

RECEBIDO EM: 28/08/2015

APROVADO EM: 19/10/2015

**ENTRE O TRIBUNAL E O PARLAMENTO:
A ATUALIDADE DAS LIÇÕES DOS CASOS
DE VERTICALIZAÇÃO E FIDELIDADE
PARTIDÁRIAS NO CONTEXTO DO PAPEL
DAS INSTITUIÇÕES NA REFORMA POLÍTICA**

***BETWEEN THE COURT AND THE PARLIAMENT: THE RELEVANCE OF
THE LESSONS OF PARTY'S LOYALTY AND VERTICALIZATION IN THE
CONTEXT OF THE INSTITUTION'S ROLE IN THE POLITICAL REFORM***

Thiago Santos Aguiar de Pádua

*Doutorando e Mestre em Direito. Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos
Constitucionais (CBEC). PPG/Direito (UniCEUB). Professor da Especialização em
Direito UniCEUB*

Fábio Luiz Bragança Ferreira'

*Mestrando em Direito, PPG/Direito (UniCEUB). Especialista em Direito
Constitucional (IDP), Advogado*

1 Este artigo deve muitas de suas premissas argumentativas e referências bibliográficas ao Professor Doutor Luis Carlos Martins Alves Jr., durante sua disciplina "Filosofia Política", no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. No entanto, todas as eventuais incongruências e possíveis equívocos são devidos exclusivamente aos autores.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Supremo Tribunal Federal como reformador das regras da disputa política; 2 A atualidade das lições aprendidas: o discurso vencedor, liberdade, representação política e a disputa pela Guardiania da República; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: A partir da releitura dos casos de verticalização e fidelidade partidárias julgados pela Suprema Corte, este texto pretende extrair uma lição que se mostre atual e pertinente ao momento de instabilidade que vive a República. A ideia apresentada é a de que a atuação do Supremo Tribunal Federal, nitidamente permeada pelo discurso neoconstitucionalista, acaba por, inadvertidamente, invadir espaços de construção prioritariamente política do Direito. O Tribunal desconsidera, assim, a importância dos partidos políticos e a sua posição de protagonismo no nosso desenho constitucional como o principal canal de diálogo da sociedade civil com o seu governo. A lição que se aprende, notadamente em razão da EC 52/2006 como uma resposta firme do Parlamento ao Judiciário, é a de que as decisões do Supremo Tribunal Federal, conquanto nitidamente reformadoras das regras da disputa política, deverão manter-se apenas na medida em que aceitável da perspectiva majoritária do Parlamento.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Legislativo. Poder Judiciário. Neoconstitucionalismo. Verticalização Partidária. Fidelidade Partidária.

ABSTRACT: From the rereading of party's loyalty and verticalization Supreme Court cases, this text want to extract a lesson that shows itself current and relevant to the present times of instability that the Republic lives. The idea presented is that the role of the Supreme Court, clearly permeated by neoconstitutionalist speech, ends up inadvertently invading primarily political construction spaces of law. The Court disregards, thus, the importance of political parties and their leadership position in our constitutional design as the main dialogue channel between the civil society and their government. The lesson learned, particularly due to the Constitutional Amendment n. 52/2006 as a firm response from the Parliament to the judiciary, is that the decisions of the Supreme Court, although clearly reforming the rules of the political dispute, should remain only insofar acceptable where the majority view of Parliament.

KEYWORDS: Legislative Branch. Judicial Branch. Neoconstitutionalism. Party's Loyalty and Verticalization.

INTRODUÇÃO

Por fim, mais que uma promessa não cumprida, o ausente crescimento da educação para a cidadania, segundo a qual o cidadão investido do poder de eleger os próprios governantes acabaria por escolher os mais sábios, os mais honestos e os mais esclarecidos dentre os seus concidadãos, pode ser considerado como o efeito da ilusão derivada de uma concepção excessivamente benévola do homem como animal político: o homem persegue o próprio interesse tanto no mercado econômico como no político. Mas ninguém pensa hoje em confutar a democracia sustentando, como se vem fazendo há anos, que o voto é uma mercadoria que se cede ao melhor ofertante.²

As discussões acerca da (não) correção de determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal já vêm de longa data e não nos parece que irão encontrar termo próximo. Ainda que as decisões objeto de análise tenham sido proferidas já há algum tempo³, o texto procura desvelar, com reflexões auxiliadas por doutrina crítica, um ensinamento extraído da leitura desses precedentes que demonstra notável atualidade tendo em conta a premência de reforma política do nosso sistema representativo. A sua importância e atualidade pode ser aferida não apenas em referência aos temas que se colocam sob a rubrica da reforma política, como o caso da ADI 4650 em que o Tribunal discute a compatibilidade constitucional do atual sistema de financiamento de campanhas eleitorais, mas, também, ao pleito do governo do Estado do Maranhão para a criação de tributos⁴, ou, igualmente, o pleito da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT para criminalização de condutas⁵. Seja a decisão acerca do financiamento

-
- 2 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 11.
 - 3 Mandado de Segurança 26.603 (fidelidade partidária), decisão publicada no DJe 19/12/2008; e ADIs ns. 2626 e 2628 (verticalização partidária), decisão publicada no DJe 18/04/2002.
 - 4 Nos referimos à Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 31/DF em que Flávio Dino, Governador do Maranhão, nos termos da inicial da Ação Direta, requer do STF: “a) reconhecer a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas, de que trata o art. 153, VII, da Constituição; b) fixar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias ao Congresso Nacional para encaminhar à sanção a(s) o(s) projeto(s) de lei(s) regulamentando e instituindo o Imposto sobre Grandes Fortunas de que trata o art. 153, VII, da Constituição; c) desde logo apontar quais regras vigerão já no presente exercício financeiro, a permitir a cobrança do tributo no próximo exercício financeiro, no caso do Congresso Nacional permanecer inerte e manter-se em estado de inconstitucionalidade por omissão.”
 - 5 Nos referimos ao Mandado de Injunção n. 4733/DF, de autoria da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT e no qual se lê do Parecer do dia 25 de julho de 2014, da lavra do PGR Rodrigo Janot que “O Ministério Público Federal opina pelo provimento do agravo, para que se conheça do mandado de injunção e se defira em parte o pedido, para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo e determinar a aplicação do art. 20 da Lei 7.716/1989 ou,

de campanhas, a criação de tributos ou a criminalização de condutas por parte do Supremo Tribunal Federal, são todas atuações da jurisdição constitucional que impõem uma série de questionamentos e que, portanto, devem receber a atenção e análise crítica da comunidade jurídica.

A proposta do texto, portanto, é repristinar as lições extraídas do “diálogo” entre os Poderes da República por ocasião das decisões nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 2626 e 2628 (verticalização partidária) e nos Mandados de Segurança n^{os} 26.602, 26.603 e 26.604 (fidelidade partidária⁶) e, a partir delas, desenvolver algumas reflexões e questionamentos sobre a pertinência e legitimidade da atuação do Tribunal dentro de um regime que se pretende democrático. Após a introdução, no tópico de número um (I), faremos uma análise descritiva das decisões do Judiciário (STF e TSE) quanto à fidelidade partidária e, ato contínuo, sobre a verticalização das coligações eleitorais; no segundo tópico (II) procuramos refletir criticamente acerca das lições extraídas do diálogo entre os Poderes da República sob a perspectiva das críticas pensadas por autores como Cass Sunstein, Lenio Streck, Norberto Bobbio, Hans Kelsen e Robert Dahl no que diz respeito ao neoconstitucionalismo, liberdade e democracia; e, no último tópico (III) iremos apresentar algumas conclusões corolárias das descrições e reflexões desenvolvidas nos tópicos anteriores.

1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO REFORMADOR DAS REGRAS DA DISPUTA POLÍTICA

Inicialmente, quanto à questão da fidelidade partidária, é de se notar que o Mandado de Segurança n. 26.603⁷ foi interposto pelo PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira contra o ato do então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Arlindo Chinaglia, que negou pleito administrativo interposto pelo impetrante com o objetivo de ver declarados vacantes os mandatos dos parlamentares que se desfilaram dos seus quadros. Além de alguns parlamentares individualmente representados,

subsidiariamente, determinar aplicação dos dispositivos do Projeto de Lei 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado, até que o Congresso Nacional edite legislação específica.”

6 Ressalte-se que quando se rescreveu a primeira versão do presente artigo ainda não havia sido julgada a ADI 5081, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, e que realizou alteração de entendimento sobre a fidelidade partidária no tocante a diferenciação para cargos eleitos pelo sistema majoritário (chefes de executivo nos âmbitos federal, estadual e municipal, bem como senadores da república), tópico que será devidamente abordado na sequência em subitem específico, com críticas e reflexões que nos pareceram necessárias.

7 Para todas informações concernentes aos argumentos desenvolvidos pelas partes e em relação ao conteúdo dos votos no MS 26.603, v. o sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

compunham o polo passivo do mandamus o PSB – Partido Socialista Brasileiro, o PTB – Partido Trabalhista Brasileiro e o Partido da República.

O impetrante (PSDB), em argumentos respaldados pela resposta do Tribunal Superior Eleitoral⁸ à Consulta n. 1398⁹, alegou, em síntese, que a impetração do mandado de segurança, na hipótese, não violaria a separação entre os Poderes da República; que os partidos políticos detêm direito líquido e certo à manutenção das vagas obtidas pelos parlamentares filiados aos seus quadros; e que os partidos políticos, notadamente em razão do sistema representativo proporcional, têm direito às vagas obtidas como decorrência direta do quociente eleitoral.

O relator do MS 26.603/DF, min. Celso de Mello, após longa exaltação da importância dos partidos políticos nos sistemas democráticos representativos, destacando que a sua essencialidade “no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático”, afirma que o rompimento dos vínculos com o partido pelo parlamentar configura “infidelidade ao partido e infidelidade ao povo”, “frauda, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores”, e gera, “como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.”¹⁰ De modo a resumir a questão, pedimos licença para pinçar um trecho da ementa do MS 26.603/DF que, nos parece, sintetiza os fundamentos jurídicos utilizados pelo Tribunal para solver a querela proposta na ação mandamental, v.:

8 Sobre a questão, o relator do MS 26.603, min. Celso de Mello, asseverou que “a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n.º 1.398/DF constitui, na presente ação mandamental, um valiosíssimo subsídio à tese sustentada pelo partido político ora impetrante.” v.: MS 26.603/DF, voto do relator ministro Celso de Mello.

9 Na ocasião, foi consultante o PFL – Partido da Frente Liberal e o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, respondeu à Consulta n. 1398/DF de forma positiva de modo a determinar que, nos termos do voto do relator ministro Cesar Asfor Rocha, “os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à 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 resultado final da Consulta está disposto na Resolução n. 22.526/2007 do TSE. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 04 abr. 2015. Posteriormente às decisões do STF no caso dos Mandados de Segurança nos 26.602, 26.603 e 26.604, a Corte Superior Eleitoral disciplinou a fidelidade partidária por meio da Resolução n. 22.610/2007 (inclusive citando as decisões do STF como fundamentos da Resolução do TSE, em demonstração de que as decisões do STF foram tidas como “fontes primárias do direito”). Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 23 jul. 2015.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603/DF*, voto do relator ministro Celso de Mello.

A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, “in fine”), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições.

