

3

Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

3.1

Desenho histórico da Jurisdição Constitucional brasileira

O presente item não se propõe à realização de um histórico exaustivo da jurisdição constitucional brasileira, tampouco ao estudo aprofundado das atribuições institucionais do Supremo Tribunal Federal.

Cada uma dessas pretensões reclamaria uma pesquisa autônoma, dada a sua amplitude. Para os fins desse trabalho, que investiga a hipótese de um recente ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, é suficiente um resgate histórico que demarque como foram implementadas as principais vias que dão ensejo, no ordenamento constitucional em vigor, às manifestações do Tribunal. Dentro deste modesto propósito, deve ser compreendida a exposição de fatos a seguir.

O Supremo Tribunal Federal foi instituído como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro pela Constituição Provisória publicada com o Decreto nº 510, em 22 de junho de 1890¹.

Meses depois, o Poder Judiciário brasileiro foi amplamente revigorado com a implementação da Justiça Federal, pelo Decreto nº 848, do mesmo ano, o qual representou um importante precedente para a inauguração do controle de constitucionalidade brasileiro. De acordo com a exposição de motivos desse diploma, todo e qualquer juiz tinha poder para recusar a aplicação de uma lei que considerasse inconstitucional².

A Constituição republicana de 1891 recepcionou a estrutura judiciária então presente, institucionalizando o controle de constitucionalidade das leis. Em seu art. 59, previu a competência do STF para aferir a constitucionalidade da

¹ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965, t. 1, p. 1.

² “A magistratura, que agora se instala no país graças ao regime republicano, não é instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção (...)” (Ibid., p. 1-2).

aplicação do direito a partir de um recurso especial, bem como a competência para decidir conflitos entre a União e os estados, e entre os próprios estados-membros³.

O controle de constitucionalidade no Brasil se inicia, assim, nos moldes de um controle difuso, sob forte influência da experiência norte-americana, que já se fazia sentir no período pré-republicano⁴.

A Constituição de 1891, contudo, não se limitou a reproduzir o modelo norte-americano. Procurou, ao contrário, antecipar-se aos problemas verificados no primeiro século de existência da Suprema Corte, disciplinando expressamente aspectos sobre os quais a Constituição americana silenciou-se, como a competência e a composição do Tribunal⁵.

Nos termos do art. 56, c/c art. 48, da Constituição de 1891, o STF era composto por quinze ministros, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado⁶.

Com a Constituição de 1934, a composição do STF passou de quinze ministros a onze e houve, ainda, um significativo incremento do controle difuso no Brasil – foi atribuída ao Senado Federal a competência de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”⁷.

Também com a Carta de 1934, inaugurou-se a possibilidade de controle direto de constitucionalidade na figura da <<representação interventiva>>. Por este instituto, conferia-se ao Procurador Geral da República a competência para arguir, junto ao STF, a inconstitucionalidade de lei estadual que contrariasse princípios fundamentais da ordem federativa⁸.

No marco da chamada “Constituição Polaca” (de 1937), instituiu-se a possibilidade de suspensão, mediante ato legislativo (resolução do Parlamento, aprovada por maioria simples), de decisão judicial que declarasse inconstitucional

³ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 92.

⁴ RODRIGUES, Leda Boechat. op. cit. p. 7 e ss.

⁵ BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na constituição brasileira. In: *Coletânea Jurídica*. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1928, p. 164.

⁶ BALEEIRO, Aliomar. op. cit., p. 92.

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 120.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 26.

algum ato normativo. Confirmada pelo Parlamento, a lei adquiria força de emenda constitucional⁹.

A Constituição de 1946 concedeu ao Procurador Geral da República a faculdade de instaurar o processo de representação interventiva¹⁰, imprimindo-lhe, assim, feições de ação direta de inconstitucionalidade. Oscar Vilhena relata que muitas das representações interventivas eram provenientes das próprias autoridades estaduais, que a utilizavam exclusivamente para buscar a impugnação de um ato ou uma lei, pois não tinham qualquer interesse na decretação da intervenção¹¹.

No entanto, foi através da Emenda Constitucional n.16 de 1965 que se contornou propriamente o controle abstrato de normas perante o STF, com o direito de propositura centrado, ainda, na figura do Procurador Geral de República. Pretendia-se, com o instituto da ação direta de inconstitucionalidade, inibir a formação maciça de lides sobre uma mesma questão, o que poderia diminuir a sobrecarga do STF¹².

Com a conjugação do controle difuso com ação direta, o Brasil incorporou um complexo sistema misto de controle de constitucionalidade. A expressão “sistema misto”, amplamente utilizada na doutrina brasileira, faz supor a existência de duas formas autônomas de controle que, excepcionalmente, como no caso brasileiro, passam a ser conjugadas.

Registre-se, porém, que a abordagem dualista de controle de constitucionalidade é hoje objeto de forte questionamento, haja vista que as experiências constitucionais contemporâneas demonstram que o controle de constitucionalidade assumiu gradativamente uma multiplicidade de formas, desde que os modelos originários começaram a circular de um extremo ao outro do cenário mundial¹³.

⁹ Ibid., p. 30.

¹⁰ Art. 8º, parágrafo único: “No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção” (BALEIRO, Aliomar; SOBRINHO LIMA, Barbosa. *Constituições Brasileiras*: 1946. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 66)

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. op.cit. p. 122.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 992.

¹³ Cf., por todos, CAMAZANO, Joaquín Brage. *La acción de inconstitucionalidad*. México: UNAM, 2000, p.51.

Mesmo com toda a hibridação havida, não perdeu relevância a polarização entre modelo difuso e concentrado, seja por uma referência histórica, já que foram esses modelos, puros na origem, que serviram de parâmetro para todos aqueles hoje vivenciados nas estruturas constitucionais; ou mesmo por referência geográfica, já que correspondem, respectivamente, aos sistemas europeu (ou austríaco-kelseniano) e norte-americano.

No modelo dito europeu, o contencioso constitucional é de competência exclusiva de um Tribunal, daí porque <<controle concentrado>>. Esse Tribunal, como preconizara Kelsen, seria especialmente constituído para essa finalidade; sendo provocado, por determinados legitimados ativos (autoridades políticas, jurisdicionais, ou mesmo particulares), para conhecer de forma direta a constitucionalidade de atos normativos¹⁴.

De outro lado, no modelo conhecido como norte-americano, atribui-se o conhecimento das questões afetas à constitucionalidade dos atos normativos a todo órgão em exercício ordinário da potestade jurisdicional, daí porque <<controle difuso>>.

No controle difuso, a análise das questões constitucionais assume uma perspectiva subjetiva, isto é, envolve partes, interesses e direitos particulares; direciona-se à resolução de uma lide, a qual depende da superação do incidente de constitucionalidade¹⁵.

Para além das duas grandes matrizes referidas, identifica-se ainda uma espécie de terceira via, que se caracteriza por combinar mecanismos de controle concentrado e controle difuso.

Existem, finalmente, também, sistemas que podemos chamar *mistos* ou *intermediários*: por exemplo, o adotado no México, o qual, também por causa de

¹⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad.: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007. FAVOREU, Louis. *Cortes Constitucionais*. Trad.: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004 (especialmente, p. 27-36).

