham um papel importante. Isso porque, em uma democracia representativa, como a brasileira, o

¹⁹ Como registrou John Stuart Mill, “(...) é evidente que o único governo que pode satisfazer plenamente todas as exigências do estado social é aquele de que todo o povo participe; aquele em que qualquer participação, mesmo na menor função pública, é útil; aquele em que a participação deve ser tão ampla quanto permitir o grau de desenvolvimento da comunidade; e aquele em que nada menos do que a participação de todos no poder soberano do Estado pode ser desejável. Porém como nem todos podem, exceto em uma pequena cidade, participar pessoalmente da gestão do governo, o tipo ideal de governo perfeito é o representativo”. **Considerações sobre o governo representativo**, 1861. Disponível em <http://www.gutenberg.org/dirs/etext04/conrg10h.htm>. Acessado em 2 de junho de 2011. Tradução livre do autor. No original: “(...) it is evident that the only government which can fully satisfy all the exigencies of the social state is one in which the whole people participate; that any participation, even in the smallest public function, is useful; that the participation should everywhere be as great as the general degree of improvement of the community will allow; and that nothing less can be ultimately desirable than the admission of all to a share in the sovereign power of the state. But since all cannot, in a community exceeding a single small town, participate personally in any but some very minor portions of the public business, it follows that the ideal type of a perfect government must be representative”. *Considerations on representative government*. 1861.

veículo principal entre as demandas latentes na sociedade civil e o Estado são, em princípio, os partidos políticos.²⁰

De forma bem sintética, pode-se dizer que partidos políticos são “organizações de pessoas que, inspiradas por idéias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, pelo emprego dos meios legais e nele conservar-se para realizar os fins propugnados” (BONAVIDES, 2006, p. 370). Do ponto de vista teórico, são os partidos políticos que aglutinam as pessoas no espaço público em torno de determinadas bandeiras, tornando mais inteligível o processo eleitoral. Vale dizer, eles facilitam (ou deveriam facilitar) a visualização, por parte dos cidadãos, dos diferentes programas de governo que buscam ganhar concretude se galgarem o poder. Além disso, são também os partidos que servem (ou pelo menos deveriam servir) de unidade fundamental para orientar as transações políticas, ao encarnarem um nítido conteúdo ideológico e um sólido programa de governo, aptos a racionalizar a formação de maiorias no âmbito do parlamento.

A ascensão dos partidos políticos no bojo do sistema representativo reformulou suas estruturas e conferiu-lhes nova feição. Em obra clássica sobre os partidos políticos, DUVERGER (1970, p. 387) diagnosticou com precisão essa realidade:

É a seguinte a definição mais simples e mais realista de democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados, por intermédio de eleições honestas e livres. Sobre esse mecanismo de escolha, os juristas, após os filósofos do século XVIII, desenvolveram uma teoria de representação, o eleitor dando ao eleito mandato para falar e agir em seu nome; dessa maneira, o Parlamento, mandatário da nação, exprime a soberania nacional. O fato da eleição, como a doutrina da representação, foram profundamente transformados pelo desenvolvimento dos partidos. Não se trata doravante entre eleitor e eleito, Nação e Parlamento: um terceiro se introduziu entre eles, que modifica, radicalmente, a natureza de suas relações. Antes de ser escolhido pelos eleitores, o deputado é escolhido pelo partido: os eleitores só fazem ratificar essa escolha. A coisa é visível nos regimes de partido único, em que um só candidato se propõe à aceitação popular. Por ser mais dissimulada, não é menos real, nos regimes pluralistas: o eleitor pode escolher entre muitos candidatos, mas cada um destes é designado por um partido. Se se quer manter a teoria da representação jurídica, é necessário admitir que o eleito recebe um duplo mandato: do partido e dos eleitores. A importância de cada um varia segundo o país; no conjunto, o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral.

De fato, a formação e o contínuo crescimento dos partidos, que se interpuseram entre o corpo eleitoral e o parlamento, ou, mais em geral, entre o titular da soberania e quem deve de fato exercer essa soberania, acabaram por despedaçar a relação direta entre eleitores e eleitos, dando origem a duas relações distintas. A primeira delas se estabelece entre eleitores e

²⁰ Na atualidade se fala na incorporação de mecanismos de democracia semidireta ou participativa como forma de abrandar eventuais desvios que a representação política enseja. No direito brasileiro, são exemplificativos de tais mecanismos o plebiscito (CRFB/88, art. 14, I), o referendo (CRFB/88, art. 14, II) e a iniciativa popular de leis (CRFB/88, art. 14, III).

partido; a outra, entre partido e eleitos. Essa realidade torna cada vez mais evanescente a relação originária e a característica do Estado representativo entre mandante e mandatário. Frise-se, porém, que, como pontua BOBBIO (2000, p. 470), é exatamente essa intermediação partidária que torna possível hoje a democracia:

Nada melhor que essa dupla função serve para fazer entender o lugar central que o partido foi assumindo nos sistemas representativos, da maneira como foram se configurando depois do sufrágio universal que, multiplicando o número de eleitores sem poder multiplicar de modo correspondente o número dos eleitos, tornou necessária a formação daqueles grupos intermediários agregadores e simplificadores que são exatamente os partidos. Contrariamente ao que se pode imaginar às habituais críticas sem fundamento à situação dos partidos, a intermediação do partido entre eleitores e eleitos, com o conseqüente nascimento de duas relações no lugar de uma, não complicou o sistema da representação, mas o simplificou, e, simplificando-o, tornou-o novamente possível.

O relevante peso dos partidos políticos na democracia representativa fica particularmente claro na nossa Constituição da República. Inicialmente deve se ressaltar o fato de ter sido a eles atribuído um capítulo próprio.²¹ Neste, a Constituição define que o acesso aos recursos públicos para financiamento de campanhas, bem como o acesso ao rádio e à televisão será feitos por intermédio dos partidos,²² que deverão prestar contas à Justiça Eleitoral.²³ No entanto, a prova mais eloquente da centralidade dos partidos no regime representativo brasileiro é a exigência constitucional de filiação partidária como condição de elegibilidade.²⁴ Só há, portanto, a formalização de candidaturas quando o indivíduo esteja regularmente inscrito nos quadros de algum partido político. Trata-se de verdadeiro monopólio partidário das candidaturas no Brasil, como apontou DUVERGER.

No plano empírico, contudo, a prática social desconstrói esta romântica visão dos partidos. O monopólio das candidaturas é algo inexplicável diante dos fatos que hoje se apresentam. Não há dúvida de que essas agremiações são uma forma ainda efetiva de intermediação da representação política, mas vê-las como instâncias exclusivas de militância da sociedade parece uma idéia muito datada. Poder-se-ia pensar assim no século XIX e início do XX, quando os partidos finalmente obtiveram o reconhecimento no mundo jurídico, embora já integrassem as “constituições reais”²⁵ desde tempos anteriores. Hoje, porém,

²¹ Trata-se do capítulo V “Dos Partidos Políticos”, inserido no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

²² Brasil, CRFB/1988, art. 17, §3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

²³ Brasil, CRFB/1988, art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: III - prestação de contas à Justiça Eleitoral.

²⁴ Brasil, CRFB/1988, art. 14, §3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: V - a filiação partidária.

²⁵ “Constituições reais” é uma expressão aqui utilizada a partir das categorias desenvolvidas por Ferdinand Lassale, que, à luz do seu conceito sociológico de constituição, contrapunha “constituição real”, composta pelos

multiplicaram-se os espaços através dos quais setores da sociedade se organizam e atuam politicamente, operando como canais entre o espaço público e o espaço privado. *ONGs*, lobbies, sindicatos, associações, fundações e a própria Internet são exemplos disso.

Ademais, a desvalorização do próprio Poder Legislativo, na estrutura clássica de tripartição das funções do Estado, contribuiu para o enfraquecimento dos partidos. Isso porque era no âmbito do parlamento que eles tinham uma atuação mais destacada e desvinculada da figura individual dos seus integrantes. Isso já não ocorre no âmbito dos cargos do Executivo, em que a individualidade do político é mais perceptível, permitindo uma diferenciação maior entre a pessoa jurídica do partido e a pessoa física do candidato.

Além disso, a configuração de uma sociedade pós-moderna, extremamente complexa e fragmentada, torna árdua a tarefa de identificar uma única ideologia plena, capaz de abarcar, de maneira uniforme, todos os campos da vida das pessoas. A clivagem social hoje é muito diluída, quase ininteligível. As posturas individuais sobre os variados temas existentes tendem a ser específicas para cada assunto, e não algo tão nítido e denso o suficiente para dar suporte a uma resposta apriorística para todas as situações. Um enquadramento ideológico-partidário, neste contexto pós-moderno, é, portanto, um verdadeiro desafio.

No Brasil, em particular, há componentes que agravam ainda mais a crise da democracia representativa e, em especial, a dos partidos. O nosso sistema eleitoral, tal como positivado, supervaloriza a figura individual do parlamentar, tanto no processo eleitoral como no desempenho do mandato, em detrimento das agremiações partidárias. O modelo proporcional de lista aberta – adotado pelo Brasil para alguns cargos²⁶ – permite que os candidatos de um mesmo partido disputem votos entre si, visto que será o seu desempenho individual o critério para o preenchimento das vagas obtidas pelo partido. Nesse contexto, os aspectos programáticos das agremiações a que estão filiados são deixados para segundo plano, centrando-se as campanhas nos atributos pessoais de cada aspirante a parlamentar.

Além disso, durante o curso do mandato, o parlamentar que destoe das diretrizes do partido, seja votando em sentido antagônico aos fins da agremiação, seja até mesmo mudando de partido, não sofre (ou não sofria) qualquer consequência significativa do ponto de vista jurídico, recaindo sobre ele meras sanções administrativas ou políticas, incapazes de ou

fatores reais e efetivos de poder existentes em uma sociedade, e “constituição escrita”, uma mera folha de papel despida de qualquer força normativa autônoma. Cf. LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁶ O sistema eleitoral proporcional brasileiro é adotado para os cargos de deputado federal (CRFB, art. 45), deputado estadual (CRFB, art. 27) e vereador (CRFB, art. 29, IV). O Código Eleitoral brasileiro, como não poderia deixar de ser, estabelece a mesma regra: “Art. 84. A eleição para a Câmara dos Deputados, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, obedecerá ao princípio da representação proporcional na forma desta lei”.

invalidar o ato praticado ao arrepio da ideologia partidária ou reter o mandato pelo partido pelo qual ele foi eleito.

O resultado dessa conjugação de fatores é um sistema partidário objeto de constantes críticas quanto à sua autenticidade, representatividade e funcionalidade. As mais recorrentes dizem respeito à fragilidade programática, ao troca-troca de partidos, à fragmentação do quadro partidário, à existência de “legendas de aluguel” e à influência do poder econômico, em meio a tantas outras (BARROSO, 2006, p. 335).

De fato, com a supervalorização da pessoa do candidato em detrimento da importância institucional dos partidos – o que, como visto, decorre, em parte, do próprio sistema eleitoral brasileiro – as agremiações passam a ter papel secundário na efetiva dinâmica da política. No entanto, como a Constituição ainda requer a filiação como condição de elegibilidade, proliferam-se partidos sem qualquer identidade (e poder), cujo único propósito de existência é permitir a formalização de candidaturas, na prática, avulsas.

