

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO
CONSTITUCIONAL**

SUZANA ALVES DE QUEIROZ

**ATIVISMO JUDICIAL: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NO CASO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA E OS PREJUÍZOS À
DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E AO PODER LEGISLATIVO**

BRASÍLIA

2020

SUZANA ALVES DE QUEIROZ

**ATIVISMO JUDICIAL: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NO CASO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA E OS PREJUÍZOS À
DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E AO PODER LEGISLATIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso,
desenvolvido sob a orientação da professora
Graziella Guiotti Testa Bruce apresentado à
disciplina de Introdução à redação científica
como requisito parcial de conclusão do curso
de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito
Constitucional.

BRASÍLIA

2020

DEDICATÓRIA

Eu dedico este trabalho a Deus, sem o qual nada é possível, a minha linda filha Isabela, à minha mãe, ao meu esposo Maxuel, a minha orientadora e todos os professores do IDP que estiverem comigo nessa caminhada.

ATIVISMO JUDICIAL: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA E OS PREJUÍZOS À DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E AO PODER LEGISLATIVO

Suzana Alves de Queiroz

Orientadora: Graziella Guiotti Testa Bruce

RESUMO: A jurisdição constitucional em nosso país foi impulsionada após a Constituição Federal de 1988 – CF/88, sendo que, atualmente, o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal - STF tem sido protagonista no campo político. Desse modo, a compreensão dos fenômenos da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial nos levam à reflexão acerca dos limites das decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade e os impactos na Democracia Representativa, no Princípio da Separação dos Poderes e na função essencial do Poder Legislativo que é criar leis gerais e abstratas. Como forma de concretizar o estudo da matéria, será analisado o Ativismo Judicial na decisão do STF no caso da fidelidade partidária, na ocasião em que a Corte Constitucional permitiu que o Tribunal Superior Eleitoral - TSE criasse uma hipótese de perda de mandato eletivo no sistema proporcional e disciplinasse sobre processo, matérias de cunho eleitoral e processual, cuja competência pertence à União e a CF/88 dispõe que cabe ao Congresso Nacional a edição de leis sobre essas questões.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Constituição Federal de 1988. Supremo Tribunal Federal. Judicialização da Política. Ativismo Judicial. Democracia Representativa. Princípio da Separação dos Poderes. Poder Legislativo.

ABSTRACT: Judicial activism the consequences of Supreme Court interference while deciding the cases ADI nº 3.999/DF and 4.086/DF: possible harms to the representative democracy and to the Legislative Power. The judicial powers have been boosted after the enactment of the Brazilian Constitution of 1988, causing the aggrandizement of the Brazilian Supreme Court. Therefore, the emergence of the judicial activism and aggrandizement of Brazilian judicial branch is leading the legal scholars to study and analyze the limits of judicial review, specially under the Separation of Powers clause

and the impacts upon the Legislative Power independence. In order to study the theme, this article will analyze the impacts of brazilian Supreme Court decision during the ruling of ADI n. 3.999/DF and 4.086/DF, opportunity in which the Supreme Court has established that the Judicial Branch has the power to remove from office members of parliament in cases of infidelity to the party, enacting rules about this specific subject, considering that supposedly the brazilian constitution has concentrated the rulemaking power almost exclusively under the Legislative Power.

INTRODUÇÃO

Atualmente, em especial a partir da evolução do controle de constitucionalidade, o juiz deixa de ter um papel passivo de apenas pronunciar a vontade do legislador para ser um importante guardião da constituição e dos direitos fundamentais, tendo em vista que os métodos tradicionais de resolução de casos difíceis se tornaram insuficientes. Nesse sentido, o juiz torna-se um ativo participante da sociedade e defensor da democracia ao passo que a prestação jurisdicional provoca mudanças políticas, sociais e econômicas. (PEIXINHO, 2008)

No Brasil, foi a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88, que a participação ativa da Poder Judiciário no cenário político, social e econômico se consolidou. Entre os vários fatores, dois se destacam: o primeiro, o caráter analítico da Carta Magna que cobre diversos temas não propriamente – constitucionais - e o segundo, o amplo acesso ao Judiciário.