Esse entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do MS 26.603, como bem lembra Luís Carlos Martins Alves Jr., “superou antiga jurisprudência da Corte que entendia que a infidelidade partidária não implicava a perda do mandato parlamentar, como ocorreu no julgamento do MS 20.927.”¹¹ O constitucionalista nos esclarece, nesse sentido, que o “entendimento anterior do Tribunal decorria da literalidade das hipóteses constitucionais de perda de mandato do parlamentar elencadas no art. 55, CF, e não consta a infidelidade partidária ou o abandono da legenda como hipótese de perda do mandato.”¹²

De fato, queremos crer que qualquer reflexão acerca da (in)fidelidade partidária deve necessariamente passar pelo art. 55 do texto constitucional¹³

11 ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O sistema partidário e a reforma política: uma breve análise acerca da estrutura normativa e da dinâmica constitucional dos partidos políticos e do regime representativo brasileiro*. Texto apresentado por ocasião de palestra proferida na Segunda Reunião de Membros do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, realizada em 23.4.2015, dentro do ciclo de palestras sobre “Reforma Política, Corrupção e Financiamento de Campanha”. Brasília: UniCEUB, 2015.

12 *Ibidem*.

13 Constituição da República de 1988, 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. § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013) § 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 6, de 1994).

que dispõe acerca das hipóteses em que o parlamentar está sujeito à perda do mandato eletivo e que não prevê, conforme mencionado acima, as hipóteses de infidelidade partidária ou de abandono de legenda como justificadoras da perda do mandato. Digno de nota é o fato, também mencionado por Martins Alves Jr.¹⁴, de que essa limitação constitucional ao exercício do mandato eletivo era expressamente prevista no texto da Constituição de 1967/69¹⁵. Ainda que tais circunstâncias não desabonem de per si a posição adotada pelo Tribunal no MS 26.603, é ao menos pertinente notar que a limitação ao exercício do mandato eletivo pelo parlamentar advinda da exigência de fidelidade ao Partido – acaso essa limitação exista de fato no nosso desenho constitucional – não tenha sido repetida pelo Constituinte de 1987/1988.

Essa circunstância foi, inclusive, pontuada pelo ministro do Tribunal Superior Eleitoral Marcelo Ribeiro em seu voto vencido por ocasião da Consulta n. 1.398/DF ao afirmar que: “Não me parece haver espaço para invocar princípios implícitos quando a matéria foi tratada expressamente na Constituição anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, foi retirada da atual Constituição.”¹⁶ O voto do min. Marcelo Ribeiro, lastreado em grande medida no voto do min. Moreira Alves proferido por ocasião do MS 20.927¹⁷, desenvolve toda argumentação e apresenta a sua conclusão

14 ALVES JR., op. cit.

15 BRASIL. Constituição da República de 1967 – EC n. 1/1969, Art. 35. Perderá o mandato o deputado ou senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento fôr declarado incompatível com o decôro parlamentar ou atentatório das instituições vigentes; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa anual, à têrça parte das sessões ordinárias da Câmara a que pertencer, salvo doença comprovada, licença ou missão autorizada pela respectiva Casa; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; ou V - que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152.

16 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1398/DF – Resolução n. 22.526*, relator min. Cesar Asfor Rocha, voto vencido do min. Marcelo Ribeiro.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.927/DF*, Relator ministro Moreira Alves. Por pertinente ao cerne da questão relativa à fidelidade partidária, segue trecho do voto do min. Moreira Alves sobre o ponto em comento, v.: “Pelo sistema de representação, proporcional, que é adotado para a eleição dos Deputados, ‘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’ (artigo 180 do Código Eleitoral), o que estabelece, sem dúvida alguma, uma estreita vinculação entre o Partido ou a Coligação e o candidato que concorreu às eleições por um ou por outra, certo como é – e a Constituição atual o declara no artigo 14, parágrafo 3º, V – que uma das condições de elegibilidade é a filiação partidária. Em face da Emenda nº 1/69, que, e seu artigo 152, parágrafo único (que, com alteração de redação, passou a parágrafo 5º desse mesmo dispositivo por força da Emenda Constitucional nº 11/78), estabelecia o princípio da fidelidade partidária, Deputado que deixasse o Partido sob cuja legenda fora eleito perdia o seu mandato. Essa perda era decretada pela Justiça Eleitoral, em processo contencioso em que se assegurava ampla defesa, e, em seguida, declarada pela Mesa da Câmara (arts. 152, § 5º; 137, IX; e 35, § 42). Com a Emenda Constitucional nº 25/85, deixou de existir esse princípio da fidelidade partidária, e, em razão disso, a mudança de Partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado

a partir da premissa de que “Não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato. Isso, no final das contas, é o objeto da consulta.”¹⁸ Ainda, o ministro Eros Grau, em voto dissidente no MS 26.603, afirma expressamente que “a Constituição não contempla o cancelamento de filiação partidária e a troca de legenda como causa ou perda de renúncia ao mandato.”¹⁹

Não se pode deixar de observar que embora o ministro Moreira Alves tenha sido constitucionalmente coerente por ocasião de sua observação no julgamento acima mencionado, e até provavelmente por isso tenha sido citado pelo min. Marcelo Ribeiro, possivelmente tenha sido aquele eminente ministro um dos pioneiros a incentivar muitas interpretações que desbordam do matiz constitucional, e o quadro narrativo desta imagem encontra-se estampado como um dos pontos altos do livro de memórias do ministro Paulo Brossard, ao recordar uma disputa de ideias que tiveram por ocasião do MS 20.941²⁰, citado abaixo pela importância da refutação:

O SUPREMO NÃO ESTÁ ACIMA DOS DEMAIS. O eminente ministro Moreira Alves fez uma assertiva que me parece duvidosa. S. Exa. Diz que o Supremo está acima dos demais Poderes. Não está.

o inciso V do artigo 35 que enumerava os casos de perda de mandato. Na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que tem permitido a mudança de Partido por parte de Deputados sem qualquer sanção jurídica, e, portanto, sem perda de mandato. Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, ‘a; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55.”

18 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398/DF – Resolução n. 22.526*, relator min. Cesar Asfor Rocha, voto vencido do min. Marcelo Ribeiro.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.603/DF*, relator ministro Celso de Mello, voto do min. Eros Grau.

20 O conteúdo do MS 20.941 versou sobre impetração de writ contra ato do presidente da Câmara dos Deputados, pelo inconformismo com a rejeição de denúncia por crime de responsabilidade oferecida por Senadores da República contra o então Presidente da República, diversos Ministros de Estado e o Consultor-Geral da República, respectivamente José Sarney, José Tavares, Maílson da Nóbrega, João Batista de Abreu, Antônio Magalhães e Saulo Ramos. Há uma das mais interessantes discussões jamais vistas no Supremo Tribunal Federal sobre a sua função e a suas potencialidades e influências, num instigante debate de ideias entre os ministros Moreira Alves e Paulo Brossard (especialmente a partir da p. 121 dos autos), em que mencionam autores como Albert Venn Dicey (“The Law of the Constitution”, 1885), Rui Barbosa (“Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo”; “Cartas da Inglaterra”, Anistia Inversa”, “Direito do Amazonas ao Acre Setentrional” e “Discurso de Posse no Instituto dos Advogados”), além de discutirem a evolução do sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro, de 1891 e passando pelas configurações da Constituição de 1946, a Emenda Constitucional nº 16/1965 até os dias da Constituição de 1988. Voto no Mandado de Segurança 20.941, Tribunal Pleno, 09.02.1990.

Creio que cada um dos poderes, no tocante à sua competência privativa, é superior aos demais, exatamente porque a competência é dele e não dos outros Poderes.²¹

Aliás, tão denso é o breve, porém profundo, debate entre os ministros Moreira Alves e Paulo Brossard sobre o poder e a função do STF que lhe transcrevemos abaixo, conquanto relativamente longo, para que retomemos o ponto na sequência acerca das “pretensões” da Corte nos dias que se seguiram, alguns anos mais tarde:

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: Senhor Presidente, tenho por princípio não externar minha divergência em relação a tudo o que aqui se diz. Tenho responsabilidade com o que está no meu voto. Mas, como o eminente ministro Moreira Alves faz duas ou três assertivas que terão consequências, vou pedir licença para manifestar senão a minha divergência pelo menos as minhas dúvidas. Não vou discutir o caráter criminal do impeachment, como assevera S. Ex^a. É o ponto de vista seu, e não é original. São conhecidas as opiniões nesse sentido. É velho e já foi exaustivamente refutado. Mas o eminente ministro Moreira Alves fez uma assertiva que me parece duvidosa. S. Ex^a diz que o Supremo Tribunal está acima dos demais Poderes. Não está. Creio que cada um dos Poderes, no tocante à sua competência primitiva, é superior aos demais, exatamente porque a competência é dele e não dos outros Poderes. Enquanto a frase ‘guarda da Constituição’, inserida no art. 102, acrescentou alguma coisa ao que sempre competiu ao Supremo desde 91?

A frase não é nova. Dicey, no seu livro clássico “Law of the Constitution”, que é do século passado, referindo-se à Corte Suprema dos Estados Unidos e à diferença entre a Constituição Americana, de Poderes limitados, e a Constituição Inglesa, de poderes ilimitados, diz exatamente isso: “esse corpo judiciário é não só guarda, mas ainda o árbitro da Constituição, - not only the guardian but (also) the master of the Constitution”. É uma frase que todos os autores repetem, tornou-se usual. [...] Pergunto-me: houve inovação ao dizer que o Supremo é o guarda da Constituição? Ou, ao contrário, apenas expressou um entendimento centenário a esse respeito?

Foi feita outra assertiva em relação à qual, queria manifestar minha respeitosa dúvida: tradicionalmente, no nosso Direito e no Direito em geral, aquele que admita o controle da constitucionalidade das leis, o Poder Judiciário conhecia caso a caso. Não se julgava a lei, deixava-se apenas

21 VALLS, Luiz. *BROSSARD - 80 Anos na História Política do Brasil*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2004. p. 497.

de aplicá-la ao caso 'sub-judice'; deixava-se de aplicar a lei para aplicar a Constituição, superior a ela. Foi assim nos Estados Unidos e nos países que seguiram o modelo americano.

Dizia Rui Barbosa a esse propósito: 'certo que essas questões não se promovem diretamente como objeto imediato da ação dos tribunais. A Justiça não examina teses, a Justiça não sentencia teorias, a Justiça não vota princípios abstratos, a Justiça não revoga leis'.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: Rui Barbosa tem outra passagem que diz - infelizmente não tenho aqui anotado - que quando se examina ato 'in abstracto', isto é poder político e não poder jurisdicional.

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: 'Não revoga leis'. Ele diz isso nos 'Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo', 'Cartas da Inglaterra', 'Anistia Inversa', 'Direito do Amazonas ao Acre Setentrional' e 'Discurso de Posse no Instituto dos Advogados' e ao assumir a Presidência do Instituto dos Advogados. Desde o momento em que a Constituição atribuiu ao Supremo Tribunal Federal conhecer de leis em tese, essa competência, que era restrita às leis estaduais, por força da Constituição de 1946, e foi ampliada para o Direito Federal pela Emenda nº 16, o Direito Constitucional Brasileiro sofreu uma transformação extraordinária e fez com que ele, que até então tinha inspiração norte-americana, de certa forma também se ligasse ao século XX as Cortes Constitucionais. Não quero dizer que o Supremo seja igual às Cortes Constitucionais, que não é, mas, evidentemente a inspiração de julgar a lei em tese veio de lá.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: A emenda nº 16, de 1965, foi inspirada apenas numa coisa: a de diminuir o trabalho do Supremo. Isto está dito no relatório da Comissão que encaminhou a emenda.