¹⁵ Embora seja disputado o marco inicial da história do controle de constitucionalidade; há um consenso mínimo em torno do efetivo desenvolvimento de uma lógica de controle a partir do constitucionalismo pós-revolucionário de 1776 e 1789. Essa lógica recebeu desenho específico através da jurisprudência norte-americana, notadamente, no reverberado pronunciamento do Chief-Justice Marshall – no caso *MARBURY versus MADISON* – em 1803, oportunidade em que foi consagrada a supremacia da Constituição, com a respectiva atribuição de poder de controle de constitucionalidade a todos os órgãos jurisdicionais. Cappelletti prefere compreender a afirmação de Marshall como um corajoso amadurecimento de uma idéia que já estava presente, e menos como o pontapé inicial da história do controle de constitucionalidade (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad.: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 45-63).

um, pelo menos aparente, contraste entre os artigos 103 e 133 da Constituição mexicana (...) isto é verdadeiro, de resto, não apenas do ponto de vista dos *órgãos* de controle, mas também do ponto de vista do *modo* como a questão de legitimidade constitucional é resolvida: também, neste particular, o sistema mexicano tem caráter misto ou intermediário entre o sistema de controle que opera ‘por via de ação’ e aquele que opera, ao invés, ‘por via de exceção’¹⁶.

Favoreu apontou para a existência, ao lado dos modelos estadunidense e europeu, de um modelo sul-americano, de características, segundo o autor, ainda indefinidas; mas marcado pela coexistência entre controle concentrado e difuso¹⁷.

É delicada a generalização feita pelo autor, principalmente, em face da multiplicidade de desenhos de controle de constitucionalidade, já aludida, a qual, ao mesmo tempo, transparece um movimento de convergência entre os controles vivenciados nos mais diversos países.

Camazano aponta esse movimento de convergência entre os modelos a partir de pelo menos sete aspectos, que podem ser assim sintetizados:

- a) adoção de elementos de controle difuso por diversos sistemas de controle concentrado, a exemplo do incidente de constitucionalidade, incorporado pelos ordenamentos austríaco, italiano, belga, espanhol;
- b) legitimação popular em alguns sistemas concentrados para questionamento da constitucionalidade de leis;
- c) a própria fórmula mista de controle, adota em alguns países, como os que serão estudados, é um indício desse fenômeno;
- d) concentração do controle não mais em um órgão *ad hoc*, mas no órgão superior da jurisdição ordinária;
- e) nos sistemas difusos, a crescente prática de que as decisões dos Tribunais Superiores assumam eficácia geral, tal como ocorre no concentrado, seja pela lógica do *stare decisis*, ou por outros mecanismos;
- f) possibilidade de que o Tribunal Supremo (ao menos nos E.U.A) excepcionalmente declare a constitucionalidade de uma lei *on its face*, isto é, em si mesma considerada;
- g) a modulação dos efeitos da decisão tanto no sistema difuso (tradicionalmente de eficácia *ex tunc*); como no concentrado (tradicionalmente de eficácia *ex nunc*)¹⁸.

¹⁶ Ibid., p. 67 (nota 3).

¹⁷ FAVOREU, Louis. Op. cit., p. 131.

Há, portanto, uma série de combinações possíveis em matéria de controle de constitucionalidade, devendo-se assim evitar o apego excessivo aos rótulos tradicionalmente trabalhados nessa temática.

A despeito da tendência assinalada, ainda é possível identificar na maioria dos países uma inclinação pelo modelo concentrado ou pelo difuso, já que, quando muito, há a incorporação de um ou outro elemento incomum à opção realizada.

Situação bem diversa ocorre quando convivem sistemas concentrado e difuso em uma mesma estrutura constitucional. Os sistemas mistos têm o ônus de harmonizar duas formas bem distintas de feitura do controle de constitucionalidade, formas que retratam preocupações de ordens diversas.

No caso brasileiro, o sistema misto, inaugurado em 1965, permaneceu com a Constituição de 1988. Sob o desenho do novo texto constitucional, o Supremo possui um amplo leque de competências, originária, recursal ordinária e recursal extraordinária.

A competência originária, exercida pelo STF como única instância, recebeu importantes incrementos com a Constituição de 1988, tal como a introdução de mecanismos voltados à apreciação de casos de omissão inconstitucional: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

Outra importante repercussão do texto de 1988 sobre a competência originária do STF foi a ampliação do rol de legitimados para a propositura do controle abstrato, antes adstrita ao Procurador Geral da República¹⁹.

A Constituição de 1988 inovou, também, ao prever, ainda no âmbito das competências originárias do Tribunal, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, no art. 102, §1º.

A competência recursal também foi ampliada, a partir da criação de novos órgãos judiciais, como o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Federais

¹⁸ Cf. CAMAZANO, Joaquín Brage. Op. cit., p.52-54.

¹⁹ São os legitimados: o Presidente da República; as Mesas do Senado Federal; da Câmara dos Deputados; de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Art. 103).

Regionais, sobre os quais o STF passou naturalmente a exercer a condição de instância recursal.

Sob a manifestação do Poder Constituinte Reformador (EC nº 3, de 1993), foi criada, ainda, a ação declaratória de constitucionalidade, prevista no art. 102, I, “a”, voltada à análise de lei ou ato normativo federal.

Assim, a partir da Constituição de 1988 foi consolidado um controle concentrado mais amplo, composto por três tipos de ações: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI); a ação declaratória de constitucionalidade (ADC); e a supracitada ADPF.

Entre as repercussões da Constituição de 1988 sobre a jurisdição constitucional brasileira, merece destaque o fato de ter conferido *status* constitucional a diversas matérias antes tratadas em lei. A Constituição não só incorporou novos assuntos, mas lhes dedicou tratamento minucioso, aumentando os parâmetros do controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, com o desenho histórico que lhe foi dado, representa, a um só tempo, tribunal de jurisdição ordinária e corte constitucional, com amplas possibilidades de manifestar o papel que entenda corresponder a uma jurisdição constitucional.

3.2

Do recente ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

3.2.1

Premissas substanciais e metodológicas

No capítulo 2, viu-se que ativismo judicial é um fenômeno detectável tão somente a partir da adoção, tácita ou declarada, de um modelo específico de jurisdição constitucional.

É necessário ter em mente o que é o funcionamento regular e legítimo de um Tribunal Constitucional, para se apontar eventual atuação distorcida, idéia sintetizada na expressão “ativismo judicial”.

Frequentemente, contudo, a expressão é utilizada sem que se comunique o modelo de jurisdição constitucional adotado, o que a condena à obscuridade.

Esta pesquisa, ao contrário, explora o potencial semântico da expressão “ativismo judicial”, uma vez que transparece e, assim, submete à problematização de seus possíveis interlocutores, as premissas que adota para identificar a atuação distorcida, ou o ativismo, no âmbito de uma jurisdição constitucional.

No capítulo 2, após a reconstrução da proposta de uma leitura moral da Constituição, concluiu-se pela impossibilidade das jurisdições constitucionais exercerem, com exclusividade, o papel de fóruns autênticos da moralidade política. Se a moralidade política é objeto de sensível desacordo, como insistem Waldron e Habermas; é sinal de que todos devem poder participar da sua construção.