Nesse cenário, o objetivo do trabalho é analisar o fenômeno do Ativismo Judicial na atuação do STF utilizando-se como metodologia de pesquisa o estudo de caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.999/DF e 4.086/DF ocasião em que a Corte permitiu a regulamentação, pelo TSE, da hipótese de perda de mandato eletivo no sistema proporcional, em razão do princípio da fidelidade partidária, segundo o qual a vaga do parlamentar pertence ao partido e não ao candidato.

Ocorre que, de acordo com a CF/88, compete ao Poder Legislativo a edição de leis que criem obrigações e direitos a todos. Desse modo, pretende-se analisar se o STF adentrou em matéria tipicamente prevista ao Parlamento e quais prejuízos que tal postura pode acarretar à Democracia Representativa e ao referido Poder Legislativo.

Em um primeiro momento, será apresentada uma revisão bibliográfica, acerca da evolução da Jurisdição Constitucional no Brasil e as diferenças entre os conceitos de Judicialização da Política e Ativismo Judicial. Também serão abordados de forma breve as competências constitucionais dos Poderes Judiciário e Legislativo, o Princípio da Separação dos Poderes e conceito de Democracia Representativa.

Após a análise teórica de alguns importantes conceitos para essa pesquisa, será realizado um estudo de caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.999/DF e 4.086/DF a partir do voto do Ministro Joaquim Barbosa. Antes, porém,

será apresentado um breve resumo da Jurisprudência do STF acerca do princípio da fidelidade partidária.

Desse modo, pretende-se contribuir com a discussão acadêmica em torno do fenômeno do Ativismo Judicial e refletir se de fato o nosso Poder Legislativo está inerte em assuntos importantes ou se o STF está adentrando em matérias reservadas ao Parlamento.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO

1.1. Evolução da Jurisdição Constitucional no Brasil

Para se compreender o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política é importante entender como funciona o controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro. Nesse sentido, essa pesquisa apresentará um breve histórico da evolução da Jurisdição Constitucional no Brasil de forma a se verificar como o sistema de controle de constitucionalidade contribui para o Ativismo Judicial e para a Judicialização da Política.

A expressão jurisdição constitucional se refere à interpretação e aplicação da constituição pelo Poder Judiciário. No caso brasileiro, a jurisdição constitucional é exercida por todos os tribunais e juízes, estando o STF no topo do sistema. (BARROSO, 2016)

Contudo, antes de adentrar na jurisdição constitucional no Brasil, é necessário entender o contexto internacional, o qual influenciou o nosso país.

Nesse sentido, as transformações ocorridas nos séculos XVIII e XIX que resultaram na derrubada dos regimes absolutistas e no surgimento dos chamados Estados Liberais influenciaram no papel da justiça, a qual foi reconhecida como função estatal e também como poder de Estado em alguns países. Isso em razão das duas referências históricas no processo de formação dos Estados Liberais, a revolução americana de 1787 e a francesa de 1789. (ARANTES, 2015)

Os dois principais modelos constitucionais, os quais influenciaram os demais Estados liberal-democráticos, surgiram na França e nos Estados Unidos. A França reestruturou o judiciário, porém não lhe conferiu poder político, enquanto os Estados Unidos atribuíram ao Poder Judiciário não só a função de resolver os conflitos entre particulares, mas o elevou à condição de poder político. No modelo americano, a

condição de poder político do judiciário lhe confere a função de controlar os demais atos normativos dos outros poderes, o que é denominado de *judicial review* ou *controle de constitucionalidade das leis*, de forma que o judiciário pode até impor comportamentos, autorizar ações do governo e gerar políticas públicas. Já no modelo Francês, o judiciário se assemelha a um órgão político, responsável por prestar a justiça nos conflitos particulares, mas incapaz de desempenhar papel político no processo decisório normativo. (ARANTES, 2015)