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: A emenda nº 16 se inspirou precipuamente nos resultados obtidos nas representações. Tenho dúvidas até hoje se a jurisprudência do Supremo Tribunal, em relação ao art. 8º, estava no pensamento do constituinte. O Professor Rui Cirne Lima tem um parecer, quanto ao primeiro caso surgido, dando uma solução inteiramente diferente. O fato é que se firmou uma jurisprudência e com resultados francamente positivos. A partir da Emenda 16, o legislador não apenas constitucionalizou aquela jurisprudência, como a ampliou, concedendo ao Supremo Tribunal Federal uma competência que não tinha e nunca tivera; nem ele, nem nenhuma das Cortes de inspiração norte-americana; creio que o Brasil constituiu a esse respeito uma

singularidade. 'Data venia', é uma peculiaridade do Direito Brasileiro, e louvável singularidade. Sr. Presidente, se toda vez que divergirmos de um conceito que for emitido formos manifestar a nossa divergência, creio que não conseguiremos julgar coisa nenhuma. Mas este caso me pareceu de tanta importância que, quebrando a minha orientação, achei conveniente manifestá-la para poder sustentá-la mais adiante sem contradição.²²

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal não é uma Corte Constitucional, malgrado a observação de que exista referência de que esta estaria situada fora e acima da tradicional tripartição dos poderes²³, pois o tratamento dado ao Supremo Tribunal pelo constituinte de 1988 foi o de cúpula do poder judiciário, ao lado e no mesmo círculo da tradicional tripartição de poderes. Feita a observação, retomemos o ponto da fidelidade partidária hodierna, mas não sem antes observar o que havia dito sobre o tema, em 1989, pelo ministro Sepúlveda Pertence:

Senhor presidente, eu gostaria de poder acompanhar as conclusões desse raciocínio. Mas é fundamental fugir à tentação de inserir no direito positivo as nossas convicções sobre o que ele deveria ser. [...] A atual Constituição não cuida de nada parecido, limitando-se a dizer que os Estatutos partidários prescreverão normas de disciplina partidária. Mas, a meu ver, obviamente não poderão chegar a inserir uma hipótese nova de perda de mandato para os seus filiados.²⁴

Mas prossigamos com as reflexões sobre os casos posteriores. Contudo, sobre o ponto, o relator do MS 26.603 entendeu que "o fundamento real que justifica o reconhecimento de que o partido político tem direito

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 20.941/DF* relator ministro Aldir Passarinho.

23 A este propósito a referência que o jusfilósofo Inocêncio Mártires Coelho realiza a partir das observações de Mauro Cappelletti: "Registramos que, ao menos em relação aos tribunais constitucionais, esse juízo de reprovação do ativismo judicial, enquanto conduta que seria ofensiva ao dogma da separação de poderes, não é compartilhado por muitos juristas de expressão, como o italiano Mauro Cappelletti, por exemplo, para quem, pela singular posição institucional de que desfrutam - situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes - as cortes constitucionais não podem ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos, porque a elas pertence de fato uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos Poderes tradicionais, antes se projeta de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência das normas constitucionais." Cfr. COELHO, I.M. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Edição Especial (Ativismo Judicial), v. 5, n. 2, 2015, p. 8, nota de rodapé nº 22; e ainda, em texto anterior, do ano 2000: COELHO, I.M. Arbitragem, Mediação e Negociação: A Constitucionalidade da Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 219, p. 12, nota de rodapé nº 1, jan./mar. 2000,

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 20.916/DF* relator ministro Carlos Madeira, p. 374.

subjetivo às vagas conquistadas mediante incidência do quociente partidário deriva do mecanismo – consagrado no próprio texto da Constituição da República – que concerne à representação proporcional.²⁵ Vale dizer, por ocasião do MS 26.603/DF o Supremo Tribunal Federal conformou (ou reformou) as regras do jogo político impondo aos Parlamentares uma limitação que, rigorosamente, não estava expressamente prevista na Constituição da República ou em outro normativo infraconstitucional, recorrendo, para tanto, ao reconhecimento de limitações implícitas e em argumentos que, em alguma medida, indicam uma empreitada moralizante do cenário político por parte do Tribunal.²⁶ Quanto à questão da fidelidade partidária, mencione-se ainda que de maneira breve os outros dois Mandados de Segurança n^{os} 26.602 e 26.604.

Aliás, pode-se mesmo dizer que no caso da fidelidade partidária o STF acabou exercendo típica e inconstitucional atividade legislativa a partir da crítica realizada pelo ministro Eros Grau em seu voto no MS 26.602:

Resulta bem nítido, aliás, o desígnio nutrido pelo impetrante, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal crie, por via oblíqua, hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista no texto constitucional. Pretende transformar este Tribunal em legislador trilhando a estreita via do mandado de segurança.

Igualmente digna de nota é a fina ironia do min. Marco Aurélio, ao ressaltar a presença do ministro aposentado do STF, e então advogado Paulo Brossard, a proferir sustentação oral da tribuna:

Presidente, é a primeira vez que proferirei voto fundamentado sobre a matéria. Não posso deixar de consignar que, afastada a sustentação feita da tribuna pelo Doutor Paulo Brossard, cheguei mesmo a imaginar que traidores e pecadores seriam aqueles que permaneceram nos partidos impetrantes.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.603/DF*, voto do relator ministro Celso de Mello.

26 No que diz respeito ao exercício de uma “jurisdição moralizante” do cenário político por parte da cúpula do nosso Judiciário, veja o que diz Marchetti e Cortez: “Contrariamente ao esperado pela literatura (SADEK, 1995, p. 63), mostramos que o processo de intervenção do TSE na regulação da competição política não se deve necessariamente à instabilidade da composição da corte, tampouco da legislação eleitoral. Na verdade, mostramos que há uma visão normativa por parte do órgão acerca do suposto ‘bom’ funcionamento do sistema político brasileiro.” cf. MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública: Campinas*, v. 15, n. 2, p. 425. nov. de 2009.

Uma crítica precisa ser feita ao modelo de o STF apresentar seus múltiplos votos (*seriatim decisions*)²⁷, que aglutinados, buscam a inglória pretensão de sentido unitário. O que dizer da *soma* (ou subtração, ou multiplicação, ou divisão) dos votos do min. Joaquim Barbosa²⁸, que faz candente crítica aos partidos políticos, chegando a sugerir que eles seriam mesmo desnecessários, com o voto do min. Carlos Ayres Britto²⁹, que utiliza interessante metáfora de que o sistema constitucional não pode ser uma fortaleza de paredes indestrutíveis e portas de papelão, e do ministro Gilmar Mendes³⁰ que fala em direitos fundamentais dos partidos políticos, com o voto do ministro Ricardo Lewandowski que, observando que pode ocorrer situação na qual tanto candidato, quanto partido, podem trair ou desertar ideologicamente³¹, com o voto do ministro Menezes Direito postulando uma “leitura moral da Constituição” a partir de Dworkin,

27 Confira-se, entre outros, a diferenciação entre “*seriatim decisions*” e “*per curiam decisions*”, respectivamente em: MOOREHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions. *American Bar Association Journal*, v. 38, n. 10, p. 821, 1952; STEWART, David O. A Chorus of Voices. *American Bar Association Journal*, v. 77, n. 50, 1991; HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: interpretation in historical perspective. *Journal of Law & Policy*, vol. 4, 2000; PÁDUA, Thiago Aguiar de. Triângulo da Violência Argumentativa: Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais: Decisão Monitorada em uma Democracia Monitorada. *Civil Procedure Review*, v. 5, n. 2, p. 91-112, may-aug, 2014.

28 “Tive o privilégio de assistir nos Estados Unidos da América há cerca de sete ou oito anos o papel decisivo que uma organização espontânea, que surgiu durante o processo de impeachment de um presidente daquele país, teve no desfecho do processo de impeachment. O nome da organização era ‘Move on’. Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária. (...) Não vejo como admitir, no Brasil, a existência dessa ‘PARTIDOCRACIA’ a que fez alusão o ministro Cezar Asfor Rocha em seu voto no TSE. A propósito, indago: qual seria o modelo dessa PARTIDOCRACIA de que tanto fala o TSE? O modelo soviético, que viveu na Europa Central e do Leste? O modelo cubano? Ou o longevíssimo modelo mexicano do PRI? Em realidade, ao fazer uma opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana. Tornou-se irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos.” Confira-se, a propósito, fls. 285 dos autos, no voto do min. Gilmar Mendes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.602/DF*, relator ministro Eros Grau.

29 Confira-se, a propósito, fls. 295 dos autos, no voto do min. Ayres Britto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.602/DF*, relator ministro Eros Grau.

30 Confira-se, a propósito, fls. 376 dos autos, no voto do min. Gilmar Mendes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.602/DF*, relator ministro Eros Grau.

31 Disse: “Em certas ocorrências, pode não ser o caso de deserção ou traição ideológica. A migração se dá, pelo contrário, por um imperativo de resistência ideológica de membro do partido, ou seja, o candidato não deserdou dos seus ideais, quem deserdou foi o partido”. Confira-se, a propósito, fls. 274 dos autos, no voto do min. Ricardo Lewandowski. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.602/DF*, relator ministro Eros Grau.

com uma pitadinha de Henry Campbell Black para que se busque “a consequência efetiva da intenção do povo”³²

Some-se ainda a observação do ministro Celso de Melo no MS 26.603, usando a tecnologia constitucional de Francisco Campos, para dizer que há ali um poder constituinte em permanente funcionamento, mencionando que o STF possui o “monopólio da última palavra em temas de exegese” constitucional, fazendo com que Oscar Vilhena Vieira enxergue ali um sintoma de que o Supremo exerceria um “poder moderador”, muito embora sobre esse específico caso mencione que “este certamente é um passo muito grande, no sentido de conferir poderes legislativos, eventualmente de reforma constitucional, ao Tribunal”.³³ Não se pode concordar com a tese em razão do expresso desenho Constitucional dos artigos 2º, e 60, § 4º, mas torna a soma dos argumentos interessante, e nos faz perguntar pelo resultado.

É difícil dizer. De todo modo, estabeleceu-se a fidelidade partidária como causa de manutenção de mandato, e a infidelidade como sua perda, malgrado não esteja presente essa hipótese no art. 55 da Constituição, embasando o art. 1º da Resolução nº 22.610 do TSE, que estipula que o Partido Político pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.³⁴

No entanto, em 2013 o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5081³⁵, que foi definitivamente julgada em 2015. Questionou-se na petição inicial os “dizeres do art. 10 e do art. 13 da Resolução 22.610, do Tribunal Superior Eleitoral”³⁶, mencionando-se que eles estariam em “conflito com o sistema eleitoral, bem como com o estatuto constitucional dos congressistas, especialmente no que ao caput

32 Confira-se, a propósito, fls. 238 dos autos, no voto do min. Menezes Direito. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.602/DF, relator ministro Eros Grau.

33 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. Em: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. *Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (1930-dias atuais)*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 527.

34 Não custa recordar que pela Resolução n. 22.610 do TSE, considerou-se como justa causa para desfiliação partidária quatro motivos relevantes: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário, e, IV) grave discriminação pessoal.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso.

36 Eis os teores dos artigos 10 e 13 da Resolução n. 22.610 do TSE: “Art. 10. Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente ou vice, no prazo de 10 (dez) dias.”; “Art. 13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.”

do art. 14, e ao caput do art. 46, e ao art. 55, e aos parágrafos do art. 77 da Constituição”.