A partir dessa concepção, definimos que quando uma jurisdição constitucional atua *concentrando em si a realização de uma moralidade política*, exorbita a sua função, incide em “ativismo judicial”. Após transparecer o que considera “ativismo judicial”, a pesquisa pode evoluir para investigar a hipótese de um ativismo recente no Supremo Tribunal Federal.

A hipótese foi formulada a partir do acompanhamento das decisões do Supremo Tribunal Federal, o qual permitiu a captação de uma recente, profunda e silenciosa modificação performática do Supremo Tribunal Federal.

Neste capítulo, o que se pretende é tornar mais latente essa percepção – para alguns, ainda intuitiva – de que o órgão supremo vai aos poucos esboçando uma nova auto-imagem, que passa por uma compreensão alargada do seu papel e dos seus limites.

Para atingir esse objetivo, o que vem a seguir é um esforço de sistematização, exemplificativa, das matérias que foram alvo de modificações performáticas recentes da jurisdição brasileira, em tentativa de monopólio da moralidade política no Brasil.

A alteração performática, em si, não é tomada, nesta pesquisa, como indicador de ativismo judicial, mas de tendência ativista quando acompanhada de

uma interpretação do Tribunal que amplie seus poderes ao limite do exclusivismo judicial sobre moral ou política.

Apontar a presença desse indicador ativista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal constitui tarefa essencialmente argumentativa, que necessariamente transcende a mera justaposição dos precedentes (novos e antigos). Para cumpri-la, fazem-se necessários esclarecimentos técnico-doutrinários sobre os temas, instrumentais à análise discursiva dos precedentes.

Nesse tocante, revelou-se indispensável uma delimitação do campo de trabalho, de tal sorte que fosse privilegiado o enfoque vertical dos temas tratados.

Por essa razão, optou-se pela análise discursiva de apenas dois exemplos temáticos: (4.1) mandado de injunção; e (4.2) fidelidade partidária, por terem sido objetos de recentes alterações performáticas do Tribunal e, principalmente, por representarem um campo propício à disputa em torno da moralidade política entre os poderes estatais.

Os exemplos foram analisados a partir da sistematização de alguns pontos necessários à sua compreensão: a) contorno do tema – em que são esclarecidos aspectos conceituais relevantes; b) precedentes do STF; c) superação dos próprios precedentes – do contraste entre esses dois itens pretende-se sinalizar recentes alterações performáticas da Corte; d) interpretação ampliativa dos próprios poderes – neste último item aponta-se que a alteração performática se deu no sentido de um ativismo judicial.

3.2.2

O exemplo do mandado de injunção

a) Contorno do tema

Nos termos do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne

inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”²⁰.

Trata-se de mecanismo introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988, para fazer frente à hipótese em que uma omissão legislativa compromete o exercício de direitos fundamentais²¹.

O remédio, desde a origem, despertou ampla disputa quanto à natureza e os limites do provimento judicial obtido. O problema pode ser colocado da seguinte forma: quando concedido um mandado de injunção, o que exatamente o impetrante obtém? Quatro posicionamentos foram, aos poucos, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

(I) tese não concretista: o órgão julgador reconhece a inércia do legislador e a comunica ao órgão competente para que elabore a norma regulamentadora faltante; o órgão julgador não pronuncia sentença de conteúdo normativo, mas sentença de caráter obrigatório ou mandamental²².

(II) tese concretista individual intermediária: concedido o mandado de injunção, o órgão julgador fixa um prazo para que o órgão legislativo competente elabore a norma faltante, findo o qual, ainda presente a inércia legislativa, estabelece as condições necessárias para que o titular do direito fundamental possa exercê-lo²³.

(III) tese concretista individual direta: o órgão julgador, diante da omissão legislativa, cria diretamente a norma para o caso específico, e da decisão se beneficia apenas o impetrante (efeitos *inter partes*)²⁴.

²⁰ BRASIL, Constituição Federal de 1988.

²¹ A definição de mandado de injunção proposta neste momento do trabalho foi calculada para não incorporar qualquer posicionamento específico sobre a função do remédio constitucional, privilegiando-se, assim, pelo menos inicialmente, uma linha descritiva do respectivo debate.

²² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 385; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 277; entre outros.

²³ Posição adotada pelo ex-Ministro Néri da Silveira no MI 232.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 450-452; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. P. 123-124.

(IV) tese concretista geral: diante da omissão legislativa, o órgão julgador elabora, a partir do caso concreto em análise, norma que viabiliza o exercício do direito fundamental para todos os casos semelhantes (efeito *erga omnes*), até que sobrevenha norma integrativa do legislativo²⁵.

A ordem de exposição das teses, como se pode notar, tem início com a concepção de um provimento judicial mais moderado (não-concretista), evoluindo para o provimento mais intenso (normatização geral). A discussão demonstra, no ponto, como é oportuna para revelar compreensões sobre os limites da função jurisdicional, aspecto que será retomado quando da análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

b) Precedentes do Supremo Tribunal Federal

A problemática da omissão legislativa, tal como acima contornada, chegou à apreciação do Supremo Tribunal Federal pela primeira vez em novembro de 1989, pela via do Mandado de Injunção nº 107, sob a relatoria do então Ministro Moreira Alves.

O remédio havia sido impetrado por um oficial do exército, que pretendia fixada a duração dos serviços temporários, até aquele momento, desprovida da disciplina legal exigida pela Constituição (art. 42, §9º).

Na oportunidade, o órgão supremo analisou qual tipo de provimento seria o mais adequado a proferir na via específica do mandado de injunção. A linha de raciocínio então realizada pela corte partiu do argumento de que se a lei posterior não pode afetar coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e o pronunciamento do STF transitaria em julgado, não seria prudente proferir decisão de conteúdo normativo.

O Tribunal não vislumbrou, à época, qualquer amparo constitucional à criação normativa pelo poder judiciário e firmou, neste *leading case*, jurisprudência no sentido de que a concessão do mandado de injunção deveria limitar-se a comunicar a mora legislativa ao órgão competente para que suprisse a omissão, isto é, adotou a tese não-concretista.

²⁵ PASSOS, J.J Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 123.

Dois anos após essa primeira manifestação, o Supremo Tribunal Federal avançou para a segunda corrente mais moderada sobre mandado de injunção: a tese concretista individual intermediária.

No mandado de injunção nº 283, de novembro de 1991, relatado pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal estipulou o prazo de 45 dias para que o Congresso produzisse a lei faltante e de mais 15 dias para a sanção presidencial. A decisão contemplou, ainda, que ultrapassado esse prazo sem as providências legislativas, seria reconhecida ao impetrante a faculdade pretendida²⁶.

Um ano depois (1992), o STF mais uma vez aplicou a tese concretista individual intermediária, fixando, porém, o prazo de seis meses para que o Congresso Nacional produzisse a lei exigida pelo art. 195, §7º, da CF/88²⁷.

O Tribunal, em seguida, oscilou entre concretização individual direta e intermediária: diante dos vários precedentes com fixação de prazo para a supressão da omissão legislativa, os Ministros avançaram no sentido de utilizar o prazo apenas discursivamente, isto é, forneciam de plano uma norma concreta para o caso em análise, dispensando a fase de estipulação de prazo, sob o argumento de que a mesma já havia sido perpassada em outros mandados de injunção²⁸.