Nesse cenário, a França conferiu supremacia ao Parlamento, de forma que o Poder Judiciário não poderia suspender a execução das leis. Já nos Estados Unidos houve uma desconfiança de que poderia haver uma “tirania da maioria” e também uma forte preocupação com os direitos naturais da tradição liberal de Locke, de forma que o Poder Judiciário foi elevado à condição de poder político capaz de se colocar entre o governo e o cidadão, de forma a defender os direitos individuais deste último. (ARANTES, 2015)

Já no século XX, o Poder Judiciário passou por uma relevante expansão, tanto no que diz respeito à prestação da justiça ordinária quanto no controle de constitucionalidade das leis. Vários países passaram a adotar o controle de constitucionalidade das leis sendo que alguns países procuraram alternativas ao modelo americano, para suprir determinados inconvenientes desse sistema. (ARANTES, 2015)

Na Europa, no início do século XX, a maioria dos países tinha adotado o sistema francês com a tese da “supremacia do parlamento” quadro que foi significativamente alterado após a Segunda Guerra Mundial, tendo destaque para a Áustria, a qual por influência do grande jurista Hans Kelsen, introduziu um sistema controle de constitucionalidade diverso do americano, o que seria reproduzido por muitos países após a Segunda Guerra Mundial. (ARANTES, 2015)

O sistema americano é difuso, de forma que todos os juízes que integram o Poder Judiciário podem declarar uma lei inconstitucional no caso concreto. Desse modo, os conflitos entre as leis e a constituição chegam à Suprema Corte pelas vias recursais. No sistema americano a Suprema Corte se destaca como guardião da constituição em razão da força vinculante de sua jurisprudência e do caráter terminativo de suas decisões. O modelo austríaco, por sua vez, confere o monopólio do controle de constitucionalidade a um tribunal especial, o qual por ação direta questiona a

constitucionalidade de uma lei. Esse sistema é denominado de concentrado. (ARANTES, 2015)

O Brasil adota um sistema híbrido, combinando o sistema americano do controle difuso com o sistema europeu do controle concentrado. A partir da CF/88 houve significativas mudanças no controle de constitucionalidade brasileiro, entre as quais a ampliação do rol de legitimados a propor ações diretas perante o STF. Antes de 1988, somente o Procurador Geral da República poderia ingressar com ação direta no STF sendo que atualmente o rol de legitimados subiu para nove, conforme Art. 103 CF/88. (*idem*, 2015)

Nesse sentido, de acordo com o Art. 103 da CF/88, os legitimados são os seguintes: a mesa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados; a mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, a, 2020)

Veja-se que de acordo com esse novo modelo, o acesso é tão amplo ao STF indo desde os Parlamentares e representantes do Poder Executivo até integrantes da sociedade civil, por meio de suas entidades sindicais.

Quanto às ações diretas, em sua redação original, o Art. 103 da CF/88 só previa a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI. Porém, alterações posteriores fizeram surgir quatro tipos de ações diretas (além da ADI, também a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF), de forma que se pode provocar o STF para exercer vários papéis para além da tradicional função contramajoritária. (ARANTES, 2015)

Nos primeiros anos após a CF/88, a composição da corte ainda era conservadora, com alguns membros oriundos do regime militar, sendo que a partir de 2002 foram iniciadas reformas que permitiram que o STF consolidasse sua jurisdição concentrada. O governo Lula sinalizou para uma mudança mais plural na composição da corte constitucional com considerações de atributos de gênero, etnia, atuação ou apoio a movimentos sociais na escolha de alguns integrantes do STF. (KOERNER, 2013)

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Judiciário) ocorreram importantes alterações com a ampliação do controle de constitucionalidade. (KOERNER, 2013)