Os reflexos dessa realidade sobre a dinâmica institucional brasileira são perversos. É que, em um universo em que predomina a fragilidade partidária, tem-se ambiente propício para o comprometimento das virtudes republicanas e da própria governabilidade. De fato, todo governo necessita de apoio no Legislativo para aprovação das deliberações de seu interesse e, para tal fim, desenvolve articulações políticas para a formação de bases parlamentares de sustentação. No entanto, à falta de partidos sólidos e ideologicamente consistentes, essas negociações, frequentemente, deixam de ser institucionais e programáticas e passam a ser personalizadas e fisiológicas. Desfrutando de grande poder individual, o parlamentar irá atuar em função dos interesses imediatos de sua base eleitoral, nas melhores hipóteses, ou no próprio interesse, nas demais. Seu apoio ou não ao governo será decidido caso a caso, em função de interesses políticos ou particulares imediatos. Os custos de transação para alcançar consensos mínimos aumentam significativamente, dificultando a gestão e comprometendo a eficiência política do Estado brasileiro.

Para combater esse quadro de dramática fragilidade dos partidos políticos no Brasil, surge a noção de fidelidade partidária. Segundo BARROSO (2006, p. 336-337), a fidelidade partidária designa um padrão de comportamento coerente dos candidatos eleitos para com as diretrizes programáticas da agremiação a que vinculado. A ruptura com a fidelidade partidária pode se manifestar em duas ocasiões principais: (i) nas votações em Plenário, quando o parlamentar não segue as diretrizes traçadas pelo partido; (ii) no caso de parlamentar que, durante o mandato eletivo, migra (uma, duas, inúmeras vezes) para outro partido.

Interessa-nos, para os fins do presente estudo, a segunda acepção da infidelidade partidária, *i.e.*, a decorrente da troca de partidos após a diplomação do candidato eleito. Foi justamente para combatê-la que o Supremo Tribunal Federal afirmou ser o mandato dos partidos. Pretendeu-se, assim, dar importante passo no restabelecimento das virtudes republicanas e de otimização da democracia (representativa) brasileira.

Nesse sentido, julgou-se ser a vedação da mudança de agremiação durante o mandato um importante instrumento para fortalecer os partidos e, conseqüentemente, potencializar benefícios que eles tendem – em um contexto de higidez – a trazer para o regime democrático-representativo. Benefícios esses que se aproximam com aquela ideal caracterização teórica dos partidos. Cumpre, no entanto, questionar se o ativismo judicial nesta implementação foi condizente com as possibilidades que a Constituição lhe franqueia, bem como se ele se situou nos limites que a democracia lhe impõe.

III. Fidelidade partidária na doutrina e na jurisprudência: do formalismo pretérito ao particularismo presente

Tradicionalmente, a troca de partido político, durante o exercício do mandato, por candidato eleito através de certa agremiação era vista, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, como causa exclusivamente geradora de, no máximo, expulsão do parlamentar dos quadros do seu antigo partido.

Segundo SILVA (2006, p. 407),

“os estatutos dos partidos estão autorizados [*pela Constituição*] a prever sanções para os atos de indisciplina e de infidelidade, que poderão ir da simples advertência até a exclusão. Mas a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária”.

CLÈVE (1998, p. 217-218), na mesma linha de entendimento, afirmava que, no sistema constitucional brasileiro, a circunstância de o parlamentar

“não perder o mandato em virtude de filiação a outro partido ou em decorrência do cancelamento da filiação por ato de infidelidade é eloquente. Ainda que doutrinariamente o regime do mandato possa sofrer crítica, é indubitoso que, à luz do sistema constitucional em vigor, o mandato não pertence ao partido”.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2004, por intermédio do mandado de segurança 23.405/GO, rel. Ministro Gilmar Mendes, afirmou-se que “embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se

provoque o resultado pretendido pelo requerente [*a perda do mandato dos parlamentares trânsfugas*]²⁷.

O fundamento que amparava essa conclusão não conta com grande complexidade. Afirmava-se que o artigo 55 do texto constitucional previa um elenco *taxativo* de hipóteses de perda do mandato, incluindo casos de extinção e de cassação. Isso se justificava pelo fato de que, em sendo a perda do mandato uma restrição a um direito político, ela só seria cabível nos casos expressamente contemplados na Lei Maior. Como a troca de partido político no curso do mandato não está arrolada neste dispositivo constitucional, não há que se cogitar de sua perda pelo parlamentar trânsfuga.

Tal postura interpretativa é típica de um modelo *formalista*. Para os adeptos dessa forma de conceber a hermenêutica, o Direito seria um domínio limitado de informações para a tomada de decisões, o que fecha as portas para a consideração de outras razões que em circunstâncias distintas seriam bem-vindas. Explicando melhor: o formalismo, enquanto um modelo ideal de tomada de decisões – e, portanto, aqui não se levando em conta possibilidades intermediárias –, é essencialmente fundado em *regras*, cuja linguagem passa a ser o objeto último de referência dos atos de aplicação normativa. Nas palavras de SCHAUER (1998, p. 536):

No coração da palavra ‘formalismo’, em seus numerosos usos, encontra-se a ideia de tomada de decisões de acordo com regras. O formalismo é a maneira pela qual as regras alcançam sua verdadeira propriedade de regras (‘ruleness’) justamente por fazer o que se supõe ser a própria a falta de formalismo: o bloqueio do acesso pelo agente decisório a fatores que outro agente decisório levaria em consideração não fosse a regra.²⁸

Assim, as regras jurídicas passam a direcionar o foco do aplicador e do intérprete, que está autorizado apenas a procurar os fatos considerados relevantes pelas categorias engessadas pelas próprias regras (STRUCHINER, 2008, p. 529).

Dessa forma, no caso em análise, não há regra constitucional que permita a perda do mandato pelo parlamentar que mudou de partido durante o mandato. Não poderia, portanto, o intérprete, por mais que existam boas razões para tal, construir, ao seu talento, uma nova regra constitucional.

²⁷ Brasil, STF, MS 23.405/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 22/03/2004, DJ de 23.04.2004. Confira-se a ementa do referido julgado: “Mandado de Segurança. 2. Eleitoral. Possibilidade de perda de mandato parlamentar. 3. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição. 4. Controvérsia que se refere a Legislatura encerrada. Perda de objeto. 5. Mandado de Segurança julgado prejudicado”.

²⁸ Tradução livre feita pelo autor. No original: “At the heart of the word ‘formalism’, in many of its numerous uses, lies the concept of decisionmaking according to rule. Formalism is the way in which rules achieve their ‘ruleness’ precisely by doing what is supposed to be the failing of formalism: screening off from a decisionmaker factors that a sensitive decisionmaker would otherwise take into account”.

A essa conclusão obtida pela perspectiva formalista também se pode chegar por via de um argumento histórico. A Emenda Constitucional nº 1/69 estabelecia expressamente a regra da fidelidade partidária, de modo que o deputado que deixasse o partido político sob cuja legenda fora eleito perdia seu mandato. Essa perda era decretada pela Justiça Eleitoral, em processo contencioso em que se assegurava a ampla defesa. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 25/85, a regra da fidelidade partidária deixou de existir. A Constituição de 1988 não a adotou. O constituinte de 87/88 poderia tê-lo reinstalado em nossa ordem constitucional, para o que bastaria ter inserido essa hipótese entre as causas de perda de mandato enunciadas no artigo 55. Mas não o fez. Na atual configuração constitucional brasileira, a filiação partidária é, para uma leitura formalista, tão-só condição de elegibilidade (art. 14, §3º, CRFB/88), mas não condição para que o parlamentar permaneça no cargo depois de eleito.

Em outubro de 2007, contudo, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, mudou completamente a sua orientação tradicional. Adotando uma visão mais *particularista*, chegou à conclusão de que a troca de partido, sem justo motivo, é causa que enseja a perda do mandato parlamentar, devendo o suplente do partido ser designado para assumir a função política. Este resultado exegético pode ser enquadrado na qualificação de particularista pelo fato de que não excluiu aprioristicamente nenhuma consideração, digna de relevância, do caso em jogo (STRUCHINER, 2008, p. 528).

Todos os fatos, argumentos e disposições constitucionais, ainda muito vagas, reputadas importantes foram levados em consideração na tomada de decisão, já que o que se pretende é alcançar o melhor resultado, o qual não necessariamente será aquele apontado pela literalidade clara do texto constitucional. Dessa forma, ainda que no artigo 55 da Constituição não haja qualquer menção ao troca-troca de partido, isso, *per se*, não é óbice suficientemente apto a suplantarem outra interpretação constitucional.

Esses diferentes modelos ideais de tomada de decisões estão disponíveis ao alcance dos Tribunais, existindo boas razões para a aceitação e rejeição de cada um deles. Porém, a decisão sobre como decidir, *i.e.*, a escolha por um modelo interpretativo formalista ou particularista, vai além do aspecto hermenêutico. Em verdade, as metadecisões ou decisões de segunda ordem²⁹ na hermenêutica jurídico-constitucional tem que ver com a própria

²⁹ Cass Sunstein define a expressão “decisão de segunda ordem” da seguinte maneira: “Por ‘decisões de segunda ordem’ nós nos referimos a decisões acerca da estratégia adequada para reduzir os problemas associados com a tomada de uma decisão de primeira ordem. Decisões de segunda ordem envolvem, pois, as estratégias que as pessoas usam de modo a evitar, desde logo, o natural processo decisório de primeira ordem. Há aqui questões relevantes sobre limitações cognitivas e também sobre responsabilidade, igualdade e justiça. No campo do

modelagem institucional do Estado Constitucional brasileiro. Como bem explica STRUCHINER (2005, p. 165), *verbis*:

Não existe nenhum motivo para acreditar que o modelo formalista é o modelo mais adequado para todas as esferas ou ambientes de tomada de decisões jurídicas. É possível, por exemplo, que uma sociedade não queira que os policiais tenham a capacidade de deliberar acerca das justificativas subjacentes às regras em cada momento de aplicação das mesmas, porque não teriam condições de entender as razões que explicam a sua existência, ou porque, em função do cargo que ocupam, não teriam a isenção necessária para avaliar essas razões. Por outro lado, é possível que a mesma sociedade confie amplamente nos juízes das cortes superiores. Nesse caso, a existência de um modelo particularista seria mais adequada. O ponto é que a escolha por um ou outro modelo é contextual. A escolha por um modelo de regras, isto é, um modelo acontextual (que não avalia todos os aspectos do contexto, mas apenas os fatores previamente estabelecidos e destacados como relevantes pelas regras) é, em si mesma, uma escolha feita contextualmente e depende principalmente do grau de (des)confiança que existe em relação aos responsáveis pela tomada de decisões. A escolha por um modelo de regras ou um modelo particularista também é contextual em um outro sentido. Em última análise, a escolha por um modelo ou por outro depende daquilo que é considerado o bem maior ou o mal maior. Se é considerado que colocar obstáculos no caminho da decisão correta é o mal maior, então a melhor opção é a adoção de um modelo particularista. Se, ao contrário, acredita-se que o mal maior consiste na possibilidade de abusos e erros na avaliação das justificações, então o modelo mais adequado é o modelo formalista.³⁰

Daí por que o significado e a força de um dispositivo normativo não podem ser reduzidos à sua forma de apresentação, mas sim a atitudes e convenções que são externas à própria manifestação literal da linguagem.³¹ É verdade que em uma cultura que leva a forma da linguagem a sério, a mesma faz diferença. Mas isso só corrobora o argumento de que a

direito, por exemplo, alguns juízes adotam decisões de segunda ordem em favor de regras, com o argumento de que regras promovem previsibilidade e minimizam os custos de decisões subsequentes. Na política, o parlamento muitas vezes adota uma decisão de segunda ordem em favor da delegação a algum terceiro, como uma agência reguladora”. SUNSTEIN, Cass. **Second-Order decisions**. Disponível em http://www.law.uchicago.edu/files/files/57.CRS_SecondOrder.pdf. Acessado em 31 de maio de 2011. Tradução livre do autor. No original: “By *second-order decisions* we refer to decisions about the appropriate strategy for reducing the problems associated with making a first-order decision. Second-order decisions thus involve the strategies that people use in order to avoid getting into an ordinary decision-making situation in the first instance. There are important issues here about cognitive burdens and also about responsibility, equality, and fairness. In law, for example, some judges favor a second-order decision in favor of rules, on the ground that rules promote predictability and minimize the burdens of subsequent decisions. In politics, legislatures often adopt a second-order decision in favor of a delegation to some third party, like an administrative agency”.