Observe-se o disfarce da referida ADI 5081, que se (re) volta contra a “Resolução do TSE”, acima mencionada, mas na verdade se parece muito mais com Embargos de Declaração “Póstumo-Extemporâneo” com efeitos infringentes, e, em algum sentido, com uma ADI contra as próprias decisões do Supremo, se tivermos em mente que a Resolução do TSE está baseada, toda ela, nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 – inclusive citados no preâmbulo da referida resolução.

Mais ainda se observarmos que a mesmíssima Resolução 22.610, do Tribunal Superior Eleitoral, já havia sido questionada em 2008 pelo Procurador Geral da República perante o STF, através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n^{os} 3999/DF³⁷ e 4086/DF³⁸, e mesmo o Supremo possuindo a autoatribuída possibilidade de julgar com a causa de pedir aberta e não se limitando ao pedido feito na inicial, vale dizer, o próprio Supremo chancelou a dita e citada resolução do TSE, do qual se destacam, a nosso ver, a observação vencedora contida na frase do min. Celso de Mello³⁹, no sentido esposado de que a “prática da infidelidade partidária, ao propiciar ilegítima alteração do resultado das urnas fora do processo eleitoral, provoca, com tal consequência, gravíssima lesão ao princípio democrático”, mas também na observação do voto vencido do min. Eros Grau:

Para mim essa resolução é multiplamente inconstitucional: o art. 1^o afronta os artigos 22, I e XLVIII, da Constituição; o artigo 2^o dispõe sobre matéria reservada à lei complementar; os artigos 3^o ao 9^o e 11 inovam em Direito Processual e o § 2^o do artigo 1^o inova atribuições do Ministério Público. De modo que me perdoem, mas acho que isso é um abuso de inconstitucionalidade.⁴⁰

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal aceita julgar a ADI n. 5081⁴¹, e a partir do voto do ministro relator, Luís Roberto Barroso, realiza diferenciação entre sistemas eleitorais proporcional e majoritário, observando que o sistema proporcional no Brasil seria “uma usina de

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3999/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4086/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3999/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3999/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso.

problemas”, e ao falar sobre as disfunções do sistema, menciona, sumariando seus pontos de vista:

Em suma: o sistema é caríssimo, o eleitor não sabe quem elegeu e o debate público não é programático, mas personalizado. Sem surpresa, os eleitores, poucas semanas depois da eleição, já não têm qualquer lembrança dos candidatos em quem votaram nas eleições proporcionais. Como consequência, os eleitos acabam não devendo contas a ninguém.⁴²

Observamos muitos problemas com essas alegações do voto condutor. Não há empirismo algum para falar que os eleitores não se recordam em quem votaram, e sobre essa questão com uma suposta ausência de prestação de contas dos eleitos. Mais do que isso, é uma louvável opinião política que melhor se enquadraria alguns metros adiante, numa das outras pontas da praça dos três poderes, vale dizer, no Congresso Nacional.

Mas a parte central do julgamento da ADI 5081 encontra-se na diferenciação entre a aplicação do conceito de fidelidade partidária aos modelos proporcional e majoritário, e a utilização da palavra “lógica” por parte do senhor ministro relator, quando menciona que a fidelidade partidária não se aplica ao sistema majoritário, pois “além de incompatível com a sua lógica, acaba por violar a soberania popular, pedra de toque da democracia”.⁴³

Ou seja, como se pode observar, estamos diante de uma “lógica” que vai se alterando com o passar dos casos julgados, e se transformando ao sabor dos novos ministros. Na realidade, não é possível realizar a sindicabilidade adequada, se de lógica se trata, pois, o acórdão não menciona a qual espécie de corrente filosófica vincula-se a sua derivação aplicativa, e a palavra lógica bem poderia ser substituída pela palavra “ideologia”. Percebe-se que as ideias estão fora do lugar.⁴⁴

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso, p. 13 do voto do min. Relator.

43 Não menciona entre as várias tipologias da lógica qual seria a sua afiliação: lógica formal, lógica dedutiva, lógica silogística, lógica proposicional, lógica predicada, lógica modal, lógica matemática, lógica filosófica, etc.

44 Como observado em difundido texto de Roberto Schwarz, aqui totalmente aplicáveis, “Em matéria de racionalidade, os papéis se embaralhavam e trocavam normalmente: a ciência era fantasia e moral, o obscurantismo era realismo e responsabilidade”. SCHWARZ, Roberto. *Ao Vencedor as batatas: forma literária e processo social nos incícios do romance brasileiro*. 6. ed. São Paulo: 34, 2012. p. 15.

No item n. 32 do voto condutor, afirma-se que não há previsão constitucional da regra da fidelidade partidária, e que é possível a construção jurisprudencial para sua criação para o sistema proporcional, mas não para o sistema majoritário. E ainda, ressalta-se (item 36) que a questão da transferência de votos que faz que candidatos bem votados “arrastem” outros menos votados, aliada a questão das coligações partidárias impediria o cumprimento da função precípua do sistema proporcional, que no dizer do relator seria: “dar às diferentes ideologias representação parlamentar proporcional à sua acolhida no tecido social, tornando o Parlamento um espelho da sociedade”, e conclui:

Havendo volumosa transferência de votos, e notadamente entre candidatos que se situam em pontos tão distintos do espectro político, o sistema entra em curto-circuito e se distancia do princípio da proporcionalidade da representação da Câmara dos Deputados (art. 45, caput, da CF/88) e da soberania popular (art. 1, § único, da CF/88).⁴⁵

Vale dizer, observa ainda o ministro relator ser “absolutamente incoerente que determinado parlamentar seja eleito em razão dos votos dados à legenda ou a um correligionário com votação extraordinária” e posteriormente, durante seu mandato, migre para um outro partido que em nada colaborou para a sua eleição. Justifica assim a “necessidade” de que haja a fidelidade partidária no modelo brasileiro de eleição proporcional.

No entanto, ao abordar o sistema majoritário diz que não se aplica a mesma “lógica”, com a seguinte fundamentação:

O mesmo não ocorre no sistema majoritário. Neste, como a fórmula eleitoral é a regra da maioria e não a do quociente eleitoral, o candidato eleito será o mais bem votado. Como serão desconsiderados os votos dados aos candidatos derrotados, não se coloca o fenômeno da transferência de votos. Assim, no sistema majoritário a “regra da fidelidade partidária” não consiste em medida necessária à preservação da vontade do eleitor, como ocorre no sistema proporcional, e, portanto, não se trata de corolário natural do princípio da soberania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14, caput, da Constituição).

Muito pelo contrário. No sistema majoritário atualmente aplicado no Brasil, a imposição de perda do mandato por infidelidade partidária se antagoniza como a soberania popular, que, como se sabe, integra o

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso, p. 22 do voto do min. Relator.

núcleo essencial do princípio democrático. Um simples exemplo ajuda a esclarecer a afirmação. Imagine-se que um candidato eleito para cargo de Senador, por qualquer motivo, troque de partido durante o mandato. Ao se aplicar a Resolução nº 22.610/2007, nos termos atualmente dispostos, a consequência da migração seria a perda do mandato. Em consequência, o suplente assumiria o cargo eletivo, conforme determina a redação atual do art. 10, da Resolução. Ocorre que o suplente, muitas vezes, sequer é conhecido do eleitor e não recebeu qualquer voto na eleição. A vontade política expressa no momento da eleição acaba por ser claramente violada, agravando-se o problema da débil legitimidade democrática dos suplentes de Senador no Brasil.

Desconsidera inúmeros fatores, potencialmente nefastos e destrutivos do sistema democrático. Primeiro, o candidato a senador (e.g), auxilia indiretamente na transferência de votos, se o eleitor votar na legenda para os demais cargos apenas pela empatia que nutre por determinado candidato que dispute a eleição pelo sistema majoritário.

Segundo, tece a “estranha lógica” de que aquele candidato bem votado que “arrasta” outros candidatos no sistema proporcional, mesmo não dependendo do partido para ser eleito, assim como um senador (pela “lógica do voto” do relator), deve se manter fiel ao partido que não o elegeu, sob pena de perda do mandato.

Terceiro, torna o Senado uma casa de potenciais “zumbis”, no dizer do ministro Carlos Ayres Britto ao votar no caso da fidelidade partidária, justificando-a. E isto porque permite que depois de eleitos, os senadores massivamente se desfiliam dos partidos pelos quais concorreram, e seja cada qual um partido de um homem só, na propositalmente exagerada hipótese de que os 81 senadores venham a se desfiliar do partido e permanecer no Senado.

Dilacera com isso, potencialmente, o sistema partidário, e com isso o regime democrático. Chama a atenção especialmente dois fatos que se repetiram no percurso do Tribunal sobre a “fidelidade partidária”. Já que um dos votos mencionou a metáfora de uma “candidatura zumbi”, podemos mesmo utilizar uma outra metáfora, qual seja, a de que ao tocar as mãos nas normas constitucionais da democracia, o Tribunal, com raras exceções, pode ser comparado a “Edward Mãos de Tesoura” (Scissorhands), icônico personagem da filmografia americana, incompreendido porque fere a quem gosta e causador de confusão porque incompreendido e incompreensível em suas ações.

Não é difícil imaginar que com o sopro de tais ventos, a partir da tese fixada no voto do ministro relator⁴⁶, o próximo passo seja a “permissão judicial” para que os candidatos a cargos cuja eleição ocorra através do sistema majoritário não precisem previamente estar filiados a partidos políticos.

E ainda, o mais incrível, como pretensão de tribunal que reflete sobre casos passados e suas projeções pro futuro, não houve qualquer dos juízes a mencionar a relação entre pertencimento do mandato e a relação partido-eleito-eleitor no caso famoso e emblemático da extinção do Partido Comunista e o destino dado aos parlamentares eleitos por aquele partido, provando que as decisões do Supremo neste caso são, e tem sido ad hoc, precipitadas, imediatistas e inconsequentes.

Numa breve observação, com o fim do Estado Novo de Vargas, e o retorno da democracia, o Partido Comunista brasileiro retornou à cena política em 1945, com o deferimento do registro, tendo obtido 10% dos votos nas eleições presidenciais, e na eleição Constituinte obteve quase o mesmo resultado, tendo conseguido eleger 14 Deputados e 1 Senador. Houve pedido de cancelamento do registro do partido, e posteriormente haveria um problema a ser resolvido: o que fazer com os parlamentares eleitos pelo partido cuja inscrição fora cancelada? Conforme narrativa constante do site do TSE:

Em março de 1946, o Deputado Barreto Pinto, do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), encaminha denúncia ao Tribunal Superior Eleitoral contra o PCB, alegando o caráter ditatorial e internacionalista da agremiação e pedindo a cassação de seu registro. Além disso, acusava-se a agremiação política de estar a serviço da União Soviética e que, em caso de guerra, seus militantes lutariam contra o Brasil. O parecer do procurador geral foi pelo arquivamento do processo, mas o Tribunal optou por não aceitá-lo e deu prosseguimento à apuração. Isso não arrefeceu os ânimos da oposição, bem articulada politicamente e contando com a simpatia de importantes setores do próprio Estado Novo. Outra denúncia apontava ações do Partido Comunista Brasileiro na promoção de greves e da luta de classes, vinculação com o comunismo soviético e violação dos princípios democráticos e direitos fundamentais do homem. Isso contrariava o estabelecido pelos Decretos-Leis nºs

46 A tese conclusiva do voto foi assim descrita: “A tese que embasa o meu voto é a seguinte: “A perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”. É como voto”. Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso, p. 26 do voto do min. Relator.