No que se refere, contudo, ao direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da CF/88, o Tribunal posicionou-se de modo distinto. No

²⁶ “Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento de mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, §3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar no prazo de 45 dias, mais 15 dias para sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável” (BRASIL, STF, MI 283, DJ 14.11.1991).

²⁷ “[...] Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, §7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida” (BRASIL, STF, MI 232, DJ 23.03.1992).

²⁸ “[...] logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção [...]” (BRASIL, STF, MI 562, Rel. Ellen Gracie, DJ 20.06.2003 e no mesmo sentido MI 543, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.05.2002).

MI 20, de 1994, impetrado pela confederação dos servidores públicos do Brasil, o STF decidiu por apenas reconhecer a mora legislativa, sem proferir qualquer conteúdo normativo.

Mandado de injunção coletivo - direito de greve do servidor público civil - evolução desse direito no constitucionalismo brasileiro - modelos normativos no direito comparado - prerrogativa jurídica assegurada pela constituição (art. 37, vii) - impossibilidade de seu exercício antes da edição de lei complementar - omissão legislativa - hipótese de sua configuração - reconhecimento do estado de mora do congresso nacional - impetração por entidade de classe - admissibilidade - writ concedido. Direito de greve no serviço público [...]

A decisão, por maioria de votos, seguiu os termos do Ministro (relator) Celso de Mello. Entre os votos vencidos, o então Ministro Sepúlveda Pertence, que votou pelo não conhecimento do MI, por entender que a norma do art. 37, VII, da CF/88 não é de eficácia limitada, não dependendo, portanto, de regulamentação; o Ministro Marco Aurélio, que, embora tenha votado, na linha do Ministro Pertence, pelo não conhecimento do MI, deixou indicada a sua adesão à tese concretista individual direta; e, por fim, o então Ministro Carlos Velloso, que propôs a solução normativa (tese concretista individual direta) de aplicar, ao caso dos servidores públicos, a Lei 7.783/89, que trata do direito de greve na iniciativa privada.

A tese vencedora nesse julgado de 1994 poderia representar apenas algum resquício da fase inicial mais conservadora do STF sobre o mandado de injunção. Não obstante, o tema do direito de greve dos servidores públicos recebeu a mesma solução (não-concretista) em diversas ocasiões.

No ano de 2002, por exemplo, foram publicadas as decisões referentes aos MI 485, 585, 631, todos sobre o direito de greve dos servidores públicos e alvos de intervenções judiciais igualmente moderadas.

MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Servidor público. Exercício do direito público subjetivo de greve. Necessidade de integralização da norma prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público. Precedentes. 2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de

norma reguladora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa²⁹.

No MI 485, relatado pelo então Ministro Maurício Corrêa, nos termos da ementa acima transcrita, o STF considerou inviável realizar uma integração normativa, e concedeu o mandado apenas para declarar a omissão legislativa ao órgão competente. Na oportunidade, foram também vencidos os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, pelo não conhecimento do mandado.

Note-se que foi pretendido pelo impetrante – sindicato dos delegados de polícia do Estado de Mato Grosso (SINDEPO-MT) – que o Tribunal suprisse a omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos, aplicando no caso em análise a Lei 7.783/89, que trata do direito de greve na iniciativa privada. A hipótese foi peremptoriamente descartada pelo Tribunal.

No MI 585, impetrado pelo sindicato dos agentes de fiscalização e arrecadação do Estado do Tocantins (SINDFISCAL), o Ministro Sepúlveda novamente votou pelo não conhecimento do mandado e o Ministro Carlos Velloso retomou o voto que proferiu no MI 20, pela integração normativa por meio da aplicação da legislação afeta ao domínio privado. A tese vencedora, no entanto, foi a não-concretista, nos termos do voto do relator, o então Ministro Ilmar Galvão.

Mandado de injunção. Direito de greve dos servidores públicos. Artigo 37, VII, da Constituição Federal. Configurada a mora do congresso nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial deferimento do writ para que tal situação seja comunicada ao referido órgão.

No MI 631, impetrado pelo sindicato dos servidores do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul (SINDIJUS/MS), a mesma equação se verificou: vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, vencedora a tese não-concretista adotada pelo relator, o Ministro Ilmar Galvão.

Do detalhamento jurisprudencial anterior, destaca-se, por necessário à compreensão do próximo item, que em matéria de direito de greve dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, ainda que disputado, no sentido de tão somente reconhecer a omissão do Congresso em

²⁹ MI 485, Rel. Maurício Corrêa, DJ 23.08.2002

regulamentar o direito, abstendo-se de proferir sentença de caráter normativo (tese não-concretista).

Para que não se proceda a uma simplificação indevida do precedente, é importante a ressalva de que havia, na matéria, votos divergentes. Os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio votaram pelo não conhecimento dos mandados de injunção, sob a alegação de que a norma contida no art. 37, VII, da CF/88 não careceria de regulamentação; já o Ministro Carlos Velloso propôs que o Tribunal se inclinasse a uma concretização da norma para os casos analisados, a partir de um diploma legal já existente sobre o direito de greve na iniciativa privada.

Sendo assim, o STF, na questão da greve dos servidores públicos, firmou jurisprudência majoritária não-concretista e sinalizou, com os votos dissidentes, abertura para a tese concretista individual direta. Mesmo nos mandados de injunção sobre outros direitos fundamentais, o STF, quando muito, oscilou entre a tese concretista individual intermediária e a direta.

c) Superação dos próprios precedentes

Em manifestação publicada em outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, justo na hipótese do direito de greve dos servidores públicos, incorporou, de forma inédita, a tese concretista geral sobre mandado de injunção.

Cuidou-se do julgamento de três mandados de injunção – MI 670, 708 e 712³⁰ – impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Sant – SINDPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SISTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP.

Os três mandados de injunção veicularam a pretensão de que fosse garantido aos associados de cada sindicato envolvido o exercício do direito de greve, previsto no art. 37, VII, da CF/88; exercício que, de acordo com os

³⁰ As decisões relativas aos MI 670, 708 e 712 não foram até a conclusão desta pesquisa (abril de 2008) publicadas na íntegra, seja no site do STF, seja no Diário de Justiça. As informações citadas no trabalho foram extraídas dos informativos do STF nº 308, 430, 462, 468, 480, 484, 485.

impetrantes, estava sendo comprometido pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora, exigida pelo texto constitucional³¹. Em função dessa identidade de objeto, os casos despertaram a mesma *ratio decidendi*.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria dos votos, conhecer dos mandados de injunção e, no mérito, propôs, como solução à omissão legislativa, a aplicação da Lei 7.783/89 (que dispõe sobre o exercício de greve na iniciativa privada), no que couber, a todos os dissídios de greve instaurados entre o poder público e os servidores com vínculo estatutário. Esta foi a tese vencedora nos três mandados de injunção, que contaram com as dissidências descritas a seguir.

O MI 670 foi distribuído à relatoria do então Ministro Maurício Corrêa, que votou pelo conhecimento do mandado apenas para certificar a mora do Congresso Nacional. O voto do relator foi voto vencido, assim como os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que pretenderam que a decisão do STF, de aplicar a Lei 7.783/89 (afeta à iniciativa privada), fosse limitada à categoria representada pelo sindicato, assim como estabeleceram condições específicas para o exercício das paralisações. O Ministro Gilmar Mendes foi incumbido da lavratura do acórdão, uma vez que seu voto deflagrou a tese vencedora do caso.