Esse novo cenário, em especial na composição da corte, contribuiu para que o STF tivesse um papel relevante na efetividade dos direitos e na promoção de políticas públicas. Ao concretizar os direitos previstos na Carta Magna, tal fato contribuiu para que o STF fortalecesse seus apoios políticos e sociais, fazendo surgir uma nova ordem jurisprudencial. (KOERNER, 2013)

Sobre a força do controle de constitucionalidade no Brasil, importante questão nos traz o ensaio “*a essência da oposição ao judicial review*”, de Jeremy Waldron (2010). No artigo, o autor argumenta acerca da existência do controle de constitucionalidade forte e o fraco, sendo que o primeiro que é alvo das críticas desse autor. No controle de constitucionalidade forte os tribunais têm autoridade para afastar ou modificar os efeitos de uma lei. Existiria ainda uma forma mais forte de controle de constitucionalidade que seria aquele em que os tribunais podem excluir totalmente uma lei de uma vez por todas.

É o caso brasileiro, por exemplo. No Brasil temos o controle de constitucionalidade difuso, em que o órgão julgador pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei e afastar a aplicação no caso concreto, e uma forma ainda mais forte de controle de constitucionalidade, o controle concentrado, quando o STF declara a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos *erga omnes* (para todos) e vinculantes.

Ainda, segundo Jeremy Waldron (2010), no controle de constitucionalidade fraco os tribunais podem analisar minuciosamente a legislação quanto à compatibilidade com os direitos individuais, porém não possível recusar a aplicação da lei. O autor cita o exemplo do Reino Unido, onde os tribunais analisam uma lei com vistas a emitir uma “declaração de incompatibilidade”. Essa declaração não possui o efeito de afastar a aplicação da lei, porém a partir dela o primeiro ministro do governo pode iniciar um procedimento rápido e eficaz para remediar a incompatibilidade.

Esse exemplo do autor nos indica que há um considerável respeito ao princípio da Separação dos Poderes no Reino Unido, de forma que o Judiciário não afasta a lei legitimamente produzida pelo parlamento, porém a decisão dos tribunais parece provocar uma séria preocupação para que a incompatibilidade seja superada.

Nesse cenário, pode-se concluir que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade contribui significativamente para a atuação do STF em questões políticas, econômicas e sociais.

2. DIFERENÇAS ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Em período anterior à Segunda Guerra Mundial, na Europa continental, a constituição não era aplicada diretamente. Havia uma supremacia do Parlamento e uma centralidade da lei e o controle de constitucionalidade era tímido ou até inexistente. Contudo, a partir da II Guerra, surge o Estado constitucional de direito e a constituição passa a prever limites para o conteúdo de leis e ações do Estado, sendo que a palavra final acerca da interpretação da constituição passou a ser competência dos tribunais constitucionais ou da Suprema Corte. (BARROSO, 2016)

Nesse cenário, a *Judicialização* é um fenômeno mundial onde questões políticas, sociais e morais estão sendo decididas pelo Poder Judiciário ao invés de estarem sendo discutidas pelo Poder Legislativo. No Brasil, a Judicialização é expressiva, uma vez que a constituição é abrangente e analítica e, desse modo, sendo um tema previsto na constituição, ele se torna uma pretensão judicial. (BARROSO, 2016)

A Judicialização da Política não significa dizer que o Poder Judiciário estaria usurpando o Princípio da Separação dos Poderes, mas, constitui em importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais, sempre de acordo com a constituição e com os princípios democráticos. (PEIXINHO, 2008)

A consequência imediata da Judicialização é que o Poder Judiciário atua em matérias que, em tese, seriam reservadas aos Poderes Executivo e Legislativo. Desse modo, pode-se ser dizer que há sempre Judicialização da Política quando o Poder Judiciário, no desempenho normal de suas atribuições, afeta de forma significativa o campo político. (PEIXINHO, 2008)

Entender o contexto de surgimento da atual constituição nos ajuda a compreender porque tantos temas políticos estão positivados na Carta Magna.

