

# 1 Introdução

O presente trabalho parte da constatação de que o advento do paradigma neoconstitucionalista<sup>1</sup> fez com que as decisões sobre temas constitucionais complexos fossem cada vez mais transferidas da arena política para a arena judicial, de forma que já não existe mais uma fronteira nítida entre o Direito e a Política.

Os representantes deste fenômeno são a judicialização da política e o ativismo judicial. A judicialização da política “é um fenômeno macro, dentro do qual poderia ser encontrado o ativismo judicial, mas ambos provêm da ruptura com o sistema tripartido de poderes, conferindo ao Poder Judiciário maior status político e social.” (VIEIRA, *et al.*, 2009, p. 9). O processo de judicialização da política é uma consequência do modelo forte de controle de constitucionalidade - privilegiado pelo desenho constitucional brasileiro a partir de 1988, com a promulgação da nova Constituição e do viés comunitarista. Esse viés comunitarista passa a caracterizar a jurisdição constitucional brasileira; concebe a Constituição como uma ordem concreta de valores e coloca os Tribunais como verdadeiros atores políticos na representação dos interesses dos cidadãos, tendo em vista a concretização de direitos e garantias fundamentais.

Já o ativismo judicial revela uma intenção mais ambiciosa por parte dos Tribunais: “não em concretizar direitos, mas em alargar a sua competência institucional” (VIEIRA, *et al.*, 2009, p. 9), para suprir as omissões dos demais poderes constituídos (Legislativo e Executivo). Há extensão do debate de questões

---

<sup>1</sup> No direito brasileiro, após a promulgação da CRFB de 1988, a expressão neoconstitucionalismo foi consagrada a partir “da emergência de novo paradigma na teoria jurídica e na prática dos Tribunais que pode ser sintetizado por cinco fenômenos reciprocamente implicados: a) reconhecimento da força normativa dos princípios e a valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; b) rejeição do formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação jurídica etc.; c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos e garantias fundamentais, para todos os ramos do ordenamento jurídico; d) reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário.” (SARMENTO, 2009, p. 9-10). Em relação à judicialização da política destaca o autor que “a abertura e a indeterminação semânticas dos princípios que se tornaram ricos pelo pluralismo axiológico ensejou a adoção de novos métodos hermenêuticos para que as questões polêmicas e relevantes para a sociedade passassem a ser resolvidas diretamente pelos Tribunais.” (SARMENTO, 2009, p. 15-16).

constitucionais complexas, antes nos limites da esfera pública política e agora travado na esfera pública judicial, pressupondo-se que as decisões judiciais são dotadas de um maior grau de deliberação e de legitimidade, a despeito dos juízes não terem sido eleitos pelo voto popular.

No segundo capítulo a teoria da separação de poderes é analisada desde o modelo liberal até os documentos federalistas para enfatizar o processo de transformação pela qual passou o Poder Judiciário. Visto como um poder nulo, conhecido apenas como a boca da lei, com o modelo do *judicial review* norte-americano, o Poder Judiciário passou a exercer uma função contramajoritária, com a prerrogativa de revogar as decisões majoritárias tomadas pelos demais poderes, especialmente pelo Legislativo, com fito de propiciar a defesa dos direitos das minorias, não devidamente considerados no processo legislativo.

No subtítulo 2.2.3 se define o objeto de estudo do presente trabalho, a análise do ativismo judicial praticado pelo TSE, ao regulamentar matérias atinentes ao processo eleitoral por meio de Resoluções de caráter meramente administrativo como o ocorreu com a Resolução 22.610/07 que disciplinou o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária e de desfiliação partidária por justa causa. Em razão da desconfiança na democracia representativa, a arena política - que deveria ser o fórum adequado para o debate de questões eleitorais complexas, como é o caso de tais hipóteses - foi gradativamente substituída pela arena judicial, propiciando que o TSE atuasse de modo ativista para suprir as omissões legislativas.

No subtítulo 2.2.4 enfatiza-se como o princípio da separação de poderes foi flexibilizado pela judicialização da política e pelo ativismo judicial. Procurou-se demonstrar que a prática do ativismo judicial é responsável pelo contínuo esvaziamento funcional do Poder Legislativo, o que compromete a democracia representativa, pois este poder vem perdendo a prerrogativa de deliberar acerca de questões constitucionais relevantes para a sociedade. Embora o Brasil tenha consagrado expressamente o princípio da separação dos poderes como um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, será enfatizado como este princípio foi fortemente mitigado para endossar a prática de um nefasto ativismo judicial que provoca o esvaziamento funcional do Poder Legislativo.

Em linhas gerais, o terceiro capítulo trata das teorias constitucionais contemporâneas relacionadas à função da jurisdição constitucional a partir da

tensão entre constitucionalismo e democracia, dentre as quais se destacam o substancialismo de Dworkin, o procedimentalismo de Ely e Habermas, o majoritarismo participativo de Waldron e a teoria minimalista de Susntein. Na sequência será analisada qual destas teorias se mostra mais adequada à jurisdição constitucional brasileira.

O debate entre constitucionalismo e democracia frequentemente se depara com questionamentos sobre o problema da dificuldade contramajoritária ao indagar “como é possível que juízes (constitucionais ou não), não eleitos pelo voto popular, possam controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito.” (MENDES, 1998, p.464). Outro questionamento recorrente é “se o princípio da maioria pode ceder espaço para a supremacia da Constituição que estabelece, em seu texto, formas de controle sobre a assim denominada liberdade do legislador.” (MENDES, 1998, p.464).

