



ISSN 2447-9403

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA
DEMOCRÁTICA

VOLUME 1 · 2015

O PODER JUDICIÁRIO E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CAMPO POLÍTICO-ELEITORAL: O CASO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo¹

RESUMO

No presente estudo, focaliza-se a interpretação constitucional, realizada pelo Poder Judiciário, no campo político-eleitoral. Aborda-se a evolução dos direitos fundamentais e o papel do Poder Judiciário no século XXI. Examina-se o Estado Constitucional e a interpretação constitucional, segundo Peter Häberle. O tema tratado é de grande importância, na medida em que a extensão e os limites, para a atuação do Poder Judiciário, encontra-se na Constituição. Por consequência, demonstra-se que o Supremo Tribunal Federal analisou o caso paradigmático da fidelidade partidária, valendo-se de interpretação constitucional que prestigia os fundamentos do Estado Democrático de Direito, consubstanciados pela soberania e pelo pluralismo político, nos termos do artigo 1º, incisos I e V, da Constituição Federal, dentre outros, preservando-se, assim, o direito de representação proporcional.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Interpretação constitucional 2. Poder Judiciário
3. Direito eleitoral 4. Democracia

1 Introdução

No presente trabalho, procuraremos demonstrar o papel do Poder Judiciário em nosso Estado Constitucional de Direito e a importância da interpretação concretista, principalmente no campo político-eleitoral.

Para tanto, abordaremos o constitucionalismo e o papel do Poder Judiciário no século XXI, bem como a evolução dos direitos fundamentais. Posteriormente, analisaremos a interpretação constitucional concretista, segundo Peter Häberle. Em seguida, discutiremos sobre o caso paradigmático de natureza política-eleitoral, referente à infidelidade partidária.

Neste estudo, pretendemos demonstrar que a atuação concretizadora do Poder Judiciário não malfez o princípio da separação dos poderes.

Registre-se, outrossim, que não temos a pretensão de esgotar a matéria sob exame, mas tão-somente de trazê-la ao debate.

Nesta seara, tem-se que a atuação do Poder Judiciário, o qual é incitado a atuar

¹ Juíza Federal em São Paulo. Doutoranda em Direito do Estado pela PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP e Especialista em Direito Público pela PUC-SP

em casos com vistas a concretizar direitos fundamentais, é alvo de inúmeras críticas, sob o fundamento de não se tratar de um poder soberano e eleito pelo povo, e por se temer eventual afronta ao princípio da separação dos poderes.

No entanto, pretendemos demonstrar neste estudo que se justifica a atuação mais pró-ativa dos órgãos jurisdicionais, não como substituto legislativo ou administrativo, mas sim como garantidor de direitos fundamentais do cidadão, prestigiando-se a interpretação constitucional concretista, sem olvidar do princípio da separação dos poderes e dos institutos ligados à democracia.

Para tanto, apresentaremos o caso paradigmático da fidelidade partidária, tratado no MS nº 26.602, 26603 e 26604 pelo Supremo Tribunal Federal, e procuraremos expor que o posicionamento jurisprudencial adotado no caso em tela alia-se à corrente doutrinária dos intérpretes concretistas.

Dessa forma, estudaremos o constitucionalismo e o papel do Poder Judiciário no século XXI, a evolução dos direitos fundamentais, a interpretação constitucional concretista, segundo Peter Häberle, com a finalidade de demonstrar como o caso paradigmático de natureza política-eleitoral acima citado se subsume à essa corrente doutrinária e preserva a democracia representativa.

2 O Constitucionalismo e os direitos fundamentais

2.1 Constitucionalismo inglês

A Magna Carta de 1215 surge na Inglaterra, constituindo-se no primeiro registro de limitação do poder do soberano, com o objetivo de garantir direitos aos cidadãos ingleses perante a lei.

Nessa época, o devido processo legal aparece, para que o baronato tivesse a proteção da “law of the land”, a lei da terra, ou a “rule of the land”.

Figueiredo (2003, p. 138) revela que “os senhores feudais deveriam conhecer qual era a lei a seguir, a se submeter. Mas verifica-se que ainda o devido processo legal tinha conteúdo meramente formal. Formal e sem a expressão, com que, depois, passaria do Direito Inglês para as Colônias Americanas e, mais tarde, para a Federação Americana”.

Além do advento da cláusula do devido processo legal, como acepção meramente formal, na Magna Carta, em 1215, escrita em latim, já que, nesse período, fazia-se a lei, cumpria-se a lei, mas a lei era o que o soberano ditava; também se procurou assegurar o direito de propriedade e o direito de locomoção dos cidadãos.

Inicia-se um comportamento estatal para assegurar direitos e garantias aos cidadãos.

Após o advento da Magna Carta de 1215, aparecem inúmeros documentos que procuravam limitar o poder do monarca. No século XVII, na Inglaterra, exsurge o “habeas- corpus”, com o objetivo de assegurar o direito de locomoção dos cidadãos, e o “Bill of Rights”. Assim, limita-se o poder do soberano e se confere ao Legislativo a atribuição da elaboração das leis.

2.2 Constitucionalismo norte-americano

Em 1776, tem-se o advento da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, primeira Constituição escrita que se tem conhecimento.