A partir da leitura de Monclaire e Paixão e Barbosa, verificam-se que as abordagens do processo constituinte fornecem uma visão ampla e didática dos fatos

históricos, das lutas travadas e dos anseios de uma nova sociedade cansada de um regime militar que limitou muito a participação popular na vida política do país. Diferentes ideologias, oriundas dos diversos seguimentos da sociedade, explicam o porquê da nossa atual constituição abordar tantos assuntos, desde aqueles considerados essencialmente constitucionais, como os direitos e garantias fundamentais, até aqueles relacionados a políticas públicas que envolvam o atendimento à saúde, educação e moradia, a citar esses pequenos exemplos, que de longe sequer ilustram a riqueza de matérias que fazem parte da harmonia do texto constitucional.

A Constituição de 1988, para além de propor um texto predominantemente técnico, foi inovadora tendo em vista a ampla participação popular, sem basear-se em um anteprojeto oficial. As forças políticas da época se jogaram no processo constituinte sem saber onde iam chegar. O que marcou a elaboração da constituição foi a existência de diversos pensamentos políticos e ideológicos e uma forte exigência de cidadania, de participação do povo na vida política do país. Esses fatores atribuem à Constituição de 1988 um caráter inovador e também são alvos de críticas. (PAIXÃO e BARBOSA)

Além do fato da constituição prever tantas matérias, o sistema de controle de constitucionalidade, mencionado anteriormente, pelo qual o acesso ao STF é amplo por via das ações diretas, contribui para o fenômeno da Judicialização. (BARROSO, 2016)

O *Ativismo Judicial* por sua vez é uma atuação mais intensa do Poder Judiciário, na concretização da constituição, com maior interferência na atuação de outros Poderes ou até a ocupação de espaços vazios. A atuação oposta ao ativismo é a *autoconção judicial*, que ocorre quando o Judiciário procurar reduzir a sua interferência no espaço dos outros Poderes. (BARROSO, 2016)

A discussão em torno da participação do Poder Judiciário em matérias políticas não se dá apenas no Brasil, antes, porém, é uma tendência global, conforme dito anteriormente. Atualmente estamos em um contexto em que o Poder que interpreta as leis e a Constituição também está criando o direito seja diante da omissão legislativa seja até mesmo perante a legislação vigente. (SOARES, 2015)

Deve-se entender por *Ativismo Judicial* o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pela constituição, o que traz consigo um sinal negativo, em razão da desnaturação da função típica do Poder Judiciário. Registre-se que o ativismo atua de forma mais intensa na função legislativa, tendo em vista que o

Judiciário pode afastar por completo uma lei declarada inconstitucional assim como por meio de decisões excessivamente criativas (RAMOS, 2010).

Em outras palavras, no Ativismo Judicial, há uma interpretação do direito de forma expansiva e criativa, adentrando na esfera de competências dos outros poderes, inclusive estabelecendo condutas que não estavam previstas inicialmente, sem observância do processo político majoritário. (NUNES, 2015)

3. COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.

3.1. Competências constitucionais dos Poderes Legislativo e Judiciário

De acordo com as competências constitucionais, compete ao Poder Legislativo a função típica de legislar e fiscalizar, porém, de forma atípica, o Poder Legislativo administra e julga. (MENDES e GONET BRANCO, 2016)

O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, o qual é bicameral, composto pela Câmara dos Deputados, com representantes do povo eleitos pelo sistema proporcional, e pelo Senado Federal, com representantes eleitos pelo sistema majoritário. (MENDES e GONET BRANCO, 2016)

Funcionam junto ao Congresso e às suas casas, as comissões, permanentes e temporárias, as quais são formadas para retratar o quadro de forças políticas da casa à que se vinculam e tem a importante missão de ser um elo entre a casa legislativa respectiva e a sociedade civil. (MENDES e GONET BRANCO, 2016)