7.586/45 e 9.258/46 e pela Resolução nº 830, de 25 de junho de 1946, expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral.⁴⁷

Por 3 votos contra 2 no TSE, cancelou-se o registro do Partido Comunista, dando-se origem à Resolução nº 1.841, de 7.5.1947, em Brasília⁴⁸, tendo posteriormente o Partido Comunista recorrido ao Supremo Tribunal Federal através do RE nº 12.369/DF⁴⁹, que não conheceu do recurso em razão da autonomia da justiça eleitoral, conforme expresso no texto da Constituição de 1946. Sobreveio a discussão sobre os mandatos, conforme narrativa do site do TSE:

Em janeiro de 1948, todos os parlamentares eleitos pelo PCB perderam seus mandatos, porquanto o partido não existia mais. Diante da hipótese de perda de mandato eletivo não expressamente prevista na Constituição Federal, editou-se a Lei nº 648, de 10 de março de 1949, que estabeleceu em seu artigo 1º: ‘Os lugares tornados vagos nos corpos legislativos, em consequência do cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil, pela Resolução nº 1.841, de 7 de maio de 1947, do Tribunal Superior Eleitoral, caberão a candidatos de outro ou de outros partidos, votados na eleição de que se tenham originado os mandatos’.

A lei dispunha que o Tribunal Superior Eleitoral deveria considerar nulos os votos da legenda extinta, contudo ela teve sua aplicação negada pelo Tribunal, através da Resolução nº 3.222, de 20.5.1949, por inconstitucionalidade. O recurso extraordinário encaminhado ao Supremo Tribunal Federal não foi acolhido, por entender-se que houve violação ao art. 52, parágrafo único, da Carta Magna, que previa a convocação de suplente ou, na ausência deste, a realização de nova eleição.

Ou seja, desde então, a partir deste célebre caso da década de 1940, há essa observação de que os mandatos pertencem aos partidos, e que se os partidos forem extintos, os parlamentares por eles eleitos perderiam o mandato. O que o STF fez recentemente no itinerário da fidelidade parlamentar foi em parte cancelar aquele entendimento, embora sem enfrenta-lo como parecia ser o caso, e mais do que isso,

47 Confira-se o sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, para acesso inclusive ao inteiro teor de todas as peças processuais. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos/cancelamento-de-registro-do-partido-comunista-brasileiro>>. Acesso em 24 jul. 2015.

48 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 1.841, de 7.5.1947*. Relator ministro Professor Sá Filho.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário Eleitoral 12.369/DF*, relator ministro Laudo de Camargo.

disse que determinados tipos de parlamentares podem ser infieis e que outros necessariamente precisam sê-lo, com uma argumentação confusa e francamente antidemocrática.

Reconhecendo-se a distinção entre os sistemas do civil law e do common law, que oporia países tão diferentes quanto Brasil⁵⁰ e Estados Unidos, mas nem tanto, como observa Jerome Frank⁵¹, e tendo ainda a observação de Hermes Zaneti Jr.⁵² de que houve no Brasil uma recepção tardia e mitigada do common law, podemos refletir que o excessivo voluntarismo das decisões do Supremo Tribunal Federal no caso da (in) fidelidade partidária, sucessivamente acrescentando pontos, vírgulas e “aspas”, vão torcendo, retorcendo e contorcendo o texto Constitucional, bem como os próprios precedentes do Tribunal, semelhante ao que se chama “Narrowwing Precedent”, ou como também é conhecido: “a 5ª Técnica do Precedente” nos Estados Unidos.⁵³

E isto porque ao se deparar com um caso que comportaria um precedente “desconfortável” ou “indesejável”, ao invés de aplicar o precedente existente, ou realizar o distinguishing, ou overruling, a Suprema Corte aplica a técnica do “Narrowwing Precedent”, que poderíamos aqui traduzir por “Estreitamento do Precedente”, vale dizer, a Corte declina de aplicar uma resolução anteriormente existente, numa “discricionariedade do overruling” (Stealth Overruling).⁵⁴

Assim, realiza-se um “Estreitamento da Constituição”, se refletirmos no seguinte sentido: se há uma norma constitucional que é “driblada”, para ficarmos com a ideia metafórica do momento (pedaladas normativas),

50 Com relação ao Brasil, inescapável o link com sua colonização portuguesa, e não se pode esquecer, como anotado por Martin Page, que “os romanos detêm uma presença bastante significativa na ascendência do povo português”, acentuando-se a densidade da relação, e que “o direito português fundamenta-se no direito romano, por razões bem diferentes das de outros países europeus, que passaram a assumir o modelo romano através da adoção do Código Napoleônico, no início do século XIX”, vale dizer: “ao longo de 2000 anos, os portugueses têm mostrado uma preferência consistente pelo sistema jurídico romano. A tentativa dos visigodos, da Germânia, de imporem o sistema jurídico teutônico, em troca da sua adesão ao catolicismo, provocou uma rebelião que abriu caminho à entrada dos mouros e à sua tomada do poder”, e na sua expulsão os portugueses voltaram ao sistema jurídico romano, remontando ao período em que a região se chamava Lusitânia, cuja capital era a Mérida. Cfr. PAGE, Martin. *A primeira Aldeia Global: como Portugal mudou o mundo*. 13. ed. Tradução de Gustavo Palma. Alfragide: Casa das Letras, 2014. p. 46-47.

51 FRANK, Jerome. *Civil Law Influences on the Common Law: Some Reflections on ‘Comparative’ and ‘Contrastive’ Law*. Univ. of Penn. L. Rev., v. 104, n. 7, 1956.

52 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 233-241; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 29-71.

53 RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, v. 114, 2014.

54 Ibidem.

assim como há um “precedente ignorado”. Podemos falar aqui então de “Estreitamento da Constituição”, perfeitamente identificável com a “emenda constitucional informal” que cria hipótese de perda do mandato não prevista na Constituição, e sua posterior “Retificação” para que a norma não prevista se aplique apenas à certos casos e não a outros. Algo visceralmente inconstitucional.

Já quanto à questão da verticalização partidária, houve, como cediço, um desfecho diverso. O Supremo Tribunal Federal acabou por não conhecer das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 2.626/DF e 2.628/DF, ambas de relatoria do min. Sydney Sanches julgadas em conjunto pelo Pleno do Tribunal na sessão do dia 18 de abril de 2002. O não conhecimento das ações diretas, impedindo o acesso do STF ao mérito da questão, acabou por manter em seus próprios termos a Instrução n. 55, aprovada pela Resolução n. 20.993 do Tribunal Superior Eleitoral.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2626/DF proposta pelo PC do B - Partido Comunista do Brasil, pelo PL - Partido Liberal, pelo PR - Partido dos Trabalhadores, pelo PSB - Partido Socialista Brasileiro, e pelo PPS - Partido Popular Socialista, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2628/DF proposta pelo PFL - Partido da Frente Liberal, ambas com o idêntico objetivo de obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, da Instrução n. 55 da Resolução n. 20.993 do Tribunal Superior Eleitoral. O dispositivo combatido pelos citados Partidos tem a seguinte redação, v.:

CAPÍTULO II - DOS PARTIDOS POLÍTICOS E DAS COLIGAÇÕES.

Art. 4º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, para proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional entre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário (Lei nº 9.504/97, art. 6º, caput).

§ 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.2002).⁵⁵

55 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.993 - Instrução n. 55*, Classe 12º. Relator ministro Fernando Neves. Brasília, 2002.

À revelia de qualquer dispositivo do texto constitucional a tratar do tema - circunstância reconhecida já na ementa das ações diretas⁵⁶ -, o Tribunal Superior Eleitoral, respondendo à Consulta n. 715 e no uso da sua prerrogativa regulamentadora de caráter infralegal, em leitura do art. 6º da Lei 9504/97⁵⁷, editou a referida Resolução a partir da qual entendeu que deveriam os partidos guardar perfeita simetria entre seus arranjos políticos em nível regional e em nível nacional.

As limitações que a Resolução n. 20.993 do Tribunal Superior Eleitoral impôs à livre atuação dos partidos políticos é autoevidente. Imposição de limites que, frise-se, decorre, conforme enxergamos, duma interpretação esforçada⁵⁸ da legislação eleitoral e que, conforme afirmam Marchetti e Cortez, “mudou o padrão da competição eleitoral do Brasil no que diz respeito à dimensão das coligações eleitorais.”⁵⁹ Vale dizer, o Tribunal Superior Eleitoral, por meio de Resolução, inovou, reformando o cenário político nacional.⁶⁰

A questão da (i)legitimidade de o Judiciário para participar ativamente na Reforma Política não passou despercebida no julgamento das Ações

56 Trecho da ementa da ADI 2626/DF: “Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar, ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados”.

57 Lei n. 9504/1997, art. 6º. É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

58 Quanto à “interpretação esforçada”, veja-se trecho do voto vencido do min. Sepúlveda Pertence por ocasião da Consulta n. 715, v.: “Com todas as vênias, constitui um resíduo autoritário frontalmente incompatível com a clara opção constitucional pela autonomia dos partidos -, tentar impor - por lei ou pela interpretação voluntarista dela - um grau preordenado de maior ou menor centralização política a todos eles, às agremiações de quadro ou de massa, às formadas em torno de um líder nacional carismático como às constituídas pela “Federação” de lideranças regionais.” Cf. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 715/DF* – Relator ministro Garcia Vieira, voto vencido ministro Sepúlveda Pertence.

59 MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*: Campinas, v. 15, n. 2, p. 425, nov. de 2009.

60 Ainda que em termos de ‘verticalização partidária’ a pretendida reforma política do TSE se nos afigure como autoevidente, parece pertinente transcrever trecho do voto do ministro Ilmar Galvão em que essa questão específica é tratada; v.: “Se o Poder Legislativo não pode mudar a lei um ano antes da eleição, muito menos o Poder Judiciário poderá baixar normas, inovando, dentro do período de um ano. Não pode. Veja, V.Exa., estou raciocinando em termos de que houve inovação. Em havendo, não podia, por causa do princípio da legalidade e, também, da anualidade, pois a Constituição, nesse caso, teria submetido o Poder Judiciário ao princípio da anualidade a fim de não surpreender.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.626/DF, relator min. Sydney Sanches, trecho do voto do min. Ilmar Galvão.

Diretas ns. 2.626 e 2.628. Pedimos licença para transcrever, por pertinente ao objeto do presente texto, breve trecho do voto do relator ministro Sydney Sanches em que externa sua preocupação com relação ao ponto:

Aliás, o Exmo. Sr. Presidente da República, a mais alta autoridade da Nação, quando tomou conhecimento da norma em questão, chegou a dizer, no exterior, segundo a Imprensa: “*começou a reforma política no Brasil*”. Reforma, que, tão esperada e desejada, deveria, obviamente, ter tido curso no Congresso Nacional - e não no Tribunal Superior Eleitoral -, por mais respeitável e respeitada que seja aquela Corte, que todos os Juízes desta Casa integraram ou integram, oito dos quais seus ex-Presidentes. E que, portanto, por ela nutrem maior consideração.”

[...]

Por todas essas razões, não conheço da A.D.I. nº 2.626, enquanto proposta pelo PPS, conheço das ações propostas pelos demais Partidos (nºs 2.626 e 2.628), e as julgo procedentes, declarando com eficácia “*ex tunc*”, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 4º da Instrução nº 55 do T.S.E., aprovada pela Resolução nº 20.993/2002. 31.