O MI 708 foi distribuído à relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cujo voto fixou os termos do acórdão, no sentido já sintetizado acima; novamente vencidos os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Por fim, o MI 712 foi distribuído à relatoria do Ministro Eros Grau, cujo voto fixou os termos do acórdão, na linha exata iniciada pelo Ministro Gilmar nos outros dois mandados de injunção; vencidos mais uma vez os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Como detalhado acima, nos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal majoritariamente acolheu, pela primeira vez, a tese concretista geral, pois estendeu a decisão a todos os possíveis casos de dissídios de greve entre poder público e servidores públicos estatutários (efeito *erga omnes*), nos termos dos votos dos relatores, Ministro Gilmar Mendes e Eros Grau.

³¹ Ibid.

O Ministro Gilmar Mendes, após tecer considerações a respeito da conformação constitucional do mandado de injunção no ordenamento brasileiro e da interpretação que o STF veio lhe atribuindo, deixou claro que o Tribunal, naquela ocasião, afastava-se do precedente não-concretista, para possivelmente acolher a necessidade de uma regulamentação geral provisória pelo Judiciário.

[...] Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo [...]³²

Os votos vencidos propugnaram ou (1) pela limitação da decisão aos associados dos sindicatos que impetraram os mandados de injunção em análise (Ministros Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio) – efeito *inter partes*; ou (2) pela mera ciência da mora legislativa ao Congresso Nacional (ex-Ministro Maurício Corrêa)³³.

Ainda que a decisão não tenha sido unânime, trata-se de uma superação radical de precedente da Corte, tendo em vista que uma tese que nunca havia sido acolhida pelo STF, nem mesmo em votos minoritários, seduziu, neste novo *leading case*, o entendimento majoritário do Tribunal.

d) Interpretação ampliativa dos próprios poderes

Nos termos delimitados por esta pesquisa, quando um Tribunal Constitucional supera, ainda que bruscamente, seus próprios precedentes, não incide, necessariamente, em ativismo. A quebra pode demonstrar apenas uma evolução compreensiva na matéria, ser reflexo de uma nova composição de Ministros.

³² BRASIL, STF, INFO 485.

³³ *Ibid.*

Repasadas as decisões anteriores do STF sobre o mandado de injunção, pode-se constatar que de fato houve uma evolução na jurisprudência do órgão. O Tribunal não se manteve linearmente preso ao primeiro precedente, para depois saltar para entendimento oposto. Como se viu, após a adoção inicial da tese não-concretista, houve casos em que o STF oscilou entre a tese concretista individual intermediária e a concretista individual direta.

Ainda assim, o impacto de uma verdadeira superação de precedente só se deu com a adoção da tese concretista geral, o que se nota no discurso dos próprios Ministros que protagonizaram a alteração performática. O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, em obra escrita após o relatório e voto no MI 670, mesmo apontando toda a evolução jurisprudencial do STF em mandado de injunção, reconhece na adoção da tese concretista geral a efetiva superação do precedente da Corte.

Na sessão de 7-06-2006, foi proposta a revisão parcial do entendimento até então adotado pelo Tribunal. Assim, apresentamos – o Ministro Eros Grau (MI 712/PA) e eu (MI 670/ES) – votos que recomendavam a adoção de uma “solução normativa e concretizadora” para a omissão verificada³⁴.

Por que, entre as várias modificações de entendimento na matéria, esta última foi a que gerou o impacto de quebra de precedente? Não parece arbitrário? Provavelmente. Ocorre que entre as primeiras posições adotadas, alternadamente, pelo Tribunal e esta última (a tese concretista geral), existe uma diferença fundamental, situada na forma de interpretar a própria conformação dos poderes de uma jurisdição constitucional.

A disputa entre a tese não concretista a tese concretista individual reflete a disputa em torno do que é a interpretação jurídica, se construtivista ou não. Já a disputa entre a tese concretista geral e as demais, reflete a problemática em torno dos limites da atividade de uma jurisdição constitucional. Quando o STF supera as outras teses para incorporar a tese concretista geral, abandona a mera intervenção substantiva e incide na tentativa de concentrar em si a moralidade política, por meio de uma efetiva legislação.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Se o legislador se fez, no ponto, omissivo, inviabilizando o exercício de direitos constitucionalmente garantidos, que o STF realizasse uma atividade construtivista para os casos em que foi chamado a se manifestar, incorporando os argumentos das partes envolvidas.

Se assim procedesse, realizaria uma intervenção substancial, mas a partir do diálogo com as partes envolvidas nos casos: produção da norma em processo conjunto com todos que são por ela afetados, em perfeita sintonia com a idéia de uma sociedade aberta de intérpretes³⁵.

Ao estender sua decisão para toda a coletividade, realiza uma leitura exclusivista da Constituição, incidindo em ativismo.

3.2.3

O exemplo da Fidelidade Partidária

a) Contorno do tema

O tema da fidelidade partidária insere-se no amplo espectro dos direitos políticos, no qual se compreendem todas as normas jurídicas voltadas à tutela da participação na formação da vontade política.

Os modelos democráticos de formação da vontade política rendem-se à necessidade de se constituírem mediante representação política. Mesmo aos olhos de quem só concebe um ideal democrático nos limites de uma participação direta no processo político, é forçoso o reconhecimento de que essa conformação de democracia é inviabilizada por circunstâncias fáticas, como, por exemplo, a extensão dos territórios em que pretensamente ocorreriam as reuniões do povo³⁶.

³⁵ “Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HÄBERLE, Peter. op. cit.)

³⁶ A exemplo de Rousseau que, mesmo propondo como ideal democrático um modelo em que a vontade geral fosse inalienável, indivisível e, principalmente, irrepresentável, reconhecia a dificuldade de sua implementação (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. de Lourdes Santos Machado. In *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p.108). Em leitura semelhante sobre Rousseau, cf. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988, p. 33.

O amplo contexto das democracias representativas coloca em evidência o papel central desempenhado pelos partidos políticos. Ante as múltiplas combinações possíveis de interesses no tecido social, os partidos cumprem a função de canalizá-las, oferecendo ao povo opções políticas mais precisas e definidas, que viabilizam o exercício do direito de voto³⁷.

Sob uma conotação mais ativa da participação política, visualiza-se também a importância dos partidos políticos, pois ao constituírem uma forma de integração dos indivíduos, incrementam a possibilidade de influência social sobre os poderes institucionais.

Em uma democracia parlamentar, o indivíduo isolado tem pouca influência sobre a criação dos órgãos legislativos e executivos. Para obter influência, ele tem que se associar a outros que compartilhem as suas opiniões. Desse modo, surgem os partidos políticos. Em uma democracia parlamentar, o partido político é um veículo essencial para a formação da vontade política³⁸.

No contexto brasileiro, contudo, os partidos políticos apresentaram dificuldades no cumprimento dessas funções. Sob o efeito de um movimento pendular entre regimes democráticos e centralizadores, o quadro partidário brasileiro não encontrou condições favoráveis ao desenvolvimento de bases ideológicas consistentes, capazes de liberá-lo do domínio oligárquico dos dirigentes partidários³⁹.