Quanto à função legislativa, a que interessa para a presente pesquisa, consiste na edição de atos normativos primários, que instituem direitos e obrigações, sendo que o processo legislativo é o conjunto de atos que uma proposição normativa deve seguir para se tornar uma norma de direito. (MENDES e GONET BRANCO, 2016)

No que tange ao Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 conferiu um importante papel a este Poder até então não outorgado por nenhuma outra constituição, conferindo-lhe autonomia institucional, administrativa e financeira. (MENDES e GONET BRANCO, 2016)

O Poder Judiciário ou a Jurisdição é singular em relação aos demais poderes, uma vez que a sua atividade produz uma decisão autônoma e vinculante em casos de direitos contestados ou violados. (*idem*, 2016)

3.2. O Princípio da Separação dos Poderes

O Estado constitucional, submetido ao direito, tem com uma de suas principais bases o Princípio da Separação dos Poderes, consolidado a partir da obra *O espírito das leis*, de Montesquieu. (RAMOS, 2010)

Contudo, foi John Locke quem primeiro teve a ideia de que seria interessante que o poder do Estado em relação ao indivíduo seja limitado para não invadir a esfera de seus direitos naturais. Na sequência, com Montesquieu, surgiram diversas obras teóricas sobre a separação dos poderes. Assim, Montesquieu, inspirado em Locke, entende que os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial devem conviver em harmonia sem uma rigorosa separação entre as suas funções. (PEIXINHO, 2008)

Nesse cenário, a divisão dos Poderes foi consagrada como princípio fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e a partir daí para as constituições, a ponto de se consagrar, na referida Declaração, que se uma sociedade não garantisse a separação dos poderes então não teria uma constituição. (PEIXINHO, 2008)

Desse modo, o Princípio da Separação dos Poderes surge a partir da identificação das principais funções do Estado, as quais são distribuídas entre estruturas orgânicas independentes entre si e cada qual exercendo de forma preponderante (mas não exclusiva) uma dessas funções do Estado. (RAMOS, 2010)

A identificação da função típica de um Poder não significa que não possa haver um compartilhamento interorgânico das funções na forma prescrita na Constituição. Porém, há *um núcleo essencial de função* que não pode ser exercido por outro Poder, sob pena de interferência indevida na esfera de competência do outro Poder. Nesse cenário, o Ativismo Judicial tem relação com a invasão dos limites da função jurisdicional no núcleo essencial de outra função estatal, principalmente da função legislativa, o que não quer dizer que o mesmo não ocorra com a função executiva. (RAMOS, 2010)

3.3 Democracia Representativa

Com vistas a ter uma vida satisfatória, os seres humanos necessitam viver em conjunto com outras pessoas, o que implica dizer que nem sempre a vontade pessoal irá prevalecer. Nesse cenário, se faz necessário criar um processo para se chegar as decisões em relação às regras e às leis a serem seguidas pela comunidade. (DAHL, 2001)

Assim, apenas um governo democrático é capaz de proporcionar aos cidadãos a oportunidade máxima de viverem sob leis de sua própria escolha, ainda que existam eleitores que tiveram a sua opção rejeitada pela maioria dos cidadãos, isso porque o processo democrático é mais justo para a escolha das regras a serem seguidas do que qualquer outro modelo não democrático. (DAHL, 2001)

A Democracia pode ser exercida diretamente pelos cidadãos ou de forma indireta, por meio de representantes eleitos.