³⁰ No mesmo sentido, SCHAUER, Frederick. Formalism. In: **Yale Law Journal**, nº 97, 1998, p. 545.

³¹ Segundo Schauer, “por ora é suficiente notar que, a despeito das razões pelas quais um agente pode reputar a existência de uma regra como uma razão para agir, permanece o ponto de que a consideração de que uma regra é aplicável a certo caso depende não apenas da própria designação pela regra de sua aplicabilidade, mas de algo externo às próprias regras e ao sistema jurídico de que fazem parte”. SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 126. Tradução livre do autor. No original: “For now it is sufficient to note that regardless of why an agent might treat the existence of a rule as a reason for action, it remains the case that the process of taking a rule to be applicable depends not only on the rule’s own designation of applicability, even presupposing internal validity, but of something external to that rule and to the rule-system of which it is part”.

força de um enunciado lingüístico depende de certas posturas e atitudes externas à própria maneira como a linguagem se apresenta (STRUCHINER, 2008, p. 525-526)

É possível ir mais além. Se, de fato, as posturas interpretativas são sempre contingentes e variam a depender da *confiabilidade* nas *instituições* encarregadas de interpretar certo comando, o mesmo vale também quanto às diferentes *matérias* que uma mesma instituição deve abordar. Em outras palavras: é correto dizer que a contingência das posturas interpretativas varia não apenas entre instituições diferentes, mas também no interior de uma mesma entidade decisória, a depender do assunto que esteja em pauta. Dessa forma, é possível confiar mais em determinada instituição para decidir sobre certo tipo de matéria do que para avaliar temática distinta. A depender do grau de confiabilidade reconhecido, pode-se admitir um maior ou menor espaço de conformação decisório a determinada instituição.

Assim é que se observa hoje o esforço da dogmática jurídica na construção de parâmetros que racionalizem a atuação do Poder Judiciário³² e forneçam critérios para identificar em que searas se justifica uma intervenção judicial mais efetiva e em domínios o protagonismo do Judiciário pode ser problemático. Daí a ponderação de SARMENTO (2010a, p. 250/251), especificamente quanto ao controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, *verbis*:

Num contexto como o nosso, em que a jurisdição constitucional está prevista pelo próprio texto magno, o debate relevante do ponto de vista prático não é o de tê-la ou não, mas sim a forma como deve ser exercida. Dependendo do posicionamento adotado, pode-se preconizar um maior ou menor grau de ativismo judicial, ou defender o ativismo em algumas áreas, mas recusá-lo em outras.

A questão que se deve enfrentar, pois, é saber se no campo do *processo político* brasileiro, justifica-se uma intervenção mais incisiva do Poder Judiciário, uma postura mais particularista na interpretação da Constituição. Esse é o propósito do próximo capítulo.

IV. Para além da hermenêutica constitucional: o STF como instituição de *reforço* do processo democrático

³² Sobre o controle judicial de políticas públicas, cf. SARMENTO (2010b, p. 220). “Sem embargo, o exercício deste controle não pode ser realizado sem que se atente para a capacidade institucional de quem o opera. Por isto, não me parecem adequadas, neste ou em qualquer outro campo, as teorias que idealizam a figura do juiz, como o famoso ‘juiz Hércules’, de Ronald Dworkin –, depositando no Poder Judiciário expectativas que ele não tem como atender. E até compreensível que teorias desse tipo acabem vicejando no Brasil, pelo desencanto geral diante dos poderes políticos, atolados em sucessivos escândalos, e pela persistência das mazelas que afligem nossa população. Contudo, infelizmente, não me parece que elas possam entregar aquilo que prometem: a redenção de todos os males nacionais pela via judicial”. Sobre a aplicação da Constituição econômica, cf. BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para revisão judicial de diagnósticos e prognósticos em matéria econômica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 739-760.

Assentada a premissa de que certa postura interpretativa não é apenas uma questão de hermenêutica jurídica, mas também de modelagem institucional, resta investigar as razões pelas quais o modelo *particularista* de decisão é justificável no cenário da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal sobre questões de *processo político*.

A tensão latente entre jurisdição constitucional e democracia é, indiscutivelmente, um problema ainda em aberto tanto para o Direito quanto para a Teoria Política. A questão fundamental que se coloca é a seguinte: juízes não-eleitos e não responsáveis à vontade popular podem impor comportamentos a e/ou invalidar atos de autoridades políticas escolhidas pelo povo?

Alguém poderia responder, singelamente, que sim, afinal os Tribunais, ao controlarem a atuação dos demais Poderes com base na Constituição, estariam apenas *aplicando* a Lei Maior do sistema. Ocorre que a aparente simplicidade da afirmação esconde a complexidade envolvida no processo de interpretação e aplicação do direito. De fato, nem sempre a Constituição apresenta respostas precisas e claras a todas as perguntas. Oferece, no máximo, algumas referências a partir das quais começa a discussão. É apenas um ponto de partida. A linguagem aberta e vaga de várias disposições constitucionais acaba dando espaço a dimensão criativa do intérprete, que não se amolda às clássicas formulações do ato de interpretar e aplicar o direito. Se na jurisdição constitucional tem lugar uma atividade volitiva, e não meramente cognitiva, está-se, então, diante de uma contradição inconciliável com a democracia (BINENBOJM, 2010, p. 69).

Essa tensão latente, já consagrada pelo rótulo de “dificuldade contramajoritária”,³³ pode ser apontada como o grande *frenesi* da teoria constitucional há pelo menos meio século. Dificilmente um ano se passa sem que algum teórico anuncie que descobriu a solução final para a questão ou, ainda, que a dificuldade contramajoritária é, em verdade, insolúvel.³⁴ Esforços de inúmeros juristas e filósofos por todo o mundo evidenciam essa verdadeira “obsessão contramajoritária”.³⁵ Nesse cenário, as respostas teóricas são múltiplas e

³³ A expressão foi consagrada na clássica obra de BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

³⁴ A observação é de Bruce Ackerman: “Dificilmente um ano se passa sem que algum professor anuncie que descobriu a solução final para a dificuldade contramajoritária, ou, de forma mais nebulosa, que a dificuldade contramajoritária é insuperável”. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. In: **Yale Law Journal**, n. 93, 1984, p. 1013. Tradução livre do autor. No original: "Hardly a year goes by without some learned professor announcing that he has discovered the final solution to the countermajoritarian difficulty, or, even more darkly, that the countermajoritarian difficulty is insoluble". The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. In: **Yale Law Journal**, n. 93, 1984, p. 1013.

³⁵ A expressão é de FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy. In: **New York University Law Review**, vol. 73, 1998, p. 333-434.

insucetíveis de serem todas abordadas neste estudo de modesta pretensão.³⁶ Há até quem sustente a inconveniência de se buscar uma resposta final ao problema, pugnando pela necessária reflexão permanente sobre o ponto.³⁷ De qualquer sorte, algumas premissas teóricas, ainda que breves, precisam ser traçadas.

Dentre as concepções teóricas que procuram conciliar a jurisdição constitucional e o ideal democrático, afirmando ser possível a sua convivência harmônica, podem-se extremar as visões ditas *substancialistas* das *procedimentalistas*. As primeiras entendem que é papel da jurisdição constitucional atuar na proteção e afirmação de valores considerados essenciais e indispensáveis à caracterização de um regime como verdadeiramente democrático. A jurisdição constitucional é apresentada como instrumento de defesa dos *direitos fundamentais*, que, como tais, não podem ficar ao arbítrio da maioria ocasional.³⁸

Já as teorias ditas *procedimentalistas* entendem que o papel da jurisdição constitucional em uma democracia é o de servir apenas como defesa do *procedimento democrático*. Em comum, as concepções procedimentais desconfiam da existência de princípios morais consensuais e neutros, dedutíveis pela razão e suscetíveis de fundar um ativismo judicial consistente com a democracia. O papel da jurisdição constitucional é, portanto, o de garantir o funcionamento adequado do procedimento de participação

³⁶ Para uma breve, porém precisa e abrangente, sistematização das diferentes respostas teóricas sobre o assunto, cf. PIRES, Thiago Magalhães. Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil. In: **Revista de Direito do Estado**, n. 13, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 181-203. O autor divide as principais teorias do debate em quatro grandes grupos, sustentando quanto à relação entre jurisdição constitucional e democracia: (i) a incompatibilidade, com a prevalência do princípio democrático; (ii) a compatibilidade parcial, desde que a jurisdição constitucional se limite à função de árbitro do procedimento democrático; (iii) a compatibilidade total, porque o controle judicial protege consensos substantivos prévios da violação pela maioria; e, por fim, (iv) a necessidade da jurisdição constitucional como decorrência lógica do sistema.

³⁷ É o que sustenta Laurence Tribe em interessante artigo intitulado “A inútil busca por legitimidade”: “Isso não quer dizer que se deva adotar uma postura permanentemente cética ou indecisa sobre o tema, ou ainda que se deva dar fim à defesa comprometida e sincera de teorias constitucionais. Isso quer dizer que, em matéria de poder, o fim da dúvida e da desconfiança é o início da tirania. Assim, juízes que acreditem que alguma parcela do poder em que eles estão investidos é legítimo e, pois, não mais necessita ser fonte de inquietação devem ser temidos tanto quanto aqueles juízes que procedem sem qualquer preocupação teórica, e devem ainda mais ser temidos do que aqueles que se preocupam com o tema, mas cujas preocupações são insuperáveis por qualquer fórmula legitimadora. The futile search for legitimacy. In: **Constitutional Choices**. Massachusetts: Harvard University Press, 1985, p. 7. Tradução livre do autor. No original: “This is not to advocate permanent skepticism or indecision or to urge a halt to confident and even deeply committed advocacy of constitutional positions. It is to say that, *in matters of power, the end of doubt and distrust is the beginning of tyranny*. Thus, judges who come to believe that some part of the coercive force they wield is, thank heaven, legitimate after all and, thus, need not longer be a source of personal anguish are to be feared almost as much as are those judges who happily proceed without any theoretical worries at all, and are far more to be feared than those who worry but whose worries are unabated by any neat legitimating formula” (grifos no original).

³⁸ Ronald Dworkin perfilha entendimento nesse sentido. Aliás, como aponta, uma concepção constitucional de democracia seria respeitada sempre que as “decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

democrática, ficando a cargo da maioria, a cada momento histórico, a definição dos valores a perseguir e dos caminhos por que trilhar.