O Estado Constitucional manifesta-se, em 1787, com a Constituição dos Estados Unidos da América, na qual se assegura a idéia de supremacia da Constituição e a garantia jurisdicional: o Judiciário é o principal encarregado de garantir a supremacia da Constituição.

Inicialmente, vale registrar que os puritanos ingleses, insatisfeitos com a política desenvolvida pela Coroa Inglesa, partiram para o novo Mundo (América do Norte), criando, no navio Mayflower, um contrato dos colonos, no qual são definidos seus direitos e deveres.

Na América, esses colonos têm a intenção gradual de declarar sua independência da Inglaterra. Inicialmente, os entes confederados se revoltam pela falta de representatividade no Parlamento inglês, no que concerne, principalmente, às questões tributárias, manifestando intenções de se libertarem da Coroa Inglesa, o que culmina com a Declaração de Independência, escrita por Thomas Jéfferson.

Em 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América é aprovada, com inúmeros princípios, dentre eles, o princípio da tripartição de poderes e a previsão de eleições periódicas.

O Poder Judiciário desponta como um poder independente. A linha teórica de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Charles de Montesquieu fez desenvolver a Carta de Direitos dos Estados Unidos, cuja proposta era emendar a Constituição Americana, fato este que teve início em 1791 e perdurou por quase duzentos anos, trazendo importantes consequências ao reconhecimento de Direitos e Garantias Fundamentais nos Estados Unidos da América, constituindo o “Bill of Rights”.

Assim, são aprovadas de dez emendas à Constituição, com a finalidade de detalhar os princípios contidos na Constituição dos Estados Unidos. Tem-se, por consequência, um modelo de Estado Constitucional, com uma Constituição rígida e suprema, no qual o órgão garantidor da Constituição é o Poder Judiciário.

Santos (2003, p. 187) revela que “o prestígio da Suprema Corte é fornecido por sua ‘independência, força e idoneidade moral de seus membros’. É a guardiã da Constituição Americana, símbolo da unidade política nacional e de seus valores”.

Figueiredo (2003, p. 138) disserta que:

É, todavia, depois das Emendas V e XIV que o devido processo legal toma outro corpo. A Emenda V deixa claro que os direitos à liberdade e à propriedade obedecem ao devido processo legal, o “due process of law”. Mas ainda persiste o caráter formal durante a Emenda V.

Na Emenda XIV há grande transformação. Isso porque já não mais se fala apenas do devido processo legal, mas na igual proteção da lei: “equal protection of law”. Então, depois da Emenda XIV, sobretudo com a aplicação que a Suprema Corte Americana faz da cláusula, dá-se abrangência muito maior. O devido processo legal passa a significar a “igualdade na lei”, e não só “perante a lei”.

Em sendo assim, pensamos que o modelo americano é paradigmático, porque, desde então, o controle de constitucionalidade difuso, combinado com o modelo concentrado, restam preservados.

Outrossim, no modelo americano, a jurisdição tem o poder de dizer o Direito com força vinculante, na medida em que o precedente deve ser observado por todos e de forma imediata.

2.3 Constitucionalismo francês

A França também procurou conter o Poder do Soberano e criar um Parlamento livre, através da aprovação, em 1789, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (liberdade-igualdade-fraternidade).

Em 1791, o preâmbulo da Constituição Francesa traz a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, consagrando direitos fundamentais de primeira geração (liberdade) e de segunda geração (igualdade material), bem como a separação dos poderes.

Na França, a Constituição se aplica na medida da lei, já que o legislador é quem diz o Direito, e não a Constituição, não cabendo, por consequência, ao Judiciário limitar o Poder Legislativo.

Em 1804, desponta o Código de Napoleão, o qual rende ensejo ao aparecimento de uma concepção legalista e literal, garantindo-se a supremacia da lei e a manutenção dos interesses da burguesia.

Assim, a fonte do Direito, anteriormente feita pelo monarca, ou pela Igreja, passa a ser feita pelo legislador. Na falta da lei, utilizava-se das fontes delegadas do Direito, constituídas pela analogia e costumes, possibilitando-se, dessa forma, o controle do Direito pela burguesia.

Neste passo, exsurge a corrente exegética do Direito, cabendo ao Juiz ler o Direito, para bem aplicá-lo.

Cuida-se da interpretação literal do Direito. Anote-se que essa aderência ao que está escrito na lei é o oposto do que ocorre nos Estados Unidos da América, em que o Direito só surge quando há uma decisão judicial.

2.4 Constitucionalismo contemporâneo (fraternidade)

Com o fim da II Guerra Mundial, surgem os direitos de terceira geração (fraternidade): direitos transindividuais ou meta-individuais.

Trata-se do constitucionalismo contemporâneo, no qual as constituições começaram a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo, com a rematerialização constitucional, com extenso rol de direitos fundamentais, reconhecendo-se a força normativa da Constituição.

Assim, sob essa nova concepção, tem-se uma Constituição rígida com força normativa, dispondo de ferramentas que controlam a constitucionalidade de leis e atos. Cabe, portanto, ao Juiz no Estado Constitucional fazer a leitura da lei de acordo com a Constituição Federal.