Ainda assim, os partidos políticos são indispensáveis ao processo democrático, não apenas porque expressam a multiplicidade de interesses e aspirações dos distintos grupos sociais, mas, sobretudo, porque concorrem para a formação da opinião pública, o recrutamento de líderes, a seleção de candidatos aos cargos eletivos e a mediação entre governo e o povo.

A democracia representativa exercida por meio de mandatários recrutados pelos partidos políticos, por indispensável, subsiste integralmente no ordenamento político-jurídico brasileiro, embora conjugada a instrumentos próprios da democracia direta (plebiscito, referendo e lei de iniciativa popular – art. 14, CF/88).

³⁷ GRIM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. de José Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trota, 2006, 196-197.

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.421.

³⁹ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980, 60.

De acordo com a Constituição de 1988, a soberania popular é exercida fundamentalmente por meio do sufrágio universal (art. 14, caput, CF/88), constituindo a filiação partidária *conditio sine qua non* para a investidura em cargo eletivo (art. 14, §3º, V, CF/88).

Se, por um lado, a filiação partidária é constitucionalmente enquadrada como condição de elegibilidade; por outro, vigora, nos termos do art. 17, da CF/88, a idéia de liberdade partidária, seja no aspecto objetivo, ligado aos próprios partidos, no que tange à sua criação, fusão, incorporação, autonomia interna e extinção; seja no aspecto subjetivo, afeto aos membros do partido, quanto à sua inscrição ou afastamento⁴⁰.

Ao assegurar autonomia interna aos partidos políticos, a CF/88 determina, no art. 17, §1º, que os estatutos dos partidos estabeleçam normas de disciplina e fidelidade partidárias⁴¹. A noção de “fidelidade partidária”, sugestiva de um dever de coerência, por parte do parlamentar, para com a sua filiação partidária, recebeu disciplina variada em um curto período da história constitucional brasileira.

A Emenda Constitucional nº 1, editada pela Junta Militar em 1969, ao alterar a redação do art. 152, da Constituição de 1967, introduziu no ordenamento brasileiro a hipótese de sanção de perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária, nos termos a seguir transcritos.

Art. 152 - A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

[...] V – disciplina partidária;

[...] *Parágrafo único.* Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa⁴².

Em 1985, a Emenda Constitucional nº 24 deu nova redação ao dispositivo constitucional acima transcrito, suprimindo o parágrafo único e, em decorrência, a hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 759.

⁴¹ O dispositivo mencionado foi alvo da Emenda Constitucional 52/2006, que afastou a debatida regra da verticalização das coligações eleitorais, de que se falará em momento oportuno. Por ora, importante apenas ressaltar que a previsão de normas estatutárias sobre fidelidade já constava do texto originário do dispositivo e não foi alterada na nova redação.

⁴² BRASIL. *Constituição de 1967*.

Com o advento da CF/88, abriu-se espaço à discussão do tema. De um lado, como já referido, o texto de 1988 faz referência à fidelidade partidária no âmbito das normas estatutárias dos partidos (art. 17, parágrafo único); de outro, entre as causas de perda de mandato parlamentar, não fez constar a hipótese de infidelidade partidária (art. 55).

b) Precedentes do Supremo Tribunal Federal

Um ano após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, no *leading case* MS 20927, julgado em outubro de 1989, firmou entendimento no sentido de que a infidelidade partidária não pode ter repercussão sobre o mandato exercido pelo parlamentar; pode chegar ao máximo, como sanção imposta pela própria agremiação partidária, à exclusão do parlamentar dos quadros do partido⁴³.

Na ocasião, o impetrante, diplomado 3º suplente do cargo de deputado nas eleições proporcionais de novembro de 1986, insurgiu-se contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, o qual deu posse do cargo ao 2º suplente, que havia se desligado do Partido da Frente Liberal (PFL), no ano de 1988, para concorrer ao cargo de Prefeito de Natal, filiado ao Partido Liberal (PL)⁴⁴.

Argumentou o impetrante que o fato de o 2º suplente ter se desligado do partido político que o diplomou impõe a perda de sua condição de suplente, do que decorreria o direito líquido e certo do impetrante (3º suplente) à posse do cargo.

O Tribunal, por maioria de votos, deixou consignada a inaplicabilidade da idéia de fidelidade partidária, inclusive quanto a suplentes.

Mandado de Segurança. Fidelidade Partidária. Suplente de Deputado Federal. Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar

⁴³ BRASIL. STF. MS 20927/DF.

⁴⁴ A posse do 2º suplente chegou a ocorrer pelas circunstâncias seguintes: “o licenciamento da Deputada Federal Wilma Maia ocasionou a posse do 1º suplente que, com o falecimento do Deputado Federal Jessé Freire Filho, passou a titular da vaga aberta nesta ocasião. Para aquela outra vaga de ocupação definitiva dede que a Deputada Wilma Maia assumiu a Prefeitura de Natal foi chamado o segundo Suplente Marcos César Formiga Ramos, na exata ordem de diplomação” (BRASIL, STF MS 20927, relatório do Ministro Moreira Alves)

federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes. Mandado de segurança indeferido⁴⁵.

A decisão se deu nos termos do voto do relator, o Ministro Moreira Alves, acompanhado, entre outros, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que destacou a ausência de amparo constitucional para a perda de mandato em razão da troca de partido.

Ponderou ainda o Ministro Pertence que se houvesse suporte para entendimento contrário (adoção da regra da fidelidade partidária), este teria que, por questão de coerência, ser aplicado contra a própria coligação de partidos para fins eleitorais, da qual decorreu, no caso em tela, a diplomação de suplentes de partidos diversos⁴⁶.

Foram votos vencidos os Ministros Paulo Brossard, Carlos Madeira, Sydney Sanches e Celso de Mello, tendo este último liderado a dissidência, sob o argumento de que nos sistemas proporcionais, em que se estabelece um vínculo estreito entre eleitores e partidos políticos, o mandato pertence ao próprio partido, e não ao parlamentar⁴⁷.

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal, com um quadro de Ministros amplamente renovado em relação à composição presente no *leading case* de 1989, à exceção dos Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, reafirmou o precedente da ausência de amparo para a perda de mandato parlamentar na hipótese de infidelidade partidária⁴⁸.

No Mandado de Segurança 23405, julgado em março de 2004, o STF poderia ter julgado prejudicada a impetração sem qualquer referência à fidelidade partidária, com o simples reconhecimento da perda de objeto. Isso porque, nos termos do voto do próprio Relator, o Ministro Gilmar Mendes, “a discussão estava adstrita à legislatura de 1998-2002”.

Não obstante, optou o STF por deixar consignada uma razão de direito desnecessária à resolução específica do caso, o que, em matéria de precedente é

⁴⁵ BRASIL, STF. MS 20927/DF, ementa.

⁴⁶ Ibid. (voto do Min. Sepúlveda Pertence).

⁴⁷ Ibid. (Voto do Min. Celso de Mello).

⁴⁸ BRASIL, STF, MS 23405/GO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 22.03.2004.

conhecido por “dicta” ou “obter dictum”⁴⁹. De acordo com o Tribunal, ainda que não tivesse havido a perda do objeto do MS, a ordem seria indeferida, pela razão aduzida nos termos seguintes.

Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob o regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente⁵⁰.