Contudo, no Estado Moderno não é mais possível adotar a técnica de conhecimento da vontade dos cidadãos como o era na democracia grega, onde todos os cidadãos participavam ativamente na elaboração das leis e na administração do governo. (BONAVIDES, 2014)

Tal hipótese soa inimaginável nos dias atuais, em especial devido à larga base territorial dos Estados e a necessidade que o homem atual tem de trabalhar para prover suas necessidades materiais de existência, ocasião em que o governo representativo de bases democráticas se mostra como a solução possível para as questões essencialmente políticas. (BONAVIDES, 2014)

O termo “democracia representativa”, ou seja, a democracia indireta, em geral diz respeito ao fato de que as deliberações de interesse de toda a sociedade serem tomadas não de forma direta por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas, não importando se os órgãos de decisão são o parlamento, o presidente da república ou outro arranjo institucional. (BOBBIO, 2000)

Sobre a democracia direta, atualmente é possível o seu exercício em algumas hipóteses. No caso brasileiro, verifica-se que a Constituição Federal no Art. 1º, parágrafo único, expressa que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (BRASIL, a, 2020)

Porém, para os fins propostos na presente pesquisa, nos interessa analisar quais os prejuízos são ocasionados à democracia representativa nas situações em que o STF atua além dos seus limites constitucionais e decide questões que deveriam ser amplamente debatidas pelo parlamento.

No Brasil, os representantes são eleitos através do voto, o qual consiste em uma das vertentes do direito ao sufrágio, já que este consiste no direito de votar, de participar da organização da vontade do Estado e no direito de ser votado. (MENDES e GONET BRANCO, 2016)

Destaca-se que no Brasil o sufrágio é universal, de forma que todos os nacionais têm o direito de votar, e o voto é obrigatório partir dos 18 anos e facultativo para os maiores de 16 anos e menores de 18 anos bem como para as pessoas maiores de 70 anos e analfabetos. O voto também é secreto, periódico e de igual valor para todos os cidadãos. (MENDES e GONET BRANCO, 2016)

4. O PRINCÍPIO DE FIDELIDADE PARTIDÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de adentrar no estudo de caso das ADIs nº 3.999/DF e 4.086/DF, será feito um breve relato da jurisprudência do STF sobre a aplicação do princípio da fidelidade partidária nos sistemas proporcional e majoritário.

No Brasil, temos como primeiro marco temporal para a fidelidade partidária o ano de 1969, com a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, outorgada pelos ministros militares, durante o regime Militar, em um contexto em que conviviam dois partidos políticos, o ARENA (Aliança Renovadora Nacional) e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro). Na sequência, a fidelidade partidária foi extinta pela Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985. Com a CF/88, o instituto não foi previsto sendo que somente em 2007 foi novamente introduzido no Brasil por meio do Poder Judiciário, sendo esse o entendimento vigente até então. (TELES, 2017)

Nesse cenário, inicialmente, o STF entendia que o mandato pertencia ao parlamentar, de forma que a infidelidade partidária não seria causa de perda de mandato parlamentar. Posteriormente esse entendimento mudou, de forma que a infidelidade partidária passou a ser motivo para perda de mandato ao menos no sistema proporcional. (SARLET; *et al.*, 2018)

O TSE, o que veio a ser ratificado pelo STF posteriormente, reconheceu que os partidos políticos e as coligações teriam o direito de preservar as vagas obtidas nas eleições proporcionais em todas as esferas da federação, em razão de desfiliação partidária ou transferência para outra legenda sem motivo justificado. (SARLET; *et al.*, 2018)

Cumprе mencionar que o STF, quando julgou a ADI 5.081, de 27.05.2015, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, firmou o entendimento unânime no sentido de que a perda do mandato por infidelidade partidária só se aplicaria ao sistema proporcional e não ao sistema majoritário. (SARLET; *et al.*, 2018)

Segundo o relator, no julgamento das ADIs nº 3.999/DF e 4.086/DF, o STF analisou o alcance do poder regulamentar da justiça eleitoral, tendo por pano de fundo os Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, os quais cuidavam do sistema proporcional. Nesse sentido, a ADI 5.081/DF foi conhecida para julgar o alcance dos normativos do TSE ao sistema majoritário, tendo em vista que tal temática não fora objeto das ADIs 3.999/DF e 4.086/DF. (BRASIL, b, 2020)