Para os fins do presente estudo, que pretende investigar qual a melhor postura interpretativa para o exercício da jurisdição constitucional sobre questões de procedimento político-democrático, interessa identificar as contribuições teóricas, em especial, das teorias *procedimentalistas*. O foco, aqui, será o pensamento do autor norte-americano ELY e a sua principal obra *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, publicada em 1980 e já considerada um clássico sobre o tema.

A construção teórica de ELY tem interessado, inclusive à ciência política (DAHL, 1989, p. 173) porquanto, ao invés de investir no desenvolvimento de uma específica hermenêutica para o trato da Constituição, apta a reduzir o espectro da discricionariedade judicial, o autor reavalia o papel a ser desempenhado nas sociedades democráticas pela jurisdição constitucional (VIEIRA, 1999, p. 212).

Sustenta o autor que, nas democracias representativas as decisões morais devem ser tomadas pelos representantes do povo, e não por magistrados, que não possuem responsabilidade política, a partir de teorias filosóficas que sequer os filósofos reconhecem consensualmente como verdadeiras. Assim, descrendo na viabilidade de princípios morais consensuais ou neutros, dedutíveis pela razão e suscetíveis de fundar um ativismo judicial em termos consistentes com a democracia, ELY propõe a limitação do *judicial review* a questões relativas à preservação da integridade do próprio regime democrático. Isto é: o papel do Judiciário não seria o de fazer escolhas substantivas, incluindo a conteudização de princípios e direitos, tarefa reservada, nos Estados democráticos, aos agentes políticos investidos pelo voto popular; sua missão seria a de garantir a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza. “Um controle, enfim, centrado apenas nas condições de formulação do ato legislativo (*input*), desprovido de qualquer pretensão de alcançar o seu resultado substantivo (*outcome*)” (BINENBOJM, 2010, p. 101).

A teoria de Ely atribui à jurisdição constitucional a função de *otimizar e aperfeiçoar* o processo democrático, *corrigindo* maus funcionamentos do sistema representativo que bloqueiem os canais da mudança política. Nas palavras do autor, *verbis*:

A abordagem ao controle de constitucionalidade que se sustenta aqui é similar àquilo que pode ser rotulado de sistema ‘antitruste’ no campo econômico, em oposição ao sistema dito ‘regulatório’ – em vez de ditar resultados substanciais, o modelo ‘antitruste’ apenas intervém quando o ‘mercado’, no nosso caso o mercado político, não está funcionando bem. (...) Nosso governo não pode ser considerado em mau funcionamento simplesmente porque gera, em alguns casos, resultados com o quais discordamos, qualquer que seja a intensidade dessa discordância (...). Em uma democracia representativa, determinações valorativas devem ser feitas por

nossos representantes eleitos e, se a maioria de nós disaprovar, podemos tirá-los do poder nas próximas eleições. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece confiança, quando (1) os de dentro estão bloqueando os canais de mudança política de modo a assegurar que continuarão no poder e que os de fora continuarão alijados, ou (2) quando, embora ninguém seja, a rigor, excluído do processo, os representantes vinculados às maiorias estejam sistematicamente prejudicando alguma minoria por conta de simples hostilidade ou recusa preconceituosa do reconhecimento de interesses comuns, e, assim, negam àquela minoria a mesma proteção assegurada a outros grupos pelo sistema representativo.³⁹

A teoria procedimental do controle de constitucionalidade elaborada por ELY é, certamente, uma das operações mais engenhosas voltadas a compatibilizar o poder dos tribunais com as exigências do regime democrático. O poder dos juízes limitar-se-ia a fiscalizar se os pressupostos da democracia foram respeitados na tomada de decisão. Mais que isso: os juízes estariam também autorizados a controlar atos que pusessem em risco a própria continuidade da democracia. O *judicial review* não seria, dessa forma, instrumento de proteção de uma peculiar forma substantiva de se organizar o mundo por intermédio da Constituição, mas de uma forma política meramente procedimental de organizar a tomada de decisão coletiva (VIEIRA, 1999, p. 217).

A teoria de Ely, no entanto, tem algumas insuficiências.⁴⁰ Não à toa, apesar de ainda muito influente, sofre constantes e duras críticas.⁴¹ Sem embargo, é preciso reconhecer que o pensamento do autor norte-americano fornece, no mínimo, pistas fundamentais para a

³⁹ ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 102-103. Tradução livre do autor. No original: “The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called an ‘antitrust’ as opposed to a ‘regulatory’ orientation to economic affairs – rather than dictate substantive results it intervenes only when the ‘market’, in our case the political market, is systemically malfunctioning. (...) Our government cannot fairly be said to be ‘malfunctioning’ simply because it sometimes generates outcomes with which we disagree, however strongly (...). In a representative democracy value determination are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the process is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representative beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simply hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by representative system”.

⁴⁰ Para uma exposição das insuficiências aos pensamentos de Ely, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 218-220. Cf. tb. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 104-106.

⁴¹ Apontando inconsistências lógicas na tese procedimental, Laurence Tribe: “Não é difícil demonstrar que a teoria procedimentalista é radicalmente indeterminada e fundamentalmente incompleta. A questão do processo, por si, não determina quase nada, a não ser que suas pressuposições sejam especificadas e seu conteúdo complementado por uma completa teoria de valores e direitos substantivos – o exato tipo de teoria que as concepções procedimentalistas pretendem evitar a todo custo”. The pointless flight from substance. In: **Constitutional choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 10. Tradução livre do autor. No original: “Yet it is not difficult to show that the constitutional theme of perfecting the processes of governmental decision is radically indeterminate and fundamentally incomplete. The process theme by itself determines almost nothing unless its presuppositions are specified, and its content supplemented, by a full theory of substantive rights and values-the very sort of theory the process-perfecters are at such pains to avoid”.

definição do papel da jurisdição constitucional em um regime democrático. Definitivamente, para reconhecer-lhe os méritos, não é preciso adotá-la como único paradigma na definição dos limites do *judicial review*.

Assim é que um parâmetro de atuação judicial que se pode construir a partir do pensamento de ELY é o seguinte: naquelas matérias em que os representantes do povo sejam autointeressados, *i.e.*, naqueles temas em que haja um propósito pessoal em questão, justifica-se uma postura mais *particularista* e intrusiva do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, em vez de uma perspectiva *formalista* e deferente. É que, nestes casos, o Parlamento, ainda que legitimado democraticamente, merece menos *confiança* de que atuará em proveito da própria democracia. VIEIRA (1999, p. 216) figurou exemplo inteiramente pertinente à realidade brasileira:

Não serão os próprios representantes os mais indicados para corrigir esses problemas de mau funcionamento democrático. Exemplo disso é o caso da sub-representação dos cidadãos dos Estados mais populosos no Brasil. Esperar que o Congresso – fruto dessa distorção e beneficiário da mesma – a corrija é esperar que a maioria dos parlamentares lute contra seus próprios interesses. Este é um caso típico onde a resolução do problema e o conseqüente fortalecimento da democracia devem sair de fora do sistema representativo.

Apesar de referir-se a uma situação pontual, a lógica empregada no exemplo acima vale para todos os casos em que o representante do povo, pela particularidade do tema em questão, tenda a deixar de atuar no interesse dos representados e seja incentivado a perseguir seus próprios e particulares objetivos. É o que se poderia designar por conflito de interesses: o do parlamentar como voz de outrem e o do parlamentar em si.

Embora tais situações não denotem o que comumente ocorre (*rectius*: o que deva ocorrer) em uma democracia representativa, elas serão a regra quando o assunto em debate for a disciplina do *funcionamento do próprio processo político*. Isso porque foi o exato sistema em vigor que permitiu a ascensão ao poder dos mesmos sujeitos que hoje são chamados a repensá-lo e reformá-lo, o que compromete a transparência e credibilidade das opções tomadas.

Isso não significa, obviamente, que o Legislativo e o Executivo, em matéria de processo político, devam ser substituídos pelo Poder Judiciário. De forma alguma. A formulação e reformulação do sistema é papel típico dos órgãos políticos, crismados que são na vontade popular e cuja missão é propriamente criar o direito. Todavia, diante da menor *confiança* de que tais instâncias decisórias gozam no trato dessa matéria em especial,

justifica-se uma postura mais *particularista* do Judiciário quanto ao controle das decisões sobre a matéria.⁴²

É importante notar que essa opção por um modelo particularista de decisão não tem que ver com uma suposta *expertise* necessária para o trato do assunto. Ao revés, muitos participantes ativos do processo político detêm vasto conhecimento sobre a distribuição de espaço, poder e visibilidade no âmbito parlamentar e, além, conseguem vislumbrar interpretações constitucionais muito efetivas em termos práticos. Porém, a abertura que se defende cabível, nesta matéria, ao controle pelo Judiciário decorre da *posição* de que ele desfruta em face do poder político quando comparado com o Legislativo e o Executivo. Nesse sentido, vale transcrever a lição de ELY, *verbis*:

Obviamente nossos representantes eleitos são as últimas pessoas em que devemos confiar em qualquer dessas situações [*de mau funcionamento do sistema político*]. Juízes não-eleitos, porém, estão fora do sistema representativo e apenas precisam se preocupar com sua continuidade no cargo de forma muito oblíqua. Isso não lhes confere nenhum acesso privilegiado aos valores genuínos do povo norte-americano: de fato, eles não o detêm. Isso, contudo, os coloca em uma posição objetivamente neutra para avaliar – embora ninguém possa supor que tais avaliações serão axiologicamente neutras – acusações de que, tanto pelo bloqueio dos canais de mudança ou pela atuação concertada com maiorias tirânicas, nossos representantes eleitos não estão, de fato, representando os interesses daqueles que o sistema político pressupõe que estejam.⁴³

Assim é que o que mais contribui para se franquear aos juízes um modelo de controle mais intrusivo e menos formalista sobre o processo político é o fato de eles serem independentes e não estarem sujeitos a tais regras, o que lhes confere um certo distanciamento das injunções político-partidárias, fundamental para a higidez do procedimento democrático aberto, plural e sem perseguições a grupos minoritários. Dessa forma, *mais* do que uma mera questão de interpretação constitucional, a problemática da intervenção judicial no processo político é *também e sobretudo* uma questão de modelagem institucional.

Projetando essa premissa sobre a atuação específica do Supremo Tribunal no caso da infidelidade partidária, justifica-se, pelo teor procedimental da matéria, a atuação mais intensa

⁴² Talvez se pudesse cogitar de solução pouco diferente na hipótese de as reformas no sistema político serem fruto de uma assembléia especialmente eleita para essa finalidade, que se reuniria pontualmente com o propósito de redefinir as regras do jogo democrático e, logo após, ser dissolvida. Isso permitiria que a política ordinária não contaminasse a própria estrutura do regime.

⁴³ ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p 103. Tradução livre do autor. No original: “Obviously our elected representatives are the last persons we should trust with identification of either of these situations [*de mau funcionamento do sistema político*]. Appointed judges, however, are comparative outsiders in our governmental system, and need worry about continuance in office only very obliquely. This does not give them some special pipeline to the genuine values of the American people: in fact it goes far to ensure that don’t have one. It does, however, put them in a position objectively to assess claims – though no one could suppose the evaluation won’t be full of judgment calls – that either by clogging the channels of change or by acting as accessories to majority tyranny, our elected representatives in fact are not representing interests of those whom the system presupposes they are”.

e particularista do Poder Judiciário. A crítica democrática de que a reforma política deva ser realizada pelo próprio Legislativo, com o devido respeito, é insuficiente para desautorizar a decisão do STF. Os nossos representantes são interessados diretamente nas regras do jogo democrático, que disciplinam a sua atuação. Confiar a eles a função de resguardá-las, com exclusividade e sem qualquer participação mais incisiva do Poder Judiciário, é colocar em xeque a própria democracia, já que as chances de manipulação e parcialidade no tratamento da matéria aumentam sensivelmente.