Deixo de acolher a solução alternativa proposta no parecer da P.G.R., pois entendo que a norma em questão somente pode ser inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Congresso Nacional e com observância do art. 16 da Constituição Federal.⁶¹

Antes mesmo da análise das ações diretas, já no TSE, por ocasião da Consulta n. 715/DF, o resedinho das regras do jogo político pelo Judiciário causou certo desconforto, notadamente no ministro Sepúlveda Pertence que, defendendo o entendimento de que a limitação imposta pelo art. 6º da Lei n. 9504/1997 incide exclusivamente “em cada uma das três esferas da Federação em que se hajam de realizar simultaneamente um ou mais pleitos majoritários e uma ou mais eleições pelo sistema proporcional”⁶², afirma que “A essa opção legislativa - que entendo derivar do princípio da autonomia partidária da Constituição - não ousou substituir minha visão de como se deveriam organizar e funcionar os partidos.”⁶³ É com essas

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.626/DF*, voto do relator ministro Sydney Sanches.

62 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 715/DF* – Relator ministro Garcia Vieira., voto vencido ministro Sepúlveda Pertence.

63 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 715/DF* – Relator ministro Garcia Vieira., voto vencido ministro Sepúlveda Pertence.

premissas que o ministro Pertence ficou vencido na resposta do colegiado à Consulta n. 715/DF.

Em síntese, portanto, a situação pertinente ao cenário do Poder Judiciário referente às coligações partidárias foi essa: não conhecimento das ADIs ns. 2626/DF e 2628/DF no Supremo Tribunal Federal, com a consequente manutenção da Resolução n. 20.993 do Tribunal Superior Eleitoral em seus próprios termos determinando a simetria das coligações partidárias nos termos do parágrafo primeiro, artigo 4º da resolução. Contudo, conforme já afirmamos, na hipótese o desfecho foi diferente.

A essa alteração das “regras do jogo” pelo Judiciário, a comunidade política que dá vida ao Congresso Nacional respondeu com a Emenda Constitucional n. 52/2006 que, alterando o parágrafo primeiro do art. 17 da Constituição da República, sepultou a querela jurisdicional, desobrigando os partidos políticos de seguirem a chamada verticalização das coligações partidárias.⁶⁴

É possível observar, portanto, uma espécie de, se assim podemos dizer, “diálogo” entre os Poderes da República. De todo modo, seja no caso da determinação de fidelidade partidária, quanto no caso da verticalização da fidelidade partidária, o Parlamento optou por responder apenas nesse último caso e o fez com insofismável sucesso.

2 A ATUALIDADE DAS LIÇÕES APRENDIDAS: O DISCURSO VENCEDOR, LIBERDADE, REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E A DISPUTA PELA GUARDIANIA DA REPÚBLICA

É possível afirmar que a atuação do Supremo Tribunal Federal encontra respaldo no discurso que é, hoje, o discurso vencedor. É indiscutível que as atuais decisões da Corte, nomeadamente aquelas aqui citadas, trazem em si alguns traços usualmente associados à teorização neoconstitucionalista. É inegável a ampla recepção, na nossa comunidade jurídica – seja na academia, seja nos tribunais –, do neoconstitucionalismo que, segundo nos diz Humberto Ávila, se caracteriza, dentre outras, pelas

64 BRASIL. *Constituição da República de 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: [...] § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006).

ideias (ideais) de “mais princípios, menos regras”, “mais ponderação, menos subsunção”, “mais Judiciário, menos Legislativo e Executivo”.⁶⁵

A par dessas matizes do pensamento neoconstitucional, deve-se observar que existem, dentre outros, três traços distintivos do movimento neoconstitucionalista⁶⁶ facilmente observáveis nas decisões citadas nesse texto, são eles: o “princípioalismo”, o “judicialismo ético-jurídico” e o “interpretativismo moral-constitucional”⁶⁷. No caso do MS 26.603, a própria ideia de “infidelidade” e o reconhecimento de um direito subjetivo dos partidos à manutenção das vagas decorrentes do sistema proporcional baseado em argumentos de que essa circunstância evitaria⁶⁸ a “deformação

65 O texto de Humberto Ávila é obrigatório para uma leitura crítica do movimento neoconstitucionalista, tendo, já, tornado-se um clássico sobre o tema. Cf. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica do Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 25 jul. 2014.

66 Para uma análise densa acerca dos traços distintivos do movimento neoconstitucionalista, com a qual concordamos integralmente, v. STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. in: *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 132, dez. 2013. p. 185-208.

67 Essas construções linguísticas têm como fonte o texto de STRECK acerca da leitura hermenêutica do referido “fenômeno”. Inclusive, as expressões “princípioalismo”, “judicialismo ético-jurídico” e “interpretativismo moral-constitucional” constam expressamente no texto e dali foram aqui adotadas. O autor, fazendo a ressalva de que não existe consenso satisfatório acerca dos conteúdos presentes na teoria neoconstitucional, aponta, contudo, as características que lhe parecem presentes de forma homogênea no discurso neoconstitucional: (a) pragmatismo; (b) sincretismo metodológico; (c) princípioalismo; (d) Judicialismo ético-jurídico; (e) interpretativismo moral-constitucional; (f) o juízo de ponderação; (g) especificidade interpretativa. cf. STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 132, p. 192-205, dez. 2013.

68 Utilizamos a conjugação no futuro do pretérito para explicitar nosso imaginário sobre os reais efeitos, notadamente (mas não exclusivamente) na hipótese de exigência de simetria (verticalização) nas ligações partidárias, qual seja: a clandestinidade das ligações. Algo que poderíamos chamar metaforicamente de “subir no palanque ‘pelos fundos’”. Essa circunstância também chamou atenção de Marchetti e Cortez, para quem: “Isso não significa que esses partidos se ausentaram da campanha presidencial, mas, como mostrou Carvalho (2006), significa que a regra judicial jogou as alianças para a informalidade, fazendo com que, em cada estado, os candidatos à presidência continuassem a subir em palanques de partidos nacionalmente adversários.” Cf. MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as ligações eleitorais. *Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, p. 444, nov. 2009. Com preocupação similar, porém com olhos na ADI 4650, Luís Carlos Martins Alves Jr. assevera que: “No tocante a essas ‘novas’ propostas de modificações normativas, em nossa avaliação, não enxergamos ilicitudes ou inconstitucionalidades nelas. Mas vislumbramos algumas inconveniências. Com efeito, a proibição de doações privadas às campanhas eleitorais ou aos partidos políticos conduzirá, forçosamente, a uma situação de clandestinidade e a um aumento exagerado das despesas públicas com os partidos políticos e campanhas eleitorais.” Cf. ALVES Jr., Luís Carlos Martins. *O sistema partidário e a reforma política*: uma breve análise acerca da estrutura normativa e da dinâmica constitucional dos partidos políticos e do regime representativo brasileiro. Texto apresentado por ocasião de palestra proferida na Segunda Reunião de Membros do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, realizada em 23.4.2015, dentro do ciclo de palestras sobre “Reforma Política, Corrupção e Financiamento de Campanha”. Brasília: UniCEUB, 2015.

ética do governo”⁶⁹, e que a troca de partidos por parlamentares após o pleito eleitoral “frauda, de modo acintoso e reprovável”⁷⁰ a vontade dos eleitores, parece demonstrar um exercício da jurisdição com matizes ético-jurídicas e moral-constitucional. Julgamentos como este encontram respaldo discursivo ou teórico no postulado neoconstitucional que acredita “ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o direito justo”⁷¹ e acaba depositando suas esperanças no protagonismo judicial.⁷²

Ainda sobre o neoconstitucionalismo, não bastando a severa crítica de Streck a demonstrar que esse discurso se mostra apto a ultrapassar apenas aquilo que, em diálogo com L. Ferrajoli, chama de “paleojuspositivismo”⁷³, não possuindo estofó teórico para ir além, Cass Sunstein ainda aponta que a busca, por parte da jurisdição, pelos “valores” sob a lei e a Constituição de modo a corrigir axiologicamente (moralmente) o direito não é algo tão novo. Com efeito, diz Sunstein, os juízes alemães atuantes no período pré-Segunda Grande Guerra e alinhados ao Nacional Socialismo entendiam de modo geral que as Cortes apenas poderiam atingir seus fins se não estivessem “coladas” (glued) ao texto legal. Deveriam, isso sim, buscar o núcleo interno (inner core) contido na letra da lei. Tratava-se, portanto, de uma busca jurisdicional pelo metafísico: valores, axiologismos – busca essa que, conforme as exigências do caso, prescinde de previsão normativa

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603/DF*, voto do relator ministro Celso de Mello.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603/DF*, voto do relator ministro Celso de Mello.

71 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. revista, modificada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

72 *Ibidem*, p. 53.

73 Sobre essa questão: “Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse ‘neoconstitucionalismo’ acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’ defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo, e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleojuspositivismo (Ferrajoli) na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da Jurisprudência dos Valores.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. revista, modificada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

expressa. Sunstein cita casos de recrudescimento do Tribunal Constitucional alemão em relação às proibições de relações físicas entre alemães e judeus, ocasiões em que o Tribunal ampliou o alcance das proibições, a despeito da falta de previsão normativa, por entender que aquele era o espírito da época (the spirit of the age).⁷⁴ Um caso clássico de protagonismo judicial.

Que fique devidamente esclarecido que não estamos a fazer qualquer comparação entre diferentes Tribunais de diferentes contextos espaço-temporais. Uma comparação desse jaez seria assaz indevida.⁷⁵ O argumento se propõe a demonstrar que a jurisdição (neoconstitucionalista) – a exemplo, conforme os entendemos, dos precedentes sobre verticalização e fidelidade partidárias, e outros citados no texto – que corrige moralmente o direito é, e deve ser, criticada sob as mais diversas perspectivas, e por juristas que se encontram em paradigmas filosóficos completamente distintos, como é o caso de Streck e Sunstein.

74 No original: “In the Nazi period, German judges rejected formalism. They did not rely on the ordinary or original meaning of legal texts. On the contrary, they thought that statutes should be construed in accordance with the spirit of the age, defined by reference to the Nazi regime. They thought that courts could carry out their task “only if they do not remain glued to the letter of the law, but rather penetrate its inner core in their interpretations and do their part to see that the aims of the lawmaker are realized.” Thus, for example, the German Supreme Court concluded that a law forbidding “sexual intercourse” between Germans and Jews “is not limited to coition. . . . A broad interpretation is . . . appropriate in view of the fact that the provisions of the law are meant to protect not only German blood but also German honor. This requires that in addition to coition, all such sexual manipulations—whether actively performed or passively tolerated—that have as their aim the satisfaction of one partner’s sex drive in a manner other than the completion of coition, must cease between Jews and citizens of German or related kinds of blood.” A lower court went so far as to conclude that kissing could take “the place of normal sexual intercourse” and therefore violate the statute, in such a way as to justify a two-year jail sentence. After the war, the Allied forces faced a range of choices about how to reform the German legal system. One of their first steps was to insist on a formalistic, “plain meaning” approach to law. “[S]uch laws enacted in the Hitler period as had not been voided were to be interpreted in accordance with ‘the plain meaning of the text and without regard to objectives or meanings ascribed in preambles or other pronouncements.’” Cf. SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically?, 1999, The University of Chicago – The law school. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/publications>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

75 A propósito, não se pretende cair aqui no chamado “reductio ad Hitlerum”, embora essa seja uma estratégia argumentativa usada por aqueles que combatem um regime calcado na lei, tornando pejorativa alguma coisa ao dizer que ela foi utilizada pelo regime de Hitler. Neste sentido, observe-se que falácia por falácia, havia adeptos da lei e adeptos de “superação” da lei. As duas observações, de pretensão pejorativa, acabam por se anular reciprocamente. A propósito, sobre a “reductio ad Hitlerum”, Confira-se, a este propósito: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999. p. 225; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 257-264; COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. Positivismo Jurídico e autoritarismo político: a falácia da reductio ad Hitlerum. Em: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional*: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2006. p. 103-128.