De acordo com Tavares (2012b, p. 64), constata-se que a ideia de supremacia da

Constituição contra as vontades passageiras e arbitrárias do legislador em detrimento dos direitos fundamentais ocorre como uma alternativa ao modelo legalista que entra em crise no início do século XX e como uma resposta aos abusos ocorridos após a II Guerra Mundial. A lei deixou de ser o paradigma que predicava o revolucionário liberal.

O mesmo autor diz que:

Nesse sentido, a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar a criação de um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações de direitos que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade procuravam assegurar o indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado). (TAVARES, 2012b, p. 65).

O referido autor conclui, no sentido de que essa contraposição entre democracia e direitos fundamentais acabaria por legitimar uma atuação menos circunstancial do juiz constitucional e que vai se expandir para outras áreas além dos direitos fundamentais (TAVARES, 2012b)

3 O Princípio da separação dos poderes e o papel do Poder Judiciário no século XXI

Pedro Lessa (2003, p. 1) revela que se reduzem a três os principais caracteres distintivos do Poder Judiciário: (1º) as funções de árbitro são desempenhadas a partir do surgimento de um pleito, ou uma contenda; (2º) somente se pronuncia acerca de casos particulares, não se manifestando sobre normas em abstrato ou princípios; (3º) age apenas provocado, não tendo iniciativa.

O mesmo autor assevera que o Poder Judiciário se diferencia dos Poderes Legislativo e Executivo pela natureza da função por ele exercida, e não pela natureza da matéria.

Pedro Lessa destaca que uma só matéria pode ser legislativa, executiva e judicial. Será legislativa, caso tenha que ser regulada por lei. Se for necessário executar a lei, será matéria executiva, ou administrativa. E se der origem a contendas, ou contestações, concernentes à aplicação da lei, a matéria será judicial. (LESSA, 2003, p. 2).

Tavares (2012a, p. 23) disserta que a teoria da separação dos poderes está assentada na premissa de não convir que um poder se sobreponha a outro: os poderes (órgãos) devem trabalhar no mesmo nível, primando por uma atuação harmônica e autônoma e não conflituosa e separatista.

Entretanto, o mesmo autor revela que, ao longo da história mundial das instituições, houve uma nítida e constante supremacia do Legislativo e Executivo. Ao Judiciário restou um papel secundário e, em muitas circunstâncias, subserviente ou omissão. (TAVARES, 2012a, p. 23).

Referido autor anota que as causas dessa omissão do Poder Judiciário emergem

de variadas situações: (1) No Continente Europeu, no Absolutismo, no Judiciário atuava como um braço do rei. Fazia-se Justiça em nome do rei; (2) A timidez do Judiciário pode ser explicada pela circunstância de ser um poder reativo e não ativo: seu atuar sempre esteve condicionado à provocação do cidadão ou do interessado. Numa perspectiva diacrônica, o atuar e importância do Judiciário só podiam ser diminutos; (3) A natureza individual das contendas também justifica o acanhamento inicial do Poder Judiciário, porque os interesses em jogo eram particulares e a repercussão social das decisões era desconhecida da maior parte da sociedade, só sendo acessada por um pequeno grupo de pessoas. (TAVARES, 2012a, p. 23-4).

De acordo com o mesmo autor, com a consolidação do Estado de Direito do final do século XVIII, o papel secundário, subserviente ou omissão do Poder Judiciário sofre uma drástica mudança, sendo sua mais notável consequência a encampação de todas as condutas humanas dentro do espectro do Direito positivado (TAVARES, 2012a, p. 24).

Os textos legais passaram a se valer de uma peculiar técnica de redação, para que fosse possível encerrar sobre a sombra da lei um sem-número de condutas, usando termos imprecisos e abstratos, os quais buscariam evitar um engessamento do alcance legal, sem perda da segurança jurídica almejada desde a Revolução.

Referido autor revela que a imprecisão dos termos legais dificultou o acesso ao real significado da lei, criando contradições e lacunas, o “dever ser” imposto pela norma legal tornou-se inteligível ao cidadão comum: a chave do mundo jurídico ficou reservada aos juristas e a compreensão definitiva ao Judiciário, acarretando-lhe uma posição de maior destaque no cenário social, com maior sobrecarga de trabalho e, concomitantemente, um maior ativismo judicial se fez presente. (TAVARES, 2012a, p. 25).

A real força da decisão judicial e seu papel na construção do Direito, em contraposição à teoria subordinante do Poder Judiciário guiado pelo manto do império da lei e a subordinação do juiz, foi acentuada pelo advento do Estado Social e do Estado Constitucional.

No Estado Social, as liberdades públicas perdem sua força atrativa para os direitos sociais, pautado na igualdade de condições e oportunidades. O Estado deixa de ser um ente omissor, tornando-se um ente ativo, intervencionista: no Estado Social a regra é o agir, o prover.

Quando o Estado não age, cabe ao indivíduo incitá-lo, via Judiciário. O Estado-juiz passa a ocupar um espaço importante na realização da justiça social. Decorre daí o aumento da demanda judicial com um conflito entre os poderes praticamente inafastável.