O Plenário do STF, por unanimidade, julgou prejudicado o mandado de segurança, acolhendo as razões do relator (ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Nelson Jobim).

Fora da via estreita do mandado de segurança, assim como do âmbito de discussão da troca de partidos, o Tribunal confirmou, ainda que de forma muito tangencial, entendimento da inaplicabilidade da regra da fidelidade partidária face à Constituição de 1988.

A regra da “verticalização” das coligações eleitorais, criada pelo Tribunal Superior Eleitoral em interpretação à legislação eleitoral⁵¹, alvo de ampla discussão nacional, foi expressamente afastada pela EC nº 52/2006. Cuidava-se da exigência de uma simetria entre as coligações partidárias realizadas no âmbito federal, para eleição do Presidente da República; e as realizadas no âmbito estadual⁵².

A simetria exigida pela regra da verticalização das coligações é reflexo da busca por uma coerência ideológico-partidária, afeta à própria idéia de fidelidade partidária.

A EC nº52/2006, entretanto, expressamente afastou a interpretação criada pelo TSE sobre a tese da verticalização, com a redação que conferiu ao art.17,

⁴⁹ MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are*” in *Precedent in Law* Clarendon Press Oxford, 1987, p. 170

⁵⁰ BRASIL. STF. MS nº 23405, de 2004 (voto do Min. Gilmar).

⁵¹ A regra da verticalização foi inscrita pelo TSE na Resolução 21002, de 2002, em resposta à consulta nº 175, de 2001: “Consulta. Coligações. Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de Estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial. Consulta respondida negativamente”.

⁵² A simetria não era exigida no âmbito municipal porque nele as eleições ocorrem em momento bem distinto.

parágrafo primeiro⁵³. Essa emenda se compôs de apenas dois dispositivos: o primeiro, com a liberação da regra da verticalização; e o segundo, que previa a aplicação da emenda às eleições de 2002, ou seja, com eficácia retroativa⁵⁴.

Em seqüência, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade em face, exclusivamente, do art. 2º da EC52/2006. O art. 1º da emenda constitucional, responsável por afastar a regra da verticalização, não foi objeto de impugnação. Por esse motivo, os Ministros, em seus respectivos votos, limitaram-se, de um modo geral, à análise da questão da eficácia da emenda constitucional. Por maioria de votos, decidiu-se que a incidência da modificação trazida pela EC52/2006 só poderia se verificar nas eleições que viessem a ocorrer após um ano da publicação da emenda (no caso, em 2010), em respeito ao art. 16, da CF/88 e à cláusula pétrea da segurança jurídica⁵⁵.

O Tribunal propugnou, assim, pela inconstitucionalidade parcial da EC 52/2006, realizando interpretação conforme à Constituição do art. 2º da emenda.

Os doutrinadores que identificam na CF/88 a proteção, ainda que implícita, de uma coerência político-partidária, a englobar a defesa da fidelidade partidária e da verticalização das coligações eleitorais, receberam com desgosto a decisão do Tribunal.

A exigência constitucional da vericalização pode não ser expressa, mas está no âmago do sistema e dos princípios constitucionais colacionados. Admitir a constitucionalidade, ainda que parcial (para o futuro), da E.C n. 52/2.006, como fez o S.T.F, significa quebrar aquele núcleo mínimo [...] Pode-se conviver com a não-verticalização, na tese do S.T.F, desde que essa regra não seja imposta imediatamente⁵⁶.

Em contra-argumentação, seria possível aduzir que o Tribunal não julgou inconstitucional a parte da EC52/2006 afeta à não-verticalização, por não ter sido objeto de questionamento na ação. Ocorre que, mesmo transcendendo o objeto da

⁵³ Art. 1º, EC 52/2006 – O § 1º do art. 17 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 17..., §1º. É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade”.

⁵⁴ Art. 2º, EC 52/2006 – Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002.

⁵⁵ BRASIL, STF, ADI 3685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 10.08.2006.

⁵⁶ TAVARES, André Ramos. Op. Cit., nota x, p. 761-763.

ADI 3685, a questão despertou alguns apontamentos, ainda que tangenciais, a evidenciarem o posicionamento do Tribunal sobre o tema.

Em síntese, a revogação da necessidade de verticalização não é, por si só, inconstitucional. Trata-se em princípio, de dispositivo que visa a ampliar a própria autonomia dos partidos políticos. Entretanto, verifica-se que a aplicação imediata da EC nº 52/2006, nos termos de seu art. 2º, viola a garantia institucional da anualidade.⁵⁷

Nessa linha argumentativa, o Tribunal permitiu a compreensão de que o afastamento da regra da verticalização não contraria a equação político-partidária incorporada pela CF/88, sinalizando para a inexistência de um dever constitucional de coerência político-partidária.

Nesse sentido, a manifestação do STF em sede da ADI 3685 pode ser tomada como mais uma confirmação do precedente de que a CF/88 não permite a aplicação da regra da fidelidade partidária, já que os Ministros não acolheram como constitucional o dever que a fundamentaria.

Em síntese, a análise dos precedentes do STF autoriza a afirmação de que o Tribunal firmou jurisprudência no sentido da inaplicabilidade da regra da fidelidade partidária no ordenamento brasileiro formado a partir da Constituição de 1988.

c) Superação dos próprios precedentes

Em manifestação publicada em outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, contrariando seus próprios precedentes, reconheceu a proteção constitucional da fidelidade partidária.

A discussão que ensejou a recente alteração performática do STF teve início com a consulta formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL) ao Tribunal Superior Eleitoral (CTA nº 1389/DF), sintetizada por meio da seguinte indagação:

⁵⁷ Voto do Gilmar Mendes, p. 84-45 do inteiro teor do acórdão. ADI 3865

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?⁵⁸

Na sessão de 27/03/2007, o TSE respondeu positivamente à consulta mencionada, firmando o entendimento de que ante ao abandono do partido pelo parlamentar, torna-se possível reconhecer um direito subjetivo do partido à cadeira no parlamento, a ser ocupada pelo suplente⁵⁹.

Com base na resolução do TSE, os Partidos da Social Democracia Brasileira (PSDB), Popular Socialista (PPS) e Democratas (DEM), este último, o antigo Partido da Frente Liberal (PFL), impetraram mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal contra decisão do Presidente da Câmara dos deputados, a qual manteve os mandatos de deputados federais que haviam mudado de filiação partidária.

Os mandados de segurança (MS 26602, 26603 e 26604) foram julgados em conjunto pelo STF, que decidiu, majoritariamente, pelo indeferimento das seguranças e incorporou, de forma inédita, a tese da aplicabilidade da fidelidade partidária⁶⁰, esposada pelo TSE. A seguir, será detalhada a argumentação dos Ministros, começando-se pelos votos dos Ministros que relataram os mandados de segurança.