As críticas acima indicadas são pautadas no contexto da interpretação do direito, do acontecer do fenômeno jurídico. Do exercício propriamente dito da jurisdição constitucional. Evoluindo no raciocínio, a crítica também pode ser desenvolvida a partir de uma perspectiva estritamente democrática; é dizer, uma crítica que concerne às conformações (ou deformações) do desenho institucional da República; ainda mais especificamente quanto à representação política. Sob essa perspectiva, Hans Kelsen e Robert Dahl são fontes incontornáveis, concorde-se ou não com elas.

Kelsen nos diz que a característica basilar da democracia é a síntese entre igualdade e liberdade.⁷⁶ Liberdade pelo impulso inato da natureza humana. “É a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela contra a sociedade.”⁷⁷ O postulado da igualdade como corolário da experiência histórica a nos ensinar que “se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade.”⁷⁸

Como se vê, a ideia central contida já no primeiro capítulo da obra *A democracia reside na tentativa de sintetizar os dois princípios cuja interdependência é precisamente a principal característica da democracia: igualdade e liberdade. O que se procura demonstrar é a evolução do que chamou de liberdade da anarquia (liberdade natural do homem primitivo) até a liberdade da democracia. Na sua defesa da democracia e da liberdade possível Kelsen argumenta que, se de fato deve haver uma sociedade-Estado, então deve necessariamente haver um poder que regule essa organização social. E, nesse cenário, “se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos.”⁷⁹ E é dentro dessa circunstância que reside o conflito insolúvel e inevitável entre a liberdade individual e a ordem social – questão central a partir da qual são elaboradas todas as premissas e conclusões desse primeiro capítulo da obra do Mestre de Viena.*

O homem é livre apenas dentro dos laços que o une à coletividade. Ou seja, a liberdade coletiva (ordem social) tem precedência, devendo valer objetivamente e independentemente da vontade singular dos indivíduos que se submetem à essa sociedade-Estado. Essa é a conclusão que se chega em razão da premissa kelseniana de que a democracia opera de acordo

76 KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

77 *Ibidem*, p. 27.

78 *Ibidem*, p. 27.

79 *Ibidem*, p. 27

com o princípio majoritário que, a despeito de estar sujeito a eventuais aperfeiçoamentos, é um princípio primeiro, fundamento da própria ideia de regime democrático.

É determinante para o raciocínio que aqui se quer construir, lembrar que Kelsen fundamenta o princípio majoritário não na ideia de que a maioria é mais forte e, portanto, tem mais poder. Essa ideia mecanicista é afastada pelo Mestre como um argumento defeituoso que fragiliza a democracia por fundamentar o raciocínio dos seus detratores. O fundamento do princípio majoritário que, esse sim, deve valer, é o de que, “se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles.”⁸⁰ O fundamento, portanto, é o do máximo grau de liberdade.

A liberdade é, de fato, um elemento central dos regimes democráticos. Bobbio, demonstrando a correção dessa afirmativa, nos ensina que a democracia moderna apenas vingou aonde os direitos de liberdade foram assegurados constitucionalmente.⁸¹ O usufruto desses direitos de liberdade ocorre, de forma basilar, pelo exercício da cidadania através do sufrágio. A despeito da existência de inúmeros outros instrumentos de atuação da sociedade civil na influência dos rumos políticos da República, o voto é o mais básico e mais importante deles. A existência de eleições livres segue sendo, como já vaticinava Bobbio na década de 80, a exclusiva forma de real atuação democrática.⁸²

Dentro desse raciocínio, e tratando-se a nossa de uma democracia prioritariamente indireta, os partidos políticos se apresentam como “únicos sujeitos autorizados a funcionar como elos de ligação entre os indivíduos e o governo.”⁸³ Ainda que não sejam os únicos canais de reverberação da sociedade civil, os partidos políticos ocupam posição de protagonismo na nossa democracia. Detêm, assim, uma legitimidade democrática ontológica, inata, inerente à sua própria existência e natureza. Dessa forma, as incursões

80 KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 32.

81 Nesse sentido: “Jamais será suficientemente advertido, contra toda tentação organicista recorrente (não estranha ao pensamento político de esquerda), que a doutrina democrática repousa sobre uma concepção individualista de sociedade. No que não difere do Liberalismo, de resto (ver capítulo ‘Liberalismo velho e novo’). Isto explica porque a democracia moderna se desenvolveu e hoje exista apenas onde os direitos de liberdade foram constitucionalmente reconhecidos.” Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 13.

82 *Ibidem*, p. 11.

83 *Ibidem*, p. 12.

do Poder Judiciário na esfera de funcionamento dos partidos políticos, notadamente em temas afeitos à aguardada reforma política, deveriam ser sobremaneira cautelosos.

A sua interferência nesse nicho de funcionamento estritamente político deveria sempre ter o respaldo de uma determinação expressa de lei ou do texto constitucional. Diferentemente do que se observou por ocasião dos casos de fidelidade (MS. 26.602, 26.603, 26.604, e, ADI's 3999, 4086 e 5081) e verticalização (ADI's 2626 e 2628; TSE, Resolução n. 20.993) partidárias, ocasiões em que o Judiciário atuou de modo não a superar flagrante inconstitucionalidade, mas a corrigir, conforme vemos, meras imperfeições ou inconveniências do nosso sistema representativo.

Como se viu também, a própria concepção da função Constitucional do Supremo Tribunal Federal está equivocada. Percebeu-se isso nos debates ocorridos já poucos dias depois da promulgação da Constituição, em 1990 entre os ministros Moreira Alves e Paulo Brossard, bem como nas observações equivocadas de que o STF seria uma renovada espécie de Poder Moderador, ou de Poder Constituinte Reformador, nas reflexões de Oscar Vilhena Vieira sobre o voto do ministro Celso de Melo, além das argumentações do ministro Roberto Barroso na ADI 5081.

Quando atua nesse sentido, o Judiciário se arroga da tutela do cenário político, como um agente de political improvement que, tutelando os partidos políticos, tutela o próprio cidadão numa desconsideração do espaço de construção política do Direito, de disputa legítima de interesses inerente aos regimes democráticos. Vale dizer, o Poder Judiciário (STF e TSE) atuou como se absurdo fosse “imaginar que se possa confiar que as pessoas comuns entendam e defendam seus próprios interesses, quanto mais os da sociedade em geral.”⁸⁴ É essa a ideia primeira de Guardiania, segundo desenvolvida por Robert Dahl, como a maior ameaça aos regimes democráticos. É um regime que contesta o pressuposto mais elementar da democracia: o fato de que as pessoas são competentes para governar a si próprias.⁸⁵

Desse modo, a partir desse referencial teórico é que nos parece possível afirmar que o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, vem se arrogando da qualidade de Guardiã da República, não apenas, mas também nos temas concernentes à reforma política. É pertinente lembrar,

84 DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro, São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 77.

85 *Ibidem*, p. 82.

contudo, que, conforme vemos, a Emenda Constitucional n. 52/2006 foi uma resposta do Parlamento à ingerência do Tribunal nos espaços que deveriam ser de conformação prioritariamente política.⁸⁶ E aí se encontra a atualidade das lições extraídas dos casos analisados de verticalização e fidelidade partidárias.

Parece haver, nesse sentido, uma patente incompreensão do significado da expressão “guardião” prevista no art. 102 da Constituição. Ela significa apenas e tão somente que o Supremo Tribunal irá velar (assim como vaticinando por Rui Barbosa, que desenhou o Tribunal como uma sentinela⁸⁷) pela guarda do texto, tal e qual construído pelo Constituinte originário, ou modificado pelo derivado, mas em nenhuma hipótese significa o tipo de guardiania da qual nos fala Robert Dahl⁸⁸, um tipo completamente diferente da guardiania de que discutiam Hans Kelsen⁸⁹ e Carl Schmitt⁹⁰ sobre quem deveria ser “o guardião da Constituição”, o Führer ou o Tribunal Constitucional.

86 Para evidenciar que a EC 52/2006, que na Câmara dos Deputados tramitou como PEC 548/2002, foi uma resposta clara do Parlamento ao Judiciário, basta a leitura dos Pareceres dos Deputados José Ivo Sartori, em que afirma que “o escopo da proposta é reafirmar a autonomia dos partidos políticos para se coligarem e afastar qualquer interpretação que induza a verticalização compulsória de coligações, como ocorreu quando da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n° 715-DF, cujo conteúdo indicava que a verticalização seria obrigatória nas eleições de 2002, subordinando as alianças de partidos realizadas nas circunscrições de âmbito estadual ou distrital àquelas estabelecidas na eleição presidencial.”; ou, ainda, do Deputado Inaldo Leitão em que afirma que: “A proposta sob comento revela o propósito de fixar a melhor inteligência ao § 1º do Art. 17 da Constituição Federal, espancando qualquer dúvida quanto ao alcance da norma e restabelecendo a liberdade e autonomia dos partidos políticos em face da discutível decisão do Tribunal Superior Eleitoral que, através de resolução, impôs a verticalização nas coligações partidárias nas eleições de 2002.” Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 25 abr. 2015.

87 Cala forte, ou deveria calar forte, a retumbante frase de Rui: “Como todas estas calamidades se reduzem à inobservância da lei, e têm na inobservância da lei a sua causa imediata, não estranhareis que para elas vos chame a atenção numa solenidade como esta. Bem fora estou de vos querer arrastar ao campo onde se embatem os partidos, e debatem as suas pretensões. Ao poder não aspirais, e o melhor de vossa condição está em nada terdes com o poder. Mas tudo tendes com a lei. Da lei depende essencialmente o vosso existir. Vosso papel está em serdes um dos guardas professos da lei, guarda espontâneo, independente e desinteressado, mas essencial, permanente e irredutível. Fora da lei, nossa Ordem não pode existir senão embrionariamente como um começo de reivindicação da legalidade perdida”. Cfr. BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. Trabalhos Jurídicos. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLI, tomo IV, Original de 1914). Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. p. 223-258.

88 DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro, São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 78.

89 KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Em: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

90 SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

O indispensável apego à legalidade, à força da lei, é a lógica pela qual no sistema brasileiro se atribui ao Supremo aquele a quem deve estar incumbida a prolação da última palavra em termos de proteção do sistema Constitucional, nas palavras de 1914 proferidas por Rui Barbosa. A referida lógica é de “proteção” da legalidade Constitucional.

Assim, na realidade a última palavra acaba sendo a primeira palavra, aquela que é externado pelo povo, diretamente ou através de seus representantes eleitos, e só essa interpretação, deitada por Rui Barbosa⁹¹, possui de fato apego a historicidade do desenvolvimento da Suprema Corte, e se coaduna com o regime democrático, pois de outra maneira teremos franqueadas e disponíveis as ensanchas para conselhos de sábios, de salvação pública, salvadores da pátria autoatribuídos, mas jamais um sistema que se pretenda democrático.