Esse conflito entre os poderes se acentua no Estado Constitucional, no qual a pedra de toque é o controle de constitucionalidade: os atos do Executivo e do Legislativo serão submetidos ao crivo da Constituição, personificada no Judiciário, no sistema brasileiro.

Por outro lado, não podemos olvidar de que se fala em “Estado Judicial” num sentido crítico, porque o desenvolvimento de uma Justiça Constitucional e diversos outros fatores pontuais culminaram em um modelo no qual os juizes constitucionais de uma Suprema Corte, ou Tribunal Constitucional, passaram a desempenhar um protagonismo visto por alguns como “constrangedor”.

Ademais, a crítica à Justiça constitucional² na sua vertente chamada substantiva, mais ativista e menos distante dos problemas sociais, recorre frequentemente à separação de poderes.

Entretanto, segundo Barroso (2009), a judicialização nasceu do modelo constitucional que se adotou e não de um exercício deliberado de vontade política.

O mesmo autor diz que, no ativismo, há uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude (BARROSO, 2009).³

Lênio Luiz Streck assinala que “o juiz (e o operador jurídico “lato sensu”) somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição.” (STRECK, 2004, p. 250), devendo os operadores do direito ter em mente de que há, no Estado Democrático de Direito, uma tutela constitucional do processo.

Nessa seara, pensamos que a valorização e as especificidades do Direito, inerentes ao Estado Democrático do Direito, deslocam o centro de decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo em direção ao Judiciário.

Referida conclusão também se extrai do discurso de Posse do Presidente do STF, Min. Celso de Mello, ao dizer que:

Os juízes, em sua atuação institucional, não podem desconhecer a realidade insuprimível dos direitos essenciais da pessoa, trata-se de direitos de primeira, segunda ou de terceira gerações. O Poder Judiciário constitui o instrumento das liberdades civis e das franquias constitucionais.

4 O Estado-Juiz e os direitos fundamentais na legitimação do ativismo judicial

O termo “ativismo”, atrelado à ideia de um Estado judicial, ao contrário do que ocorre em outros segmentos, assumiu uma conotação negativa. (RAMOS, 2010, p. 129)⁴.

² Utilizaremos, neste estudo, o conceito de Justiça Constitucional para identificar qualquer instância ou órgão que, operando por processo judicial forme, possui o ônus da curatela da supremacia da Constituição.

³ Segundo Luís Roberto Barroso: “a judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer; sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins sociais”.

⁴ Neste passo, urge transcrever a definição de Elival da Silva Ramos, segundo o qual o ativismo judicial é “(...) exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições

Neste estudo, no entanto, compartilhamos do posicionamento de Tavares (2012a, p. 43), segundo o qual o uso do termo “ativismo” é reputado como institucionalmente relevante e adequado, uma questão conceitual, como almejamos demonstrar.

Tavares (2012a, p. 43) ensina que “como recorrência se utiliza o discurso dos direitos fundamentais, desde a teoria de Kelsen, como legitimador de uma postura não majoritária e, desde essa perspectiva, mais ativa e intervencionista da Justiça Constitucional (tribunais constitucionais, cortes supremas e o ‘judicial review’) em âmbito que seria, numa concepção clássica, exclusivamente político. Isso é recorrente na literatura nacional e estrangeira. Por isso, o ativismo judicial tem sido confundido com a judicialização da política. (...). Em nítida oposição a essa postura, são os estudos que invocam os direitos fundamentais, embora com enfoque em sua abertura semântico-material, como um obstáculo que afastaria (...) a atuação legítima do juiz constitucional.”

De acordo com o mesmo autor (TAVARES, 2012b, p. 64), constata-se que a ideia de supremacia da Constituição contra as vontades passageiras e arbitrárias do legislador em detrimento dos direitos fundamentais ocorre como uma alternativa ao modelo legalista que entra em crise no início do século XX e como uma resposta aos abusos ocorridos após a II Guerra Mundial. A lei deixou de ser o paradigma que predicava o revolucionário liberal.

Referido autor diz que:

Nesse sentido, a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar a criação de um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações de direitos que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade procuravam assegurar o indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado). (TAVARES, 2012b, p. 65).

Essa contraposição entre democracia e direitos fundamentais acabaria por legitimar uma atuação menos circunstancial do juiz constitucional e que vai se expandir para outras áreas além dos direitos fundamentais.

Em síntese, segundo Tavares (2012b, p. 66), percebe-se que a ampliação do espaço “tradicional” do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia, quer dizer, para além de um ‘legislador negativo’, na expressão cunhada por Kelsen, foi viabilizada, dentre outras ocorrências:

- i. pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos,
- ii. pela supremacia da Constituição,
- iii. pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais

subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto de legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”.

consagrados e, sobretudo,
iv. pela necessidade de retirar, do âmbito político, certas opções.

Um avanço, dentro de um espaço de segurança democrática, da atuação do juiz constitucional pressupõe uma consolidação dos métodos de trabalho dessa instância, máxime quando representada por um Tribunal Constitucional que exerça com monopólio e definitividade a defesa e implementação da Constituição, no âmbito de normas ambíguas e vagas como ocorre com os direitos fundamentais.