O MS 266002, impetrado pelo Partido Popular Socialista (PPS), foi relatado pelo Min. Eros Grau, que propugnou pelo não conhecimento do *writ*. O Ministro questionou a liquidez e certeza do direito alegado pelo Partido (direito ao mandato), tendo em vista que os parlamentares informaram que teriam se desligado do partido por alteração ideológica da agremiação política, o que, de acordo com o Ministro, não seria possível discutir na via estreita do mandado de

⁵⁸ A indagação foi atrelada às seguintes considerações: (1) de “que o art. 108 do Código Eleitoral estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático”; (2) de “que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos”; (3) e de “que o cálculo das médias é decorrente do resultado dos votos válidos, atribuídos aos partidos e coligações” (CTA 1308)

⁵⁹ Síntese da decisão constante da ata da consulta 1398 ao TSE: “O Tribunal, por maioria, respondeu positivamente à Consulta, na forma do voto do Relator e das notas taquigráficas. Vencido o Ministro Marcelo Ribeiro. Votaram com o Relator os Ministros Marco Aurélio (Presidente), Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, José Delgado e Caputo Bastos”. Ementa: “Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa”

⁶⁰ As decisões relativas aos MS 26602, 26603 e 26604 não foram até a conclusão desta pesquisa (abril de 2008) publicadas na íntegra, seja no site do STF, seja no Diário de Justiça. As informações citadas no trabalho foram extraídas do informativo do STF nº 482.

segurança. Aduziu também a ausência de preceito constitucional para a perda do mandato pelo parlamentar sem ampla defesa⁶¹. O voto do Ministro Relator Eros Grau figurou entre os vencidos.

O MS 26603, impetrado pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), foi relatado pelo Min. Celso de Mello, que votou pelo conhecimento do mandado e pela denegação da ordem. Argumentou o Ministro que o mandato parlamentar pertence ao partido, e não ao eleito, no que foi acompanhado pela maioria dos votos.

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 fraudada, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, com imediato efeito perverso, a deformação da própria ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.

O Min. Celso de Mello ponderou, entretanto, que a aplicação da regra da fidelidade partidária deveria incidir apenas após a data da decisão do TSE, de 27 de março de 2007 e que a declaração da vacância do mandato não seria imediata, dependeria de análise do TSE. No mesmo sentido, o voto da Ministra Carmen Lúcia, que relatou o MS 26604, impetrado pelo Partido Democratas (DEM): "quem prepara as listas de candidatos são os partidos, e a ele deve ser dado o mandato".

O voto do Ministro Celso de Mello, com o reconhecimento da aplicabilidade da regra da fidelidade partidária a partir de 27 de março de 2007, deu contorno à decisão majoritária do Tribunal. Acompanharam-no os Ministros Carlos Alberto Direito, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

O Ministro Gilmar Mendes, que em 2004, ao relatar o MS 23405, julgado em março de 2004, havia afirmado de forma categórica que "é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente" (perda do mandato por infidelidade); de forma não menos categórica deixou assentado no julgamento de 2007:

⁶¹ BRASIL. STF. INFO 482.

Ninguém é obrigado a ingressar em um partido e nem a ele permanecer, mas não se pode dispor do mandato como se fosse seu. O abandono da legenda, levando em conta as exceções, a meu ver, deve dar ensejo à extinção do mandato.

Os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio de Mello incorporaram a aplicabilidade da regra da fidelidade partidária, mas divergiram da tese vencedora quanto ao marco inicial da adoção da regra. Por compreenderem imprópria essa restrição temporal da regra, concederam as seguranças denegadas pela maioria dos ministros:

Os Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski acompanharam a linha minoritária do Ministro Eros Grau, não conhecendo dos mandados de segurança, pela inaplicabilidade da regra da fidelidade partidária.

Assim, à exceção desses três últimos ministros citados, o Tribunal, em outubro de 2007, reconheceu a fidelidade partidária como princípio constitucional de caráter vinculante, em total superação aos precedentes firmados ao longo da vigência da CF/88.

d) Interpretação ampliativa dos próprios poderes

Além da matéria da fidelidade ter se revelado alvo de profunda modificação na orientação do Supremo Tribunal Federal, serviu também de pretexto para que o órgão refletisse sobre o seu papel no arranjo institucional brasileiro, como mostram as palavras do Ministro Celso de Mello.

Cabe fazer, ainda, uma outra observação: não se diga que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a procedência de 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.

Não obstante a argumentação do Ministro, a recente alteração performática do STF em matéria político-partidária colocou-se, como será apontado, no sentido de uma interpretação ampliativa dos próprios poderes.

O Ministro Celso de Mello fez questão de enfatizar em seu voto que não se tratava de impor, ao parlamentar infiel, sanção de perda de mandato, por mudança de partido; até porque de outra forma encontraria obstáculos no art. 55, da CF/88, o qual estabelece rol exaustivo de causas de perda de mandato e não contempla a hipótese de infidelidade partidária.

Segundo o Ministro, tratava-se, na realidade, de reconhecer que não há direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo, ante ao desligamento estratégico do partido originário pelo parlamentar. Nessa esteira, ressaltou os casos de desligamento legítimo do partido por fidelidade do parlamentar à ideologia originária, ou seja, casos em que a infidelidade ocorreu do lado do partido, que modificou sensivelmente as suas orientações.

A decisão do STF, se bem compreendida, não confere a titularidade do mandato parlamentar necessariamente ao partido. O mandato é atrelado à ideologia originária que ditou a filiação do parlamentar ao partido. Quando há o desligamento de um parlamentar do quadro partidário, faz-se necessária a análise de seu motivo, de tal sorte a se verificar quem se manteve fiel à ideologia originária, a se verificar, portanto, quem titulariza o mandato.

[...] pode não ser o caso de deserção ou traição ideológica. A migração se dá, pelo contrário, por um imperativo de resistências ideológica de membro do partido, ou seja, o candidato não deserdou de seus ideais, quem deserdou foi o partido.

A explicação do Ministro faz amplo sentido. Se o parlamentar mudou de partido porque este modificou as suas bases ideológicas, a infidelidade foi praticada pelo partido, o mandato acompanha aquele se mantém coerente com a ideologia.

Por outro lado, se a maioria dos Ministros decidiu pelo conhecimento dos mandados de segurança, significa que consideram possível realizar juridicamente uma análise da fidelidade político-ideológica e, o que é ainda mais inusitado, nas vias estreitas de um mandado de segurança.

Em última instância, todo caso de troca de partidos poderia, na esteira desse novo precedente do STF, suscitar uma discussão judicial sobre ideologia política. Se o Supremo Tribunal Federal corresponde à última instância do Poder

Judiciário, caberia aos Ministros a última palavra “jurídica” sobre uma questão que é eminentemente política.

Com quais critérios poderia uma jurisdição constitucional avaliar qual a ideologia política originária de um determinado partido? A situação torna-se ainda mais esdrúxula se considerado o contexto brasileiro de total sincretismo partidário. Há partidos que se comportam como camaleões no mundo político, vestem a camuflagem discursiva que as conveniências políticas lhe apontam como mais oportuna.

Em tais casos, o parlamentar tem que ser fiel exatamente a quê? De acordo com o STF, deve ser fiel à ideologia política que a Corte Constitucional brasileira entender como originária.

Mas a questão provocou desacordo entre os próprios Ministros e acabou sendo contornada pela regra da maioria. O problema é que o desacordo sobre ideologias partidárias abrange todos os atores sociais e políticos. E, ainda assim, sentiu-se à vontade a Corte Suprema para decidir a questão a partir da contagem de cabeças dos Ministros. Mais uma vez, o STF tentou concentrar em si a realização da moralidade política, em clara manifestação de ativismo judicial.