Até porque tal noção de “última palavra” não é uma guerra de todos contra todos. Tendo como premissa a preservação da legalidade constitucional, como forma de não se desmoralizar e transformar o judiciário em um jogoete, é que se estabelece a questão de uma última palavra nesses exatos termos: preservação da Constituição, e não a sua desfiguração elementar.⁹²

91 A conjugação da legalidade (nota 89, supra), com a seguinte passagem sequencial do mesmo Rui Barbosa: “Mas a política destes últimos tempos, como quem sente dia-a-dia abrir-se-lhe a vontade no lauto banquete dos abusos, não se detém com embaraços, quando o estômago lhe afeta um bocado régio; e bem pouco é para as goelas do seu arbítrio uma instituição constitucional, quando se pode sorver e sumir de um trago no bucho pantagruélico de uma situação useira e vezeira em devorar leis, tesouros e constituições. Tanto vai dos homens que fundaram este regímen aos que o estão gargantuando, tanto da democracia jurídica, em que, há vinte e cinco anos encarávamos o nosso ideal, à demagogia anárquica, misto de cesarismo e indisciplina, pretorianismo e jacobinismo, em que os ideais de hoje supuraram o seu vírus. Aqueles faziam da justiça a roda-mestra do regímen, a grande alavanca da sua defesa, o fiel da balança constitucional. Estes, se lograssem o que intentam, reduziriam o Supremo Tribunal a uma colônia do Senado. Em vez de ser o Supremo Tribunal Federal, qual a nossa Constituição o declarou, o derradeiro árbitro da constitucionalidade dos atos do Congresso, uma das Câmaras do Congresso passaria a ser a instância de correição para as sentenças do Supremo Tribunal Federal”. Cfr. BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. *Trabalhos Jurídicos. Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLI, tomo IV, Original de 1914). Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. p. 231.

92 Veja-se, a partir das premissas anteriores (notas 89 e 93, Supra), a observação sobre a última palavra atribuída ao Supremo: “Pois, se da política é que nos queremos precaver, buscando a justiça, como é que à política deixaríamos a última palavra contra a justiça? Pois, se nos tribunais é que andamos à cata de guarda para os nossos direitos, contra os ataques sucessivos do Parlamento ou do Executivo, como é que volveríamos a fazer de um destes dois poderes a palmatória dos tribunais?”. Cfr. BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. *Trabalhos Jurídicos. Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLI, tomo IV, Original de 1914). Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. p. 231.

A noção de última palavra (“last word”, “final say”) está presente desde o caso *Marbury v. Madison*⁹³, de 1803, que fica claro o sentido expresso de que se trata de preservação da “legalidade Constitucional”, e não criação política judiciária “invencionista”, considerando-se ainda dois fatores: as tradições distintas entre a Suprema Corte americana (common law) e o Supremo Tribunal Federal, que no projeto que saiu literalmente da mão de Rui Barbosa, e estava influenciado pela noção de legalidade constitucional (cumprir e fazer cumprir).⁹⁴

Se a manifestação do Parlamento é contada em votos, a resposta oferecida ao Poder Judiciário por ocasião da EC 52/2006 foi clara: a votação da Proposta de Emenda Constitucional teve, no Senado Federal, um escore de 60 aprovações, 4 reprovações e apenas 2 abstenções no primeiro turno, e de 57 aprovações, 5 reprovações e 1 abstenção em segundo turno.⁹⁵ Na Câmara dos Deputados a votação seguiu toada um pouco mais amena, mas ainda assim contundente: em primeiro turno 343 aprovações, 143 reprovações e 1 abstenção e, em segundo turno, 329 aprovações, 142 reprovações e 0 abstenções.⁹⁶ Desse modo, a bem sucedida empreitada de alterar a interpretação judicial pela via política, “demonstrava claramente a resistência em aceitar a decisão de outro poder e iniciava uma espécie de queda de braço pela legitimidade de regulador da competição político partidária.”⁹⁷

Há que se concordar com Luís Carlos Martins Alves Jr. quando afirma que, se por um lado na hipótese da “verticalização partidária” o Parlamento anulou uma decisão judicial com uma manifestação política, já quando da decisão pelo STF do caso da “fidelidade partidária”, “o Congresso nada fez, porquanto a decisão judicial atendia aos interesses dos maiores partidos com representação nas Casas legislativas.”⁹⁸ Esse

93 Veja-se, a propósito, a famosa frase do caso *Marbury v. Madison*: “It is emphatically the duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret the rule. If two laws conflict with each other, the Court must decide on the operation of each. If courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply”.

94 NOGUEIRA, Rubem. Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 17, n. 67, jul./set. 1980.

95 BRASIL. *Senado Federal*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

96 BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

97 MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, p. 438. nov. 2009.

98 ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O sistema partidário e a reforma política: uma breve análise acerca da estrutura normativa e da dinâmica constitucional dos partidos políticos e do regime representativo brasileiro*. Texto apresentado por ocasião de palestra proferida na Segunda Reunião de Membros do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, realizada em 23.4.2015, dentro do ciclo de palestras sobre “Reforma Política, Corrupção e Financiamento de Campanha”. Brasília: UniCEUB, 2015.

raciocínio nos leva a concluir que as decisões do Supremo Tribunal Federal, conquanto nitidamente reformadoras das regras da disputa política, devem manter-se apenas na medida em que aceitável da perspectiva majoritária do Parlamento. Essa parece ser uma lição bastante atual em vista da turbulência política pela qual passa a República. Atento à virulenta disputa que desde o início do ano de 2015 envolve o Poder Executivo e o Poder Legislativo, talvez fosse aconselhável ao Poder Judiciário manter-se seguro ao abrigo de uma atuação contida, pois deferente aos outros Poderes, e legítima, pois deferente ao texto da Constituição da República, respeitando-lhe a alteridade, conforme determina o seu art. 102; deixando neoconstitucionalismos, assim, para ideário acadêmico.

3 CONCLUSÕES

Já há algum tempo, o então recém empossado ministro Barroso deu entrevista à Folha de São Paulo em que, tratando do tema reforma política, afirmou: “não está funcionando, nós temos que empurrar a história. Está emperrado, nós temos que empurrar.”⁹⁹ O entendimento externado por Barroso nessa entrevista ficou conhecido como “o Judiciário como o motor da história.” Metáfora semelhante encontramos em texto de Borges de Oliveira em que defende o papel dos Tribunais constitucionais na “correção de rota da crise da democracia representativa.”¹⁰⁰ Vale dizer, acaso vitoriosos os dois entendimentos, teríamos o Judiciário não apenas como a própria força motriz da evolução histórico-política da nossa comunidade, mas, também, detentor do leme direcionador dos rumos da República com autoridade para recolocar-nos na rota que os 11 (onze) ministros entendam como a mais adequada.

É evidente o reconhecimento que aqui se faz do importantíssimo papel que o Judiciário, no geral, e que Supremo Tribunal Federal, no particular, desempenham na nossa democracia. Contudo, por todos os argumentos que foram apresentados neste texto, o entendimento de “motor” e “leme” da nação parece ser, sem ingressar no mérito da “boa-intenção” dos seus idealizadores, um entendimento antidemocrático e com franco talento para o autoritarismo.

99 BARROSO, Luís Roberto. Inércia do Congresso traz riscos para a democracia. *Folha de São Paulo*, Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2014.

100 OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Ativismo judicial e o papel das Cortes constitucionais nas correções de rota da crise da democracia representativa. *Direito Público*, v. 01, n. 40, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

Nessas disputas por espaço e poder político, notadamente nessa verdadeira disputa de “Titãs”, cremos que as apostas mais seguras serão aquelas que levem em consideração a explicitação do texto constitucional acerca de qual o locus do verdadeiro Poder, e por meio de quem ele é exercido (art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República).

REFERÊNCIAS

ALVES Jr., Luís Carlos Martins. *O sistema partidário e a reforma política: uma breve análise acerca da estrutura normativa e da dinâmica constitucional dos partidos políticos e do regime representativo brasileiro*. Texto apresentado por ocasião de palestra proferida na Segunda Reunião de Membros do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, realizada em 23.4.2015, dentro do ciclo de palestras sobre “Reforma Política, Corrupção e Financiamento de Campanha”. Brasília: UniCEUB, 2015.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica do Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 25 jul 2014.

BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. *Trabalhos Jurídicos. Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLI, tomo IV, Original de 1914. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. Inércia do Congresso traz riscos para a democracia. *Folha de São Paulo*, Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2014.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. *Parecer n. 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR*, de 25 de julho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3999/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4086/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.626/DF*, relator min. Sydney Sanches.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.628/DF*, relator min. Sydney Sanches.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.927/DF*, Relator ministro Moreira Alves.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 31/DF*, relator min. Teori Zavascki.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 4.733/DF*, relator min. Ricardo Lewandowski.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.916/DF*, relator ministro Carlos Madeira.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.941/DF*, relator ministro Aldir Passarinho.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.602/DF*, relator ministro Eros Grau.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603/DF*, relator ministro Celso de Mello.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604/DF*, relator ministra Cármen Lúcia.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário Eleitoral 12.369/DF*, relator ministro Laudo de Camargo.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398/DF – Resolução n. 22.526*, relator min. Cesar Asfor Rocha.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.993 - Instrução n. 55, Classe 12ª*. Relator ministro Fernando Neves.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 715/DF*, Relator ministro Garcia Vieira.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 1.841, de 7.5.1947*. Relator ministro Professor Sá Filho.

COELHO, I.M. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Edição Especial (Ativismo Judicial), v. 5, n. 2, 2015.

_____. Arbitragem, Mediação e Negociação: A Constitucionalidade da Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 219, jan./mar. 2000.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. Positivismo Jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. Em: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2006.

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

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

FRANK, Jerome. *Civil Law Influences on the Common Law: Some Reflections on "Comparative" and "Contrastive" Law*. Univ. of Penn. L. Rev, v. 104, n. 7, 1956.

HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: interpretation in historical perspective. *Journal of Law & Policy*, v. 4, 2000.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? Em: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, nov. 2009.

MOOREHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay - Concurring and Dissenting Opinions. *American Bar Association Journal*, v. 38, n. 10, 1952.

NOGUEIRA, Rubem. Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 17, n. 67, jul./set. 1980.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Ativismo judicial e o papel das Cortes constitucionais nas correções de rota da crise da democracia representativa. *Direito Público*, v. 01, n. 40, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. Triângulo da Violência Argumentativa - Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais: Decisão Monitorada em uma Democracia Monitória. *Civil Procedure Review*, v. 5, n. 2, may-aug, 2014.

PAGE, Martin. *A primeira Aldeia Global: como Portugal mudou o mundo*. 13. ed. Tradução de Gustavo Palma. Alfragide: Casa das Letras, 2014.

RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, v. 114, 2014.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWARZ, Roberto. As ideias fora do lugar. Em: Schwarz, Roberto. *Ao Vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*, 6. ed. São Paulo: 34, 2012.

STEWART, David O. A Chorus of Voices. *American Bar Association Journal*, v. 77, n. 50, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 132, dez. 2013.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. revista, modificada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. *Must formalism be defended empirically?* 1999, The University of Chicago – The law school. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/publications>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

VALLS, Luiz. *BROSSARD - 80 Anos na História Política do Brasil*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. *Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (1930-dias atuais)*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *A Constitucionalização do Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.