5 A interpretação constitucional e seu principal intérprete: o cidadão⁵

Neste tópico, trazemos à baila o problema de saber quem são, efetivamente, os intérpretes da Constituição.

Até o surgimento do método concretista da Constituição aberta, teorizado por Peter Häberle, a interpretação constitucional era atividade privatística do Estado, no seu “munus” público, que poderia conduzir a uma interpretação caracterizada por excessivo formalismo e oficialidade.

Com base na metodologia concretista desenvolvida pelo autor supra, hodiernamente, todo cidadão é intérprete da Constituição.

O método sob análise constitui um marco, em que há o abandono da visão estreita dos intérpretes da hermenêutica tradicional, na medida em que se propõe a interpretação sob dois enfoques:

lato, em que os cidadãos passam a ser os intérpretes da Constituição;
estrito, no qual os aplicadores do direito efetuam a interpretação constitucional.

Inicialmente, o mesmo autor diz que os estudiosos do Direito apenas têm questionado as tarefas, os objetivos e os métodos de interpretação constitucional, mas deixam de lado o problema relativo aos participantes da interpretação. (HÄBERLE, 1997, p. 11).

Assim, sugere que se deve olhar para os agentes formadores da “realidade constitucional”, pois entende não existir norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, nem monopólio da interpretação da Constituição.

Repudia a vinculação da teoria de interpretação constitucional a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, a qual reduz seu âmbito de investigação, por se concentrar na interpretação constitucional dos juízes de procedimentos formalizados.

Ocorre a passagem da sociedade fechada de intérpretes constitucionais para uma sociedade aberta, acompanhada de mudanças sociais, geradora de uma democracia dos cidadãos, com a conclamação dos cidadãos para efetuarem a interpretação constitucional.

⁵ Celso Bastos conceitua cidadão como: “(...) *todo o nacional na fruição dos seus direitos cívicos. Se por qualquer motivo não os tenha ainda adquirido (p. ex., em razão da idade) ou já os tendo um dia possuído veio a perdê-los, o nacional não é cidadão, na acepção técnica-jurídica do termo.*”.

Häberle compreende que:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição. (...). A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÄBERLE, 1997, p. 15).⁶

Dessa forma, relata que tanto o cidadão que apresenta um recurso constitucional, como o partido político que propõe um conflito de competência entre órgãos são intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 23).

A abertura da interpretação da Constituição aos cidadãos propicia sua concretização, na medida em que deixa de corresponder à mera folha de papel, na visão de Lassalle, que servia apenas aos detentores do poder, passando, dessa forma, a estar em correlação com os anseios populares, sendo, dessa forma, eficaz e concretista.

A teoria constitucional contemporânea se apresenta como ciência da experiência, na medida em que explicita “os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (...), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. (HÄBERLE, 1997, p. 19).

Demonstra-se, assim, que Constituição e Política são fenômenos sociais indissociáveis, pois o número ilimitado de intérpretes constitucionais reflete a necessidade democrática de integração da realidade no processo de interpretação, compondo os intérpretes esta realidade pluralista. (HÄBERLE, 1997, p. 26).⁷

O exercício da atividade do indivíduo, dos grupos sociais e dos órgãos estatais, como intérpretes do direito estatal, revela o caráter pluralista do processo de formação

⁶ “Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (...) O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. (...) A sociedade torna-se aberta livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (...), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles.”

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 13.

⁷ “O muitas vezes referido processo político, que, quase sempre, é apresentado como uma sub-espécie de processo livre em face da interpretação constitucional, representa, constitucione lata e de fato, um elemento importante – mais importante do que se supõe geralmente – da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional). Esse processo político não é eliminado da Constituição (...), ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo”. (HÄBERLE, 1997, p. 26).

e de desenvolvimento posterior da teoria da ciência, da teoria da Constituição, da democracia e da hermenêutica, em que há efetiva mediação entre Estado e Sociedade. (HÄBERLE, 1997, p. 17-8).

A democracia Canotilho (1998, p. 278)⁸ da sociedade aberta de Peter Häberle é a do povo-cidadão, “que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais” (HÄBERLE, 1997, p. 38), e não do povo-massa.

Há relativização da hermenêutica constitucional jurídica, já que “o juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada” e porque “na posição que antecede a interpretação constitucional ‘jurídica’ dos juízes (...), todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição”. (HÄBERLE, 1997, p. 41).

O novo entendimento da tarefa da interpretação, na qual “o processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto” (HÄBERLE, 1997, p. 42), contribui para uma elástica e ampliativa interpretação constitucional realizada pelos juízes, a qual acarreta a redução do campo de interpretação do legislador e a flexibilização da aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, o que legitima, por consequência, a jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de democracia. (HÄBERLE, 1997, p. 49).

O método em tela é objeto de críticas, uma vez que se de um lado arrola o cidadão como intérprete máximo da sociedade aberta, diferentemente do preconizado pelos métodos clássicos de interpretação, de outro lado “pode conduzir pela sua radicalização a um considerável afrouxamento da normatividade e juridicidade das Constituições.” (BONAVIDES, 2001, p. 466).