Para responder a essas indagações, busca-se enfatizar, nos subtítulos 3.1.1 a 3.1.4, como cada uma das teorias mencionadas considera legítimo ou não o avanço dos Tribunais sobre tais espaços, que a princípio deveriam ser destinados às instâncias majoritárias. Além disso, indaga-se se o incentivo de práticas de judicialização da política (*lato sensu*) representa um ganho ou uma perda para a democracia. Faz-se menção, ainda, como cada uma destas teorias aborda como deve ser exercido o controle de constitucionalidade das leis, especialmente diante da necessidade do preenchimento de cláusulas constitucionais abertas pelos Tribunais.

No subtítulo 3.1.5 apresentam-se as principais teorias dialógicas constitucionais existentes no direito comparado, cujo objetivo é mitigar a ideia de supremacia judicial que se consolidou a partir do *judicial review* norte-americano. Trata-se de incentivar um controle fraco de constitucionalidade para viabilizar que os demais ramos do governo tenham a oportunidade de travar um debate dialético a respeito de como a Constituição deve ser interpretada, conferindo-lhes “a possibilidade de contradita à decisão judicial.” (SILVA, *et al.*, 2010, p.58). Em seguida, no subtítulo 3.1.6, analisa-se qual destas teorias está mais apta a ser aplicada à jurisdição constitucional brasileira para cumprir os objetivos de trazer “reequilíbrio entre os poderes, gerar uma maior legitimidade democrática” (SILVA, *et al.*, 2010, p.91-92), obstaculizando a prática nefasta do ativismo

judicial e incentivando um diálogo material entre os poderes Legislativo e Judiciário.

No quarto capítulo, trata-se do tema, objeto do presente trabalho, ou seja, traçar os limites para a prática do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito sob o ponto de vista da teoria da autocontenção judicial, tendo como pano de fundo a regulamentação da infidelidade partidária como hipótese de perda do mandato eletivo pela Resolução 22.610/07, editada pelo TSE. Enfatiza-se que esta abordagem casuística à luz da teoria da autocontenção judicial é feita a partir do viés político de atuação Poder Judiciário brasileiro, seja no exercício de sua atividade interpretativo-criativa seja no exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, em conformidade com o desenho institucional que lhe foi dado pela CRFB/88. Desta forma, este trabalho não pretende investigar os requisitos necessários à aplicação da mencionada teoria à jurisdição constitucional brasileira.

No subtítulo 4.2 abordam-se as distorções do sistema eleitoral e do sistema partidário brasileiro, com ênfase à infidelidade partidária e seus desdobramentos negativos em relação a tais sistemas. Também são apresentados os aspectos positivos em relação à instituição de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária em relação aos eleitores e aos partidos políticos.

Posteriormente, nos subtítulos 4.3 e 4.4, aborda-se como a reforma eleitoral foi conduzida pelo TSE ao editar, de forma ativista, a Resolução 22.610/07, regulamentando a infidelidade partidária como hipótese de perda de mandato eletivo e como o STF, no exercício de sua função de guardião da Constituição, reconheceu a constitucionalidade da referida Resolução. No primeiro subtítulo analisa-se a justificativa dada pelo TSE para a edição da Resolução 22.610/07 a partir da Consulta 1.398/07, destacando-se o posicionamento maximalista do voto condutor da Consulta e o posicionamento minimalista do voto vencido. O que se pretende é explicitar, respectivamente, a prática ativista do TSE de usurpar a competência do Legislativo, ao criar uma nova hipótese para o Art. 55 da CRFB de 1988, e como o TSE poderia ter pautado seu comportamento na prática de autocontenção judicial. Questiona-se, em seguida, se a interpretação do Art. 55 da CRFB de 1988 pela Resolução 22.610/07 operou um uma mutação constitucional ou inconstitucional e se essa viola ou não o princípio da separação de poderes.

Já em relação ao posicionamento do STF sobre a constitucionalidade da Resolução 22.610/07, indaga-se se ele cumpriu a função de guardião da Constituição ao corroborar com a atuação do TSE como legislador positivo na edição da mencionada Resolução, que inovou no ordenamento jurídico ao acrescentar ao art. 55 da CRFB de 1988 a hipótese da perda de mandato por infidelidade partidária. Apresenta-se, também, uma análise do posicionamento maximalista do voto condutor da ADI-3999-7/DF e do posicionamento minimalista dos votos vencidos para explicitar o endosso pelo STF ao ativismo judicial praticado pelo TSE e como o STF poderia ter pautado seu comportamento na prática de autocontenção judicial. Além disso, questiona-se se - com o julgamento da ADI-3999-7/DF - o STF também não corroborou com a violação ao princípio da separação de poderes, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Discute-se, ainda, se, ao exercer o controle de constitucionalidade, o STF não estaria contribuindo para retirar do espaço político o debate de questões constitucionais complexas, como é o caso do debate sobre a regulamentação do processo de perda do mandato eletivo por infidelidade partidária. Esse tema é de interesse do eleitorado nacional, já que os votos depositados por ele nas urnas foram desvirtuados pela prática da migração interpartidária.

Finalmente, em sede de conclusão, objetiva-se demonstrar a possibilidade ou não de se aplicar a teoria minimalista de Sunstein, como técnica de decisão judicial para conter o ativismo judicial e incentivar a atuação do Poder Legislativo, com o fito de pôr fim ao institucionalismo assimétrico, que superestima a capacidade do Poder Judiciário e subestima a capacidade do Poder Legislativo para tratar de questões constitucionais complexas. Discute-se, ainda, a possibilidade de a teoria minimalista fomentar a prática de um diálogo constitucional material entre os referidos poderes, na tentativa de promover o resgate da dignidade da legislação.