Frise-se, ainda, que qualquer visão idealizada do Poder Legislativo deve ser combatida. Como adverte SARMENTO (2010b, p. 228-229), *verbis*:

[D]a mesma maneira que não se deve idealizar a capacidade dos juízes na escolha da mais adequada postura hermenêutica, tampouco se deve fazê-lo em relação aos demais agentes estatais. Seria pouco realista, por exemplo, adotar no Brasil uma teoria como o ‘constitucionalismo popular’ de autores como Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Larry Kramer, que enfatizam a ‘dignidade da legislação’ para postularem a ‘retirada da Constituição dos tribunais’ e sua devolução ao próprio povo, com base no argumento de que faltaria ao Judiciário a legitimidade democrática para dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional. As conhecidas mazelas do nosso Poder Legislativo tornam absolutamente injustificável qualquer confiança excessiva no processo político como meio de garantia da Constituição.

Assim, ao proteger as regras do jogo democrático de forma tal a fortalecer os partidos, não está o STF atuando em sentido contrário à democracia, mas antes em favor dela própria. Em outros termos, a decisão de 2007 não *amesquinha* o sistema representativo, mas o *fortalece*.

Por fim, vale destacar que a invocação do argumento dito “democrático” contra a decisão do Supremo Tribunal Federal contradiz o próprio argumento histórico que também pretende questionar aquele julgado. Da mesma forma que seria antidemocrática *prima facie* a atitude de dar a juízes não-eleitos um poder construtivo muito amplo na interpretação jurídica, também o seria a de atitude permitir que a decisão do constituinte de 87/88 pudesse vincular eternamente as gerações futuras. O elemento histórico é tão importante quanto maior a proximidade temporal entre a realização da exegese do dispositivo e a data de promulgação do texto constitucional. Do contrário, ter-se-ia um constitucionalismo autoritário em perspectiva intergeracional, o qual, a pretexto de realizar a intenção original dos fundadores da Constituição, aprisionaria o futuro e imporá um governo dos mortos sobre os vivos.⁴⁴ Assim, uma solução compatível com o ideário do pré-comprometimento constitucional é aquela que pugna pela revisão da inteligência dada aos dispositivos sempre que eles se mostrem antiquados diante de novas realidades. Logicamente desde que respeitadas as

⁴⁴ Sobre o tema, cf. SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. In: **Livre e Iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3-30.

garantias mínimas que põem o projeto intergeracional de sociedade livre e igualitária ao abrigo das eventuais miopias e destemperos sociais.

Diante disso, pode-se afirmar que um modelo interpretativo *particularista*, e o conseqüente ativismo judicial que lhe é corolário, é justificável no cenário de decisões envolvendo *processo* político. Todavia, essa constatação, por si, não é suficiente para respaldar a decisão do STF sobre fidelidade partidária. É preciso que o entendimento sufragado pela Suprema Corte reconduza-se ao sistema jurídico brasileiro, visto que o modelo particularista de decisão, ainda que abra espaço para atuação construtiva do intérprete, não se compadece com puros voluntarismos. É a o que se passa a analisar no próximo capítulo.

V. O mérito da decisão: afinal, de quem é o mandato político no Brasil?

A decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo dos mandados de segurança n^{os} 26.602, 26.603 e 26.604 reconhece que, diferentemente do sistema constitucional pretérito, não há regra expressa no texto constitucional brasileiro de 1988 que preveja, como consequência da mudança de partido político, a perda do mandato parlamentar. Nada obstante, o entendimento do Tribunal foi construído a partir da referência a alguns dispositivos da Lei Maior e, assim, pretendeu-se reconduzido ao sistema jurídico vigente.

A referida decisão do STF, contudo, limitou-se a tratar da matéria no âmbito do sistema eleitoral proporcional. Ocorre que, na forma da Resolução n^o 22.610/2007 do TSE, todos os cargos eletivos no Brasil – proporcionais e majoritários – estão sujeitos à mesma disciplina de fidelidade partidária. Diante disso, é preciso investigar, diante das particularidades de cada regime, se, em primeiro lugar, a decisão do STF quanto aos cargos proporcionais foi acertada. Em seguida, é necessário determinar se a mesma lógica se aplica aos cargos eletivos existentes sob o regime majoritário, os quais, mesmo entre si, guardam diferenças significativas que podem sugerir dificuldades especiais para o transplante do raciocínio desenvolvido pelo STF quanto aos pleitos proporcionais.

Fidelidade partidária e sistema proporcional

O sistema eleitoral proporcional brasileiro é adotado para os cargos de deputado federal (CRFB, art. 45), deputado estadual (CRFB, art. 27) e vereador (CRFB, art. 29, IV).⁴⁵

⁴⁵ O Código Eleitoral brasileiro, como não poderia deixar de ser, estabelece a mesma regra: “Art. 84. A eleição para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, obedecerá ao princípio da representação proporcional na forma desta lei”.

A fórmula proporcional tem duas preocupações fundamentais: assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade esteja refletida no Legislativo e garantir uma correspondência entre os votos recebidos pelos partidos e a sua representação. O inspirador dessa concepção foi o líder político francês Mirabeau, que, durante a Constituinte de Provença, em 1789, defendeu que a função do Parlamento era refletir o mais fielmente possível as feições do eleitorado, tal como um mapa reproduz em miniatura os diferentes traços geográficos de um território (NICOLAU, 2004, p. 37).

Existem duas variantes de representação proporcional: o *voto único transferível* e o *sistema de lista* (NICOLAU, 2004, p. 39) No voto único transferível é calculada uma quota de votos que cada candidato deve atingir para ser representado. No sistema de lista, procura-se distribuir as cadeiras em disputa utilizando os partidos como unidade fundamental. Pelo primeiro, busca-se assegurar que as opiniões relevantes da sociedade estejam retratadas no Congresso, a despeito de estarem consolidadas em determinado partido. Pelo segundo sistema, quer-se garantir uma proximidade aritmética entre os votos e as cadeiras do partido. NICOLAU (2004, p. 40-41) bem explica a matéria:

O voto único transferível é utilizado para a Câmara Baixa da Irlanda desde 1921. O país é dividido em 41 distritos eleitorais (com uma média de 67 mil eleitores por distrito), cada uma deles elegendo três, quatro ou cinco representantes. Um partido pode apresentar um número de candidatos igual à magnitude do distrito. Por exemplo, em um distrito com três representantes na Câmara dos Deputados, o partido pode apresentar até três candidatos. Os eleitores podem ordenar suas preferências na cédula, assinalando o número 1 ao lado do nome de sua primeira preferência, 2 ao lado da segunda, e assim sucessivamente, independentemente do partido de cada candidato. O processo de apuração do sistema de voto único transferível é bastante complexo. O primeiro passo é calcular uma quota (votos/cadeiras + 1) em cada distrito. O candidato cujos votos em primeira preferência atinjam ou ultrapassem a quota é declarado eleito. Salvo se todas as cadeiras do distrito tiverem sido preenchidas dessa maneira, o processo de transferência de cédulas é acionado. Inicialmente os votos em excesso (acima da quota) do(s) candidato(s) eleito(s) são transferidos. Vejamos como se daria o processo de transferência em uma eleição hipotética com candidatos (A, B, C e D) e quota igual a 12. O candidato A, com 18 votos, seria eleito e os seis votos recebidos acima da quota seriam transferidos. Digamos que as segundas preferências dos eleitores de A se distribuíssem da seguinte maneira: nove votos para o candidato B, seis para C e três para D. Como os votos são alocados proporcionalmente, os seis votos seriam distribuídos assim: três para B, dois para C e um para D. A dúvida é: quais cédulas seriam transferidas? Na Irlanda, as que estão na parte superior da pilha são retiradas e transferidas para as pilhas dos outros candidatos. Quando não há votos em excesso, ou estes não são suficientes para que outros candidatos atinjam a quota, outro processo de transferência é utilizado: o nome com menor número de primeiras preferências é eliminado e seus votos são transferidos para outros candidatos. Os dois processos de transferência (dos votos em excesso dos candidatos eleitos e de eliminação do candidato menos votado) são utilizados sucessivamente até que todas as cadeiras do distrito sejam preenchidas. O voto único transferível permite um grau de escolha não encontrado em qualquer outra variante de sistema eleitoral. Os eleitores podem votar em quaisquer candidatos de diferentes partidos e ainda ordená-los de acordo com sua predileção. Outra vantagem do voto único transferível, quando comparado com o sistema proporcional de lista aberta, é que os

eleitores têm controle sobre a natureza da transferência de seu voto: na lista aberta um voto pode ajudar a eleger um candidato para o qual não se tem simpatia; no voto único transferível, a transferência dos votos é feita exclusivamente para os nomes especificados pelo eleitor.

Diferentemente do que ocorre na Irlanda, no Brasil, o sistema proporcional adotado é o de lista. De modo geral, o mecanismo para a distribuição de cadeiras nesse sistema é bem simples: cada partido (ou coligação) apresenta uma lista de candidatos; os votos de cada lista partidária são contados; as cadeiras são distribuídas entre os partidos proporcionalmente à votação obtida pelas listas; as cadeiras são ocupadas por alguns dos nomes que compõem a lista. No caso brasileiro, que adota o sistema proporcional de lista aberta, são os nomes mais votados individualmente que preenchem as vagas dos partidos.

A sistemática específica brasileira é delineada no Código Eleitoral (Lei nº 4.737/97). Definida a circunscrição eleitoral,⁴⁶ define-se o número de votos válidos, assim entendidos apenas os votos atribuídos nominalmente a candidatos ou a legendas, não se computando os votos brancos e nulos. Em seguida, determina-se o quociente eleitoral por meio da divisão dos votos válidos pelo número de cadeiras em disputa. Tal índice representa, em tese, o número de votos necessários para que um candidato seja eleito.⁴⁷ Ocorre que, no sistema de lista, a distribuição das vagas é feita por intermédio dos partidos políticos. Assim, o número de votos de cada agremiação é dividido pelo quociente eleitoral, alcançando-se o quociente partidário.⁴⁸ Este sim representa o número de vagas a que faz jus cada partido. A definição de quais candidatos do partido preencherão tais vagas tem que ver com a sua performance individual na captação de votos.⁴⁹

Nesse modelo eleitoral, dificilmente um único candidato obtém número de votos equivalente ou superior ao quociente eleitoral, *i.e.*, número suficiente para garantir, por si, sua eleição. A maioria dos candidatos eleitos só conquista a vaga pela sistemática de redistribuição de votos no interior do partido.⁵⁰ Vale dizer, esses candidatos eleitos, embora

⁴⁶ Brasil, Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), art. 86. Nas eleições presidenciais, a circunscrição serão País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo município.

⁴⁷ O Código Eleitoral esclarece como se determina o quociente eleitoral. “Art. 106. Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior”.

⁴⁸ Brasil, Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), art. 107. Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração.

⁴⁹ Brasil, Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), art. 108. Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.