Paulo Bonavides sugere a adoção do método concretista desenvolvido por Peter Häberle e espera que, no Brasil, haja muitos cidadãos - intérpretes da Constituição, com o escopo de que tenhamos uma democracia de cidadãos e uma Constituição aberta e concretista. (BONAVIDES, 1985).

Luis Roberto Barroso compartilha do mesmo entendimento ao dizer que o cidadão é o maior intérprete da Constituição, uma vez que efetua a interpretação constitucional para determinar a conduta a adotar e aferir seus direitos (BARROSO,

⁸ Compartilhamos do conceito de democracia participativa, dado por Gomes Canotilho e que pode ser extraído do texto a seguir transcrito: “*Só encarando as várias dimensões do princípio democrático (...) se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em ‘ratio’ e ‘ethos’ da democracia. Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da **teoria democrática representativa** – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica **democracia participativa**, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir ‘inputs’ políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (art. 2º), a participação democrática dos cidadãos (art. 9ºc), o reconhecimento constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (art. 109º) e aprofundamento da democracia participativa (art. 2º). (...) Entre o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia como optimização de participação, a Lei Fundamental ‘apostou’ num conceito ‘complexo-normativo’, traduzido numa relação dialética (mas também integradora) de dois elementos – representativo e participativo.*”

1999, p. 119-20).

Reconhece que o processo constitucional formal não é a única forma de se realizar a interpretação constitucional, porque os cidadãos podem chegar a um consenso, a um acordo, deixando de propor ação para buscar a pacificação social perante o Poder Judiciário, pois já a atingiram consensualmente, sendo certo que, para chegarem a tal mister, primeiramente, efetuaram interpretação constitucional.

Vemos o método concretista da Constituição aberta, teorizado por Häberle, como um marco divisor de águas na teoria da interpretação constitucional, pois, além de a hermenêutica jurídica tradicional não incluir o cidadão entre as fontes interpretativas da Constituição, a ativa participação deles na interpretação constitui fator essencial na manutenção da eficácia do Texto Constitucional vigente.

Nessa linha de raciocínio, consideramos que a interpretação constitucional, a qual tem como principal intérprete o cidadão, possui um grande espectro de atuação e produção de efeitos, ao ultrapassar os limites impostos pelo processo constitucional formal.

6 A interpretação constitucional e o Supremo Tribunal Federal: o caso da fidelidade partidária⁹

O Supremo Tribunal Federal examinou a questão da infidelidade partidária nos autos dos Mandados de Segurança sob n°s 26.602/DF, 26.603/DF¹⁰ e 26.604/DF.

⁹ STF: Mandados de Segurança n° 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade n/3.999-7/DF.

¹⁰ MS 26603 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 04/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318

E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS - RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO - INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS "INTERNA CORPORIS" - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - O INSTITUTO DA "CONSULTA" NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSULTA/TSE N° 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) - APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR N° 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO

DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA “ÚLTIMA PALAVRA”, PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. - A Constituição da República, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios, que, revestidos de estatura jurídica incontestável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias. Precedentes. - A normação constitucional dos partidos políticos - que concorrem para a formação da vontade política do povo - tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunidade nacional. A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O “SISTEMA PROPORCIONAL”. - O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de “fundamento constitucional autônomo”, identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, “caput” (que consagra o “sistema proporcional”), da Constituição da República. - O sistema eleitoral proporcional: um modelo mais adequado ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, às correntes políticas, o exercício do direito de oposição parlamentar. Doutrina. - A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraude, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, 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. A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO GESTO DE DESRESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO. - A exigência de fidelidade partidária traduz e reflete valor constitucional impregnado de elevada significação político-jurídica, cuja observância, pelos detentores de mandato legislativo, representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular) quanto aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (vínculo partidário). - O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por justas razões, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem - desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas -, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular e em

frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política. A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais - notadamente o direito de oposição - que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V). - 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. **HIPÓTESES EM QUE SE LEGITIMA, EXCEPCIONALMENTE, O VOLUNTÁRIO DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO.** - O parlamentar, não obstante faça cessar, por sua própria iniciativa, os vínculos que o uniam ao partido sob cuja legenda foi eleito, tem o direito de preservar o mandato que lhe foi conferido, se e quando ocorrerem situações excepcionais que justifiquem esse voluntário desligamento partidário, como, p. ex., nos casos em que se demonstre “a existência de mudança significativa de orientação programática do partido” ou “em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou” (Min. Cezar Peluso). **A INSTAURAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO.** - O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício da competência normativa que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo, pode, validamente, editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação, instaurável perante órgão competente da Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da “analogia legis”, mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº 64/90. - Com esse procedimento de justificação, assegura-se, ao partido político e ao parlamentar que dele se desliga voluntariamente, a possibilidade de demonstrar, com ampla dilação probatória, perante a própria Justiça Eleitoral - e com pleno respeito ao direito de defesa (CF, art. 5º, inciso LV) -, a ocorrência, ou não, de situações excepcionais legitimadoras do desligamento partidário do parlamentar eleito (Consulta TSE nº 1.398/DF), para que se possa, se e quando for o caso, submeter, ao Presidente da Casa legislativa, o requerimento de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais. **INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E LEGITIMIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PRATICADOS PELO PARLAMENTAR INFIEL.** A desfiliação partidária do candidato eleito e a sua filiação a partido diverso daquele sob cuja legenda se elegeu, ocorridas sem justo motivo, assim reconhecido por órgão competente da Justiça Eleitoral, embora configurando atos de transgressão à fidelidade partidária - o que permite, ao partido político prejudicado, preservar a vaga até então ocupada pelo parlamentar infiel -, não geram nem provocam a invalidação dos atos legislativos e administrativos, para cuja formação concorreu, com a integração de sua vontade, esse mesmo parlamentar. Aplicação, ao caso, da teoria da investidura funcional aparente. Doutrina. Precedentes. **REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.** - Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. - Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. - A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. - Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na

Vale destacar que os julgamentos dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604 marcam a mudança de orientação do STF em relação à fidelidade partidária, desconstituindo a posição até então firmada, de que a mudança de partido, sem justa causa, não caracteriza hipótese de perda de mandato.

Nesta oportunidade, “(...) asseverou-se que o direito reclamado pelos partidos políticos afetados pela infidelidade partidária não surgiria da resposta que o TSE dera à Consulta 1.398/DF, mas representaria emanção direta da própria Constituição que a esse direito conferiu realidade e deu suporte legitimador, notadamente em face dos fundamentos e dos princípios estruturantes em que se apóia o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, I, II e V). Ressaltou-se não se tratar de imposição, ao parlamentar infiel, de sanção de perda de mandato, por mudança de partido, a qual não configuraria ato ilícito, não incidindo, por isso, o art. 55 da CF, mas de reconhecimento de inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo, como efeito sistêmico-normativo da realização histórica da hipótese de desfiliação ou transferência injustificada, entendida como ato culposo incompatível com a função representativa do ideário político em cujo nome o parlamentar foi eleito. Aduziu-se que, em face de situações excepcionais aptas a legitimar o voluntário desligamento partidário — a mudança significativa de orientação programática do partido e a

matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

Decisão: O Tribunal rejeitou, por unanimidade, as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir do impetrante, bem como a de impossibilidade do Poder Judiciário interferir em matéria interna e peculiar à organização dos Partidos Políticos, sujeita à reserva constitucional de estatuto, e a de impossibilidade jurídica do pedido por se embasar em consulta do Tribunal Superior Eleitoral. Por maioria, rejeitou a preliminar de ausência de liquidez e a de impossibilidade de dilação probatória em sede de mandato de segurança, vencido o Senhor Ministro Eros Grau, que as acolhia para não conhecer do writ. Em seguida foi o julgamento suspenso. Falaram: pelo impetrado, o Dr. Fernando Neves da Silva; pelos litisconsortes passivos, Átila Freitas Lira, Djalma Vando Berger e Partido Socialista Brasileiro - PSB, o Dr. José Antônio Figueiredo de Almeida Silva; Leonardo Rosário de Alcântara, Antônio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Ferreira de Arruda Coelho e Vicente Alves de Oliveira, o Dr. Eduardo Ferrão; Partido da República - PR, o Dr. Marcelo Luiz Ávila de Bessa; Partido Trabalhista Brasileiro - PTB, o Dr. Itapuã Prestes de Messias; e, pelo Ministério Público Federal o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário.

comprovada perseguição política —, haver-se-á de assegurar, ao parlamentar, o direito de resguardar a titularidade do mandato legislativo, exercendo, quando a iniciativa não for da própria agremiação partidária, a prerrogativa de fazer instaurar, perante o órgão competente da Justiça Eleitoral, procedimento no qual, em observância ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV), seja a ele possível demonstrar a ocorrência dessas justificadoras de sua desfiliação partidária. **Afastou-se a alegação de que o Supremo estaria usurpando atribuições do Congresso Nacional, por competir a ele, guardião da Constituição, interpretá-la e, de seu texto, extrair a máxima eficácia possível. (...).**”, segundo se extrai do informativo jurídico nº 1.482 do STF. (grifo nosso)

Nesta seara, vale transcrever trecho do voto da lavra do Excelentíssimo Ministro Relator Celso de Mello, nos autos do MS nº 26603, p. 50 e seguintes:

É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer no Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, em tema de interpretação constitucional, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembléia Nacional Constituinte, o monopólio da última palavra, de que falava Rui Barbosa [...].

Em uma palavra: não se pode ignorar, muito menos desconsiderar, o papel eminente que a ordem jurídica atribuiu ao Supremo Tribunal Federal em tema de interpretação da Constituição da República.

[...].

Daí a precisa observação de Francisco Campos (...), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar, inclui-se a prerrogativa de formular e revelar o próprio sentido do texto constitucional. É que – segundo a lição desse eminente publicista – “o poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”.

[...].

É importante ressaltar que essa preocupação, realçada pela doutrina, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem os princípios constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, há de ser valorizados, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatizam autores eminentes (...).

[...].

Caber fazer, ainda, uma outra observação: não se diga que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a procedência da tese acolhida, em Consulta, pelo Tribunal Superior Eleitoral, estaria usurpando atribuições do Congresso Nacional.