⁵⁰ Segunda consta dos votos dos Ministros do STF a partir de segundo informações da Justiça Eleitoral, nas eleições de 2006, somente 31 dos 513 deputados federais obtiveram votação igual ou superior ao quociente

tendo obtido votações nominais em proporção inferior ao quociente, conquista sua vaga beneficiando-se dos votos partidários: (i) os votos excedentes dos candidatos que alcançaram o quociente eleitoral, (ii) os votos dos candidatos partidários que não são eleitos e (iii) os votos conferidos à legenda partidária. Nesse sentido, a observação do cientista político SANTOS (2006, p. 184):

Quando a defecção partidária ocorre durante o mandato parlamentar, a principal consequência institucional desse comportamento implica uma alteração na correspondência entre votos e cadeiras, violando a regra básica de distribuição política, de que a distribuição de preferências dos eleitores constitua a condição e medida para definir as oportunidades de acesso a postos públicos. Para entendermos isso, devemos lembrar que apenas um pequeno número de candidatos às cadeiras legislativas obtém sufrágios nominais em número igual ou superior ao quociente eleitoral (a relação entre o número de votos válidos e as vagas em disputa), assegurando sua eleição com os próprios votos. A grande maioria dos eleitos, embora tendo obtido votos nominais em proporção ao quociente, conquista sua vaga beneficiando-se dos votos partidários. Assim, mesmo que afirme que sua eleição deveu-se à sua reputação individual e ao voto pessoal de seus eleitores, esses votos foram insuficientes para assegurar a eleição da maioria dos deputados eleitos. Mais uma vez, vale repetir: o êxito eleitoral de um candidato a mandato legislativo depende do desempenho de seu partido e da cota de vagas que este terá direito com base na soma dos votos de todos os seus candidatos.

Vem daí a nítida e visceral dependência que guarda o sistema proporcional de lista em relação aos partidos políticos. Como entendeu o TSE:

Não há como admitir-se, na moldura do sistema, que representante eleito sob tais condições possa mudar de partido levando consigo o cargo, até porque, se tivesse concorrido por outro partido, poderia nem sequer ter sido eleito, o que mostra desde logo que o patrimônio dos votos deve entender-se, na lógica do sistema proporcional, como atributo do partido, e não de cada candidato.⁵¹

De fato, não há como negar que o sistema proporcional de lista envolve necessariamente um compartilhamento dos votos entre candidato e partido. É que a redistribuição dos votos no interior do partido, diferentemente do modelo proporcional do voto único transferível, não sofre qualquer controle por parte do eleitor. Este, ao votar em certo candidato, vota também e necessariamente no partido a que ele pertence. Não há, do ponto de vista normativo, outra escolha. Não existe votação puramente em candidatos. Daí por que parece acertada a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos dos mandados de segurança n^{os} 26.602, 26.603 e 26.604.

Fidelidade partidária e sistema majoritário

eleitoral. Isso equivale a 6,04% da Câmara dos Deputados. Os demais conseguiram as vagas por transferência de votos no interior do próprio partido.

⁵¹ Brasil, TSE, trecho do voto do Min. Cezar Peluso na Consulta n^o 1.398/DF, Resolução n^o 22.526 de 27/03/2007, rel. Min. Francisco Cesar Asfor Cesar, DJ de 08/05/2007, p. 143.

Diferentemente do sistema proporcional de lista, o sistema eleitoral majoritário não envolve, pela sua lógica própria de funcionamento, um papel de destaque dos partidos políticos. Pelo contrário: o modelo majoritário tende fortalecer a figura pessoal do candidato em detrimento da imagem institucional do partido. Isso acaba por criar na sociedade uma falsa percepção de que as eleições majoritárias sejam, a rigor, disputas personalizadas e não autênticos embates entre diferentes projetos impessoais de governo.

No Brasil, o sistema eleitoral majoritário é adotado para os cargos de Senador (CRFB, art. 46, *caput*) e de Chefe do Poder Executivo (Prefeitos - CRFB, art. 29, I – Governadores - CRFB, art. 28, *caput* – Presidente da República CRFB, art. 77, §2º). O sistema majoritário tem o propósito de assegurar apenas a representação do(s) candidato(s) mais votado(s) em uma eleição. Em geral, a fórmula majoritária é utilizada em distritos uninominais. Todavia, nada impede que também seja empregada em distritos plurinominais, como ocorre nas eleições para o Senado do Brasil quando são renovados 2/3 das cadeiras.⁵² O(s) candidato(s) mais votado(s) recebem 100% da representação e os outros partidos, independentemente da votação, ficam sem representação.

Nesse cenário, é razoável supor que, pela lógica de funcionamento do sistema majoritário, a pessoa do candidato tenha mais destaque e seja importante para o eleitor do que a figura do partido político. Dificilmente alguém ousaria discordar que a imagem de Luís Inácio Lula da Silva, nas eleições de 2006, tenha tido mais apelo do que a do Partido dos Trabalhadores, ou a de que a pessoa de Sérgio Cabral Filho tenha atraído, nas eleições de 2010, mais votos do que a sigla impessoal e distante do PMDB. É aqui que se situa a maior objeção à imposição da fidelidade partidária aos cargos majoritários. Nestas hipóteses, a vontade do povo por um candidato individual seria tão cristalina que determinar a perda do seu mandato pela troca de partido configuraria inquestionável afronta à soberania popular, representando censurável atuação contramajoritária.

Ocorre que, não obstante a força do argumento, é de se ver que a ordem jurídica brasileira, a partir de diferentes dispositivos, dá inegável abrigo, para não dizer que verdadeiramente impõe, a construção do TSE que estendeu também aos cargos majoritários a regra da fidelidade partidária. Muitos desses dispositivos e construções foram, a rigor, articulados pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento dos mandados de segurança

⁵² Trata-se da variante denominada de *voto em bloco individual*. Nesse sistema, cada partido pode apresentar o mesmo número de candidatos que o de cadeiras em disputa. O eleitor pode votar em tantos nomes quantas forem as cadeiras do distrito, com a possibilidade de votar em candidatos de diferentes partidos. O voto em bloco individual é uma alternativa de sistema majoritário para distritos plurinominais. Ao seu lado, existem ainda os modelos do voto em bloco partidário e do voto único não-transferível. Sobre o tema, cf. NICOLAU, 2004, p. 23.

n^{os} 26.602, 26.603 e 26.604. E tais se aplicam sem qualquer inconveniente aos cargos majoritários.

De fato, pode-se, desde logo, afirmar que a fidelidade partidária, apesar de não prevista expressamente na Carta de 1988, é consequência lógica do sistema representativo-partidário brasileiro, o que torna *ociosa* qualquer menção explícita e categórica na Constituição em tal sentido.⁵³ Essa construção lógico-sistemática decorre de alguns dispositivos constitucionais expressos.

O primeiro deles é o disposto no art. 14, §3º, V, da Constituição. Esse dispositivo impõe a filiação partidária como condição de elegibilidade no sistema representativo brasileiro. Tal requisito para a disputa eleitoral confere aos partidos políticos, no Brasil, verdadeiro “monopólio das candidaturas”.⁵⁴ Na prática, portanto, são inelegíveis, além dos inalistáveis e dos analfabetos (CRFB, art. 14, §4º), todos os cidadãos não-filiados a partidos políticos.

Diante disso, é de se ver que, na esteira do consignado pela Min. Cármen Lúcia, o eleitor, no sistema representativo brasileiro, jamais escolhe “quem ele bem entender ou quem entender de lançar a sua candidatura sem vínculo partidário. Quem prepara as listas das quais constam os nomes que vinculam o voto são os partidos e a eles se haverá de reconhecer a titularidade do mandato”. Daí que “se o eleitor não é livre para escolher o cidadão que quer ver como seu representante se os partidos não o incluírem na lista, também não é solto jurídica e politicamente o eleito que, vinculando-se ao partido pelo qual tenha sido guindado a essa situação vencedora, investe-se no exercício do mandato”.

Esse mesmo entendimento já havia sido utilizado pelo Tribunal Superior Eleitoral ao pronunciar-se na Consulta n^{os} 1.398/DF e foi reiterado na Consulta n^o 1.407/DF. Com efeito, assentou o TSE que

a essa obrigatoriedade de filiação partidária só pode corresponder à proibição de candidatura avulsa. Candidatura zumbi ou exclusivamente pessoal, pois a intercalação partidária se faz em caráter em absoluto ou sem a menor exceção. O que revela a inserção dos partidos políticos na compostura e no funcionamento do sistema representativo, na medida em que somente eles é que podem selecionar e emprestar suas legendas para todo e qualquer candidato a posto político-eletivo. (...) Dizendo as coisas por modo reverso, ninguém chega ao poder estatal de caráter eletivo-popular sem a formal participação de uma dada agremiação política. O que

⁵³ Nesse sentido, afirmou o Min. Celso de Mello que “o direito vindicado pelos partidos políticos afetados por atos de infidelidade partidária não nasce nem surge da resposta que o TSE deu à Consulta que lhe foi submetida, mas representa emanção direta do próprio texto da Constituição, que a esse mesmo direito confere realidade e dá suporte legitimador, especialmente em face dos fundamentos e dos princípios estruturantes em que se apoia o Estado Democrático de Direito, como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V)”.

⁵⁴ Sobre o tema, cf. ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de. O monopólio dos partidos sobre a representação política. In: **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 161, jan./mar. Brasília, 2004, p. 125-131.

traduz a formação de um vínculo necessário entre os partidos políticos e o nosso regime representativo, a ponto de se poder afirmar que esse regime é antes de tudo partidário.⁵⁵

...

No Brasil, os cargos políticos nos Poderes Legislativo e Executivo são preenchido mediante eleições, e só se admite candidato mediante a inscrição partidária (v. art. 14, §3º, V, da CF). Portanto, sem o concurso dos partidos não há como organizar e desempenhar as funções estatais. Na democracia moderna não há poder política, nem Estado, se não há partido político.⁵⁶

O argumento tem procedência. Do contrário, qual o sentido da exigência constitucional de filiação partidária como condição de elegibilidade senão impor uma necessária vinculação entre candidato e partido? Entender que o candidato eleito possa mudar de partido por qualquer motivo sem perder o mandato significa dizer que a filiação partidária é mero requisito burocrático ou etapa protocolar para formalização de candidaturas às eleições. Isso, apesar de aparentemente se mostrar mais consentâneo à suposta “vontade do eleitor”, que votaria no candidato e não no partido, acaba por amesquinhar o sistema representativo brasileiro, ensejando a proliferação de legendas de aluguel que servem apenas à homologação de candidaturas “avulsas” e personalistas. De fato, não é possível dar qualquer sentido sério, consistente e minimamente útil ao art. 14, §3º, V, da Constituição sem dele extrair a regra da fidelidade partidária.

Outro dispositivo que fundamenta a imposição da fidelidade partidária também aos cargos majoritários é o previsto no art. 17, §1º, da CRFB. Tal dispositivo faz expressa referência à fidelidade partidária, mas remete sua disciplina aos estatutos dos partidos. Isso poderia sugerir, em uma leitura apressada, que a desfiliação partidária injustificada teria consequências confinadas apenas ao âmbito interno do partido, sem qualquer repercussão sobre a titularidade do mandato eletivo.⁵⁷

Ocorre que essa não é a melhor interpretação do dispositivo. Com efeito, não há qualquer razoabilidade em afirmar que as consequências da infidelidade partidária só teriam

⁵⁵ Trecho do voto do Min. Carlos Ayres Britto na Consulta nº 1.407/DF, TSE, Resolução nº 22.600 de 16/10/2007, rel. Min. Carlos Ayres de Britto, DJ de 28/12/2007, p. 1.