Decididamente, não, pois cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em sua

condição institucional de guardião da Constituição, interpretá-la e, de seu texto, extrair, nesse processo de indagação constitucional, a máxima eficácia possível, em atenção e respeito aos grandes princípios estruturantes que informam, como verdadeiros vetores interpretativos, o sistema de nossa Lei Fundamental.

[...].

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

[...].

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

[...].

Em realidade, segundo entendo, o fundamento real que justifica o reconhecimento de que o partido político tem direito 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.”

Feita a transcrição jurisprudencial acima, pensamos que a interferência judicial sobre a atividade do legislador fez surgir teorias que questionam a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, centradas na ideia de ilegitimidade dos juízes não eleitos pelo povo em detrimento dos legisladores eleitos, as quais, entretanto, não têm o condão de prevalecer.

Urge seja preservada a força normativa da Constituição, a qual não pode se constituir em mera folha de papel, devendo refletir os anseios da comunidade que está inserida.

Nesta seara, compreende-se a Constituição como um sistema aberto, que está a exigir do Supremo Tribunal Federal a necessária interpretação constitucional que respeite princípios basilares do Estado de Direito.

No caso sob análise, a resposta do Egrégio Supremo Tribunal à questão sob exame deu-se com base no próprio Texto Constitucional, com a preservação de princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito, consubstanciados no artigo 1º, incisos I e V, no que concerne à soberania e ao pluralismo político, preservando-se, assim, o direito de representação parlamentar das minorias e, por consequência, da representação proporcional.

Assim, acreditamos que, em nosso Estado Constitucional, não há lugar para o Juiz mero executor de comandos legislativos, devendo, no entanto, o Juiz Constitucional estar circunscrito aos comandos constitucionais.

Pensamos que cabe ao Juiz Constitucional a tarefa de interpretar a Constituição, sem se descuidar da observância dos princípios e mandamentos constitucionais.

Em sendo assim, acreditamos que o Congresso Nacional permanece com o monopólio de redação das leis, mas o Judiciário tem liberdade para fazer a

sua leitura, desde que não ultrapasse o sentido literal possível dos enunciados normativos, cabendo-lhe, também, proferir sentenças voltadas aos suprimentos de lacunas inconstitucionais, objetivando tutelar direitos fundamentais.

Urge, portanto, na interpretação constitucional sejam valorizados os princípios constitucionais, mantendo-se o pacto político consubstanciado no Texto Fundamental com base na compreensão de seus comandos normativos como um refletor na interação da realidade constitucional com a realidade social.

7 Conclusões

1. A ideia de supremacia da Constituição contra as vontades arbitrárias do legislador em detrimento dos direitos fundamentais ocorre como uma alternativa ao modelo legalista que entra em crise no início do século XX e como uma resposta aos abusos ocorridos após a II Guerra Mundial. A lei deixou de ser o paradigma que predicava o revolucionário liberal.
2. A consagração de direitos fundamentais pelas Constituições passou a assegurar o indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador.
3. No Estado Social, o Estado deixa de ser um ente omissor, tornando-se ativo. Quando o Estado não age, cabe ao indivíduo incitá-lo, via Judiciário.
4. O juiz (e o operador jurídico “lato sensu”) somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição, devendo os operadores do direito ter em mente de que há, no Estado Democrático de Direito, uma tutela constitucional do processo.
5. A ampliação do espaço do juiz constitucional, na tutela da Constituição e sua supremacia, foi viabilizada, dentre outras ocorrências: pela supremacia da Constituição e pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados.
6. A democracia da sociedade aberta de Peter Häberle é a do povo-cidadão, “que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais”, e não do povo-massa.
7. A abertura da interpretação da Constituição aos cidadãos propicia sua concretização, na medida em que deixa de corresponder à mera folha de papel, que servia apenas aos detentores do poder, passando, dessa forma, a estar em correlação com os anseios populares, sendo, dessa forma, eficaz e concretista.
8. Constituição e Política são fenômenos sociais indissociáveis, pois o número ilimitado de intérpretes constitucionais reflete a necessidade democrática de integração da realidade no processo de interpretação, compondo os intérpretes esta realidade pluralista.
9. O Supremo Tribunal Federal examinou a questão da fidelidade partidária com base no próprio Texto Constitucional, com a preservação de princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito, consubstanciados no artigo 1º, incisos I e V, no que concerne à soberania e ao pluralismo político, preservando-se, assim, o direito de representação parlamentar das minorias e, por consequência, da representação proporcional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Judicialização: ativismo judicial e legitimidade democrática. **Rev. Atual. Jur. : Rev. Eletr. Cons. Fed. OAB.**, n. 4, jan./fev. 2009.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BONAVIDES, P. O método concretista de “Constituição aberta”. **Rev. Dir. Const. Ciênc. Pol.**, v. 3, n. 4, p. 145-55, jan./jun. 1985.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FIGUEIREDO, L. V. Estado de direito e devido processo legal. In: **CADERNOS de soluções constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136-49.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 435 p.

RAMOS, E. S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, M. O. F. F. O controle de constitucionalidade (algumas notas e preocupações). In: **CADERNOS de soluções constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 185-96.

STRECK, L. S. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** : uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, A. R. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012b.