⁵⁶ Trecho do voto do Min. Cesar Peluso, na Consulta nº 1.398/DF, TSE, Resolução nº 22.526 de 27/03/2007, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 08/05/2007, p. 143

⁵⁷ Essa é a posição de Uadi Lammêgo Bulos ao comentar o disposto no art. 17, §1º, da Constituição: “Note-se que os partidos políticos, ao erigir em seus estatutos os dispositivos necessários para reger a sua organização interna, deverão prescrever pautas de comportamento coibitivas de atos indisciplinados e infiéis às diretrizes partidárias. Portanto, o regime estatutário dos partidos tem a obrigação, constitucionalmente imposta, de prever sanções para os de indisciplina e de infidelidade, os quais podem desvalar para o vasto e tormentoso campo da improbidade. A consequência da providência sancionatória vai da simples advertência até a eclusão do filiado militante dos quadros do partido. Cumpre recordar que a Constituição Federal de 1988 não permite a perda de mandato por infidelidade partidária”. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 510.

repercussão no interior do partido. Afinal, o agente político que migra de agremiação já não mais sequer se encontra sob a direção do partido que acabou de deixar. A única e possível sanção que poderia existir, neste caso, seria uma reprovação moral ou uma censura pública. Isso é muito pouco. A Constituição de 1988 inegavelmente quis fortalecer os partidos políticos, e não enfraquecê-los. Sua posição de destaque e centralidade no sistema representativo é inegável. Foi-lhes dado um capítulo próprio na Lei Maior, com regras específicas que lhes asseguram autonomia, acesso à televisão e ao rádio e obtenção de recursos públicos. São os partidos indispensáveis para a oficialização de candidaturas e elementos intermediários fundamentais na prestação de contas à Justiça Eleitoral.

Diante dessa posição marcada pela Constituição, é necessário reconhecer que a finalidade da Lei Maior ao disciplinar os partidos políticos foi a de promover o seu fortalecimento e de reconhecer a sua importância para o sistema representativo brasileiro. Isso desautoriza interpretações do art. 17, §1º, da Constituição que enfraqueçam os partidos e suprimam-lhes poderes, ao invés de fortalecê-los. Daí por que, em verdade, a previsão do referido dispositivo representa, segundo a teleologia constitucional, mais um dos mecanismos de promoção das agremiações partidárias no Brasil: traduz autorização constitucional para que cada partido possa, ele próprio, definir sua política quanto aos filiados eleitos que mudarem de agremiação.

Assim é que a intenção da Constituição ao remeter a disciplina da fidelidade partidária aos estatutos dos partidos não foi vedar consequências do ato de infidelidade sobre o mandato em si, mas sim dizer que cabe a cada partido decidir a respeito. Trata-se de regra que transfere poder, e não regra que suprime autoridade. O art. 17, §1º, da Constituição, portanto, não restringe, mas sim amplia a autonomia partidária. Nesse sentido, o TSE consignou o seguinte na Consulta nº 1.407/DF:

Ao determinar que os estatutos partidários incorporem normas de fidelidade e disciplina partidária, a Constituição está outorgando aos partidos ampla margem de autonomia para que regulem os institutos e suas normas organizacionais e programáticas, com maior ou menor rigor, bem como reivindicuem para si as vagas ocupadas no Executivo e no Legislativo quando os candidatos que por eles foram eleitos – em eleição que se deu segundo seus objetivos e programas estabelecidos – abandonarem a vinculação assumida.⁵⁸

Observa-se, desse modo, que a leitura lógico-sistemática da Constituição, em especial a partir dos arts. 14, §3º, IV e 17, §1º, permite concluir que a perda do mandato por infidelidade partidária seja *desdobramento natural* do regime político representativo brasileiro

⁵⁸ Trecho do voto do Min. José Delgado na Consulta nº 1.407/DF, TSE, Resolução nº 22.600 de 16/10/2007, rel. Min. Carlos Ayres de Britto, DJ de 28/12/2007, p. 1.

tal como delineado na Lei Maior. Entender o contrário é enfraquecer a força normativa da Constituição, minando a eficácia das suas normas. E tal conclusão se aplica tanto aos cargos eletivos proporcionais como aos majoritários. Isso ajuda também a compreender a razão pela qual o art. 55 da Constituição, ao listar as hipóteses de perda do mandato parlamentar, não previu, entre elas, a mudança injustificada de partido.

De fato, o art. 55 da Constituição prevê as hipóteses de perda do mandato parlamentar e não menciona, em qualquer dos seus incisos, a infidelidade partidária.⁵⁹ Isso, todavia, não impede que se conclua pela perda do mandato por tal motivo. É que, no direito, uma mesma consequência jurídica pode eventualmente ser produzida por atos e fatos de natureza distinta. Agrupar tais atos e fatos em razão da sua natureza ou da consequência que produzem é opção de técnica redacional do legislador. Daí por que a falta de menção à infidelidade partidária no art. 55 da CRFB não afasta, *per se*, a consequência da perda do mandato pelo agente político que migra de agremiação sem justo motivo.

Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o art. 55 da Constituição não esgotou todos os atos capazes de gerar o efeito da perda do mandato parlamentar. Tal dispositivo exauriu, sim, os atos e fatos *ilícitos* capazes de ensejar tal consequência. O constituinte, ao redigir o art. 55 da Lei Maior, apenas reuniu, em um mesmo dispositivo, os atos e fatos jurídicos de natureza ilícita que geram a perda do mandato. Os atos e fatos *lícitos*, como é a mudança de partido, não estão indicados no art. 55 da Constituição. Não porque não deem ensejo à perda do mandato, mas porque não são ilícitos. Vale transcrever as palavras do Ministro Cezar Peluso:

Não se trata, sublinhe-se, de sanção pela mudança de partido, a qual não configura “ato ilícito”, mas do reconhecimento da inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo, como efeito sistêmico-normativo da realização histórica (“fatispecie concreta”) da hipótese de desfiliação ou transferência injustificada, entendida como ato culposo incompatível com a função representativa do ideário político em cujo nome foi eleito. Tal é a óbvia razão por que não incide, na hipótese, a norma do art. 55 da Constituição da República, em cujo âmbito a perda do mandato é reação do ordenamento a atos ilícitos e, como tal, é sanção típica. Mudar ou desfiliar-se de partido é ato lícito!⁶⁰

⁵⁹ Confira-se a redação do dispositivo: “art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada”.

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

⁶⁰ No mesmo sentido, cf. o seguinte trecho voto da Min. Cármen Lúcia: “Portanto, à desfiliação e à transferência de um para outro partido não correspondem qualquer sanção. Por isso é que não existência de previsão constitucional ou legal necessária, expressa e imperativa para a perda de mandato não se impõe. A desfiliação ou a transferência de um para outro partido pelo eleito que conclua ser essa a sua melhor opção e adota tal comportamento está no exercício do seu direito político constitucionalmente assegurado e de sua liberdade pessoal. O que ele não pode pretender é concluir que o exercício de sua liberdade pessoal possa fazer incidir as

Buscando conciliar as previsões dos arts. 17, §1º e 55 da CRFB, AIETA (2006, p. 146) fez a seguinte observação, *verbis*:

No caso dos artigos 17, §1º, e 55, deve-se considerar que eles não são incompatíveis na medida em que os comandos estabelecidos pelas normas constitucionais não podem ser analisados de forma isolada, mas sim concatenados de forma harmônica. O fato de o artigo 55 da Constituição brasileira não estabelecer, expressamente, a possibilidade da perda do mandato por infidelidade partidária não significa que a delegação do Poder Constituinte Originário, prevista no art. 17, §1º, possibilitando aos partidos estabelecer normas para punir a infidelidade partidária, não possa ser realizadas.

Há, portanto, razões jurídicas consistentes que justificam a aplicação da regra da fidelidade partidária também aos cargos majoritários. Isso envolve tanto cargos no Legislativo (Senado Federal) como no Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito).

Acontece que, no âmbito do Poder Legislativo (*i.e.*, do Senado Federal) há ainda mais uma razão a justificar a extensão da *ratio* consagrada nos mandados de segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604. Trata-se da proteção do *direito de oposição*.

Como se sabe, após o advento do Estado do Bem-Estar Social, o Poder Executivo ganhou grande vulto na vida social, política e econômica. No plano político em especial, esse agigantamento do Executivo manifesta-se nitidamente na assunção de inúmeras funções muito caras ao desenvolvimento social, como a realização de políticas públicas. Nada obstante, em termos práticos o apoio da maioria parlamentar é fundamental para que as diretrizes do governo venham a ser concretamente implementadas. Assim é que, embora Executivo e Legislativo sejam organicamente independentes entre si, o governo acaba, na prática, precisando em grande medida do apoio parlamentar para gerir a máquina pública da maneira que julgar mais conveniente.

Por outro lado, também é interessante para os parlamentares integrarem a base de sustentação do governo. Isso porque se aumentam consideravelmente as chances de que eles assumam cargos de maior visibilidade e poder pessoal, como os de ministro de Estado, o que se traduz em maiores chances de reeleição. Nesse sentido, a migração para partidos da base governista representa possível estratégia de incremento das oportunidades de carreira política.

consequências de seu comportamento sobre o capital político do partido pelo qual se elegeu ou sobre o resultado eleitoral a que se chegou nas eleições. (...) Essas consequências não representam punição, no sentido de imposição decorrente de um ilícito. Daí não entender prevaleceram observações feitas no sentido de que o art. 55, inciso II, da Constituição da República, não teria arrolado, em suas hipóteses, a da perda do mandato parlamentar em caso de prática de desfiliação partidária do eleito. (...) Fosse um ilícito e seria incontornável a exigência constitucional de expressão da sanção. Não é que se dá na espécie, em que antijuridicidade não há, logo as consequências, incluída a de desligamento automático do cargo pelo parlamentar optante pela desvinculação, não poderão ser tidas como punição. E se de punição não se cuida, não se há de cogitar de necessidade de vir expressa a sua fixação na norma jurídica”. Brasil, STF, MS nº 26.604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe-187 de 02/10/2008.

Ocorre que, em um contexto de enorme fragmentação partidária, a articulação de maiorias legislativas que deem sustentação ao governo é tarefa altamente custosa do ponto de vista político. No Brasil, o sistema eleitoral tem sido apontado como o grande vilão responsável pelo enorme número de partidos. Trata-se de consequência natural da adoção de sistemas proporcionais, como apontado por uma das já clássicas “Leis de Duverger”,⁶¹ confirmadas por vastos estudos empíricos.⁶²⁻⁶³

Nesse cenário, surge a figura do “presidencialismo de coalizão”, rótulo criado e consagrado pelo cientista político ABRANCHES para designar a especificidade do arranjo institucional brasileiro. Segundo o autor, “o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com base em grandes coalizões”.⁶⁴ Isso “aponta para o nó górdio do presidencialismo de coalizão. É um sistema caracterizado pela instabilidade, de alto risco e cuja sustentação baseia-se, quase exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícito e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão” (ABRANCHES, 1988, p. 27).

Dentro dessa atmosfera de barganha inerente ao modelo de coalizão brasileiro, a cooptação pelo poder pode vir a se revelar extremamente preocupante. Justamente pelo maior apelo político, observa-se que, na realidade, os movimentos de migração partidária no Brasil ocorrem dos partidos da oposição para os partidos do governo.⁶⁵ MELO, cientista político da

⁶¹ Em qualquer estudo sobre os impactos do sistema eleitoral no sistema partidário, é imprescindível uma alusão às considerações de Maurice Duverger sobre o tema. O autor formulou duas proposições quanto à interface entre os sistemas: (i) o sistema majoritário de um só turno tende ao dualismo dos partidos; (ii) o sistema majoritário de dois turnos e a representação proporcional tendem ao multipartidarismo. DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p. 241.

⁶² O cientista político Arend Lijphart, após examinar 22 democracias, chegou à conclusão de que apenas dois casos seriam desviantes da fórmula de Duverger: o Canadá e a Áustria. Sobre o tema, cf. LIJPHART, Arend. **As democracias contemporâneas**. Lisboa: Gradiva, 1989, p. 209-211.

⁶³ Para uma crítica às Leis de Duverger e uma aprofundada reflexão sobre os efeitos do sistema eleitoral sobre o sistema partidário no Brasil, cf. NICOLAU, Jairo. **Multipartidarismo e democracia: um estudo sobre o sistema partidário brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 1996, p. 43-62.

⁶⁴ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. In: **Dados – Revista de ciências sociais**. Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, p. 21-22. Segundo o autor, “é nas combinações mais frequentes entre características institucionais, e não em sua presença isolada, que a lógica e a especificidade de cada modelo emergem. É também aí que se revela a natureza do regime até agora praticado no Brasil. Não existe, nas liberais democracias mais estáveis, um só exemplo de associação entre representação proporcional, multipartidarismo e presidencialismo. A França da V República, que já teve seu período de inclinação presidencialista, é um regime misto, de representação majoritária-distrital e multipartidário com fracionamento médio. O sistema dos EUA é presidencialista, bipartidário e majoritário-distrital. As democracias proporcionais são todas multipartidárias e parlamentaristas, com as duas exceções da Suíça e da Finlândia, elas mesmas constituindo modelos com razoável grau de especificidade”.

⁶⁵ Na legislatura de 2007/2010, mesmo com a imposição da fidelidade partidária pelo STF, ao todo, 30 deputados e cinco senadores deixaram partidos oposicionistas para integrarem a base de sustentação do segundo

Universidade Federal de Minas Gerais, identificou, em sua tese de doutorado, os motivos que deflagrariam a incidência da infidelidade partidária. Em primeiro lugar, o cientista constatou que a maioria das trocas de legenda tem por objetivo a busca de maior expressão política. O chamado “baixo clero” procede desse modo para ampliar seu poder no estado de origem, adquirir cargos e verbas ou apenas prolongar a carreira, pois no Brasil, a renovação na Câmara chega a ser 40%, contra uma média de 5% nos Estados Unidos. Ao depois, a infidelidade partidária interessa aos líderes dos partidos, pois permite que aumentem suas bancadas e, conseqüentemente, seu poder (MELO, 1999, p. 78).

Isso é pernicioso para a representatividade dos partidos de oposição, que ficam desfalcados do poder inicial que possuíam para travar debates aguerridos na arena política. Conseqüentemente, há um desequilíbrio de forças no parlamento. E o pior: a nova configuração partidária é alterada em momento posterior às eleições, fraudando o resultado das urnas. Por este prisma, a atuação do STF se justifica como guardião da democracia e importante defensor das minorias políticas em um dos seus direitos mais básicos que é o de institucional e efetivamente realizar a oposição às teses majoritárias.⁶⁶

Poder-se-ia argumentar, ainda, que a fidelidade partidária representa uma importante intervenção judicial voltada para *aperfeiçoar* as relações entre os Poderes Executivo e Legislativo. Como visto, à falta de partidos sólidos e ideologicamente consistentes, as negociações entre Poderes, frequentemente, deixam de ser institucionais e programáticas e passam a ser personalizadas e fisiológicas. Dessa forma, a imposição da fidelidade partidária representa importante medida para elevar o patamar de diálogo entre os Poderes Executivo e Legislativo no cenário político brasileiro. Isso contribui não apenas para o fortalecimento das instituições da democracia brasileira no resgate de sua já desgastada legitimidade, como também cria um cenário de incentivos a negociações políticas mais programáticas e menos

governo Lula. O DEM e o PPS foram os mais afetados pela debandada. O Democratas perdeu 18 cadeiras (14 na Câmara e quatro no Senado) e não ganhou nenhuma. O Partido Popular Socialista perdeu nove deputados e um senador. Ganhou apenas uma vaga na dança das cadeiras. Os dados fazem parte de levantamento feito pelo portal *Congresso em foco* (<http://congressoemfoco.uol.com.br/>). A estratégia para fugir das amarras da fidelidade partidária foi a criação de novos partidos. Ilustra essa manobra o Partido da República. Criado em 2007 a partir da fusão do PL com o Prona, o Partido da República foi o que mais lucrou com o troca-troca. Ao todo, 31 parlamentares migraram para o PR e apenas cinco saíram dele. O partido foi o destino de 17 egressos de legendas oposicionistas. Para acabar com essa brecha, o PPS ajuizou a ADI nº 4.583, em 12 de abril de 2011, contra o dispositivo da Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que diz que a criação de nova legenda caracteriza justa causa para que um parlamentar se desfilie de seu partido de origem sem perder o mandato. O relator da ação é o Ministro Joaquim Barbosa.

⁶⁶ Nas palavras do Min. Celso de Mello, “para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual, torna-se necessário assegurar, às minorias que atuam no meio social, o direito de exercer, de modo efetivo, mediante representantes por elas eleitos, um direito fundamental que vela ao pé das instituições democráticas: o direito de oposição”.

personalistas, reduzindo os custos de transação inerentes a qualquer processo decisório. Quem ganha é o sistema representativo brasileiro.

Daí por que não nos parece que o Supremo Tribunal Federal tenha usurpado a função legislativa do Congresso na missão de promover a reforma política brasileira. A lógica da fidelidade partidária é possível de ser deduzida do sistema constitucional pátrio, ainda que sujeita a ônus de justificação maior. Ônus esse que, acreditamos, tenha sido suprido pelo STF.

VI. Conclusão

A fidelidade partidária é um importante mecanismo para tentar resgatar um perdido prestígio do legislativo brasileiro, mergulhado em profundas crises morais que beiram, certas vezes, os lindes do direito penal. Não se espera, contudo, que com a fidelidade partidária os problemas de representatividade política no Brasil estejam superados.

De qualquer forma, no caso em apreço, é preciso saudar a atitude do Supremo Tribunal Federal. Em que pese a existência de opiniões dissidentes - sobretudo voltadas para a defesa de uma leitura ortodoxa da democracia e da separação de poderes - viu-se que, a partir de uma simples perspectiva procedimental do controle de constitucionalidade, é possível sustentar um maior ativismo judicial na matéria, bem como é também possível, a partir de uma leitura mais maleável da separação de poderes, otimizar, pela intervenção judicial, o desempenho da função típica do legislativo, e não cerceá-la.

Frise-se, ainda, que o papel institucional desempenhado pelo Poder Judiciário comporta satisfatoriamente as exigências de guardião do processo democrático: são os juízes dotados de particular sensibilidade no trato de questões procedimentais, em especial dos direitos nelas envolvidos, e, ademais, estão à margem, pelo menos quando comparados com outros agentes decisórios, dos constrangimentos naturais do mundo da política.

A tensão entre jurisdição constitucional e democracia não é necessária. Muito pelo contrário, uma análise mais profunda dos aspectos contrapostos suscita, inclusive, a sua complementaridade. Se é certo, por um lado, que juízes não-eleitos não devam ser os principais agentes norteadores da vida social, também não é incorreto, por outro lado, afirmar que a premissa majoritária seja apenas uma das facetas de um regime democrático.

Ao Judiciário deve-se reservar, pelas peculiaridades que lhe são próprias, um espaço de garantidor e otimizador dos pressupostos da democracia. No campo procedimental em particular, como fiscal do processo político, ser a favor da democracia implica a ruptura com a passividade de outrora e a desconfiança para com as instâncias políticas diretamente

interessadas na fixação das regras do jogo. A imposição da fidelidade partidária pelo Judiciário foi, enfim, não uma usurpação de competências legislativas, mas sim um autêntico desempenho de atribuições constitucionais, atento à modelagem institucional do Estado de Direito brasileiro e situado nos limites de um ativismo democraticamente comprometido.

VII. Referências bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. In: **Dados – Revista de ciências sociais**. Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, p. 5-34.

AIETA, Vânia Siciliano. **Tratado de direito político**. Reforma Política. Tomo V. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. In: **Yale Law Journal**, n. 93, 1984, p. 1149-1193.

ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de. O monopólio dos partidos sobre a representação política. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 161, jan./mar. de 2004, p. 125-131.

BARROSO, Luís Roberto. A Reforma Política: Uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. In: **Revista de Direito do Estado**, nº 3 (julho/setembro 2006). Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 297-347.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **Revista Elerônica sobre a Reforma do Estado**, nº 23, set/out/nov 2010. Salvador. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-RBERTO-BARROSO.pdf>> Acessado em 2 de junho de 2011

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira:** legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para revisão judicial de diagnósticos e prognósticos em matéria econômica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial:** trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ. Maio de 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada.** São Paulo: Saraiva, 2003.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. Novo regime constitucional dos partidos políticos. Fidelidade partidária vinculando votação em processo de impeachment. Revisibilidade dos atos partidários pelo Judiciário. Competência da Justiça Eleitoral. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 24. São Paulo: RT, 1998.
- DAHL, Robert. **Democracy and its critics.** New Haven: Yale University Press, 1989.
- DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos.** Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade:** A leitura moral da Constituição norte-americana. trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ELY, John Hart. **Democracy and distrust:** a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIJPHART, Arend. **As democracias contemporâneas**. Lisboa: Gradiva, 1989.

MARENCO, André. Migração Partidária. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Orgs.) **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

MILL, John Stuart. **Considerations on representative government**. 1861. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/dirs/etext04/conrg10h.htm>>. Acessado em 2 de junho de 2011.

NICOLAU, Jairo. **Multipartidarismo e democracia**: um estudo sobre o sistema partidário brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

NICOLAU, Jairo. **Sistemas eleitorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

MELO, Carlos Ranulfo Félix de. **Retirando as cadeiras do lugar**: migração partidária na Câmara dos Deputados (1985/1998), tese de doutorado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Política, da UFMG (dez/1999).

PIRES, Thiago Magalhães. Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil. In: **Revista de Direito do Estado**, vol. X. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. In: **Livre e Iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **Revista de Direito do Estado**, nº 2. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2006b, p. 83-11.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

_____. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b.

SCHAUER, Frederick. Formalism. In: **Yale Law Journal**, nº 97, 1998.

_____. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 2006.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Filosofia da PUC-Rio. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005.

_____. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade contingente do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUNSTEIN, Cass. **Second-Order decisions**. Disponível em http://www.law.uchicago.edu/files/files/57.CRS_SecondOrder.pdf. Acessado em 31 de maio de 2011.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder (Org.) **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TRIBE, Laurence. The futile search for legitimacy. In: **Constitutional Choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

TRIBE, Laurence. The pointless flight from substance. In: **Constitutional choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.