Em seu voto, o relator da ADI 5.081/DF aponta as diferenças básicas do sistema majoritário e do proporcional. O majoritário se refere à eleição dos Prefeitos, Governadores, Senadores e do Presidente da República, sendo que o candidato que vence é aquele que obtém o maior número de votos. Já o sistema proporcional, o qual é utilizado para a eleição de Vereadores, Deputados Estaduais, Distritais e Federais, depende de forma decisiva da quantidade de votos que o partido, ao qual o candidato está filiado, recebeu. Em outras palavras, no sistema proporcional, o total de votos válidos de todos os candidatos e partidos é dividido pelo número de cadeiras a preencher, resultando no quociente eleitoral, o que significa que o partido deve alcançar o quociente eleitoral para eleger pelo menos um candidato. Na sequência, os votos obtidos pelo partido serão divididos pelo quociente eleitoral e resultará no número de candidatos eleitos pelo partido. A partir da desse ponto, a eleição do candidato depende dos votos obtidos pelo partido e por ele próprio. (BRASIL, b, 2020)

Prosseguindo, o Ministro discorre que foi efetuada uma consulta ao TSE sobre se a Resolução nº 22.610/2007 também seria aplicável ao sistema majoritário e o TSE entendeu que sim. Desse modo, entendeu Barroso que a Resolução nº 22.610/2007 do TSE foi além e o princípio da fidelidade partidária não é aplicável ao sistema majoritário. (BRASIL, b, 2020)

Barroso defende que há fundamento constitucional para aplicação do princípio da fidelidade partidária no sistema proporcional, contudo a lógica não é a mesma para o sistema majoritário. No sistema majoritário a regra da fidelidade partidária não é necessária para preservar a vontade do eleitor, ao contrário, antagoniza com a soberania popular, um princípio que integra o núcleo essencial do princípio democrático. Isso porque no sistema majoritário, os eleitores votam no candidato e não no partido. (BRASIL, b, 2020)

5. ESTUDO DE CASO: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.999-7/DF E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.086/DF

A ADI nº 3.999-7/DF, ajuizada pelo Partido Social Cristão – PSC, e a ADI nº 4.086/DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República – PGR, ambas de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, questionaram as Resoluções nº 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, as quais versam sobre o processo de perda de cargo eletivo e de justificação para a desfiliação partidária. (BRASIL c, 2020)

Para os fins propostos nesta pesquisa, será analisado o voto do relator na ADI 3.999-7, pois a matéria constante da ADI nº 4.086/DF é a mesma, tanto que o relator cuida das duas ações no mesmo voto. Importante ressaltar que o relator aponta que a questão de fundo proposta pelo PGR é a análise quanto ao alcance do poder regulamentar do TSE, o qual não poderia ter criado normas sobre competência e sobre o processo de perda do cargo eletivo. (BRASIL, c, 2020).

O TSE, com fundamento no Art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e com observância dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, editou as Resoluções nº 22.610/2007 e 22.733/2008. Cumpre mencionar que os normativos disciplinaram a perda do cargo eletivo no sistema proporcional. (BRASIL, c, 2020)

A Resolução nº 22.610/2007 previu que o partido político poderia pedir a perda do cargo eletivo em caso de desfiliação partidária sem justa causa assim como disciplinou o que seria considerado como justa causa. Além disso, a referida resolução tratou de regras processuais para o pedido de desfiliação por justa causa. (BRASIL, c, 2020)

Nesse contexto, inicialmente, o relator reconhece que a Resolução nº 22.610/2007 do TSE apresenta normas gerais e abstratas relativas ao processo de perda

do cargo por infidelidade partidária além de dispor sobre o processo judicial da determinação da justa causa para a desfiliação partidária. (BRASIL, c, 2020)

Na sequência o relator recorda do julgamento dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, ocasião em que o STF reconheceu o princípio da fidelidade partidária, situação em que a identidade do eleitor é com o partido político e não com o candidato. (BRASIL, c, 2020)

Nesse cenário, a corte firmou o entendimento de que seria possível a perda do cargo sem justa causa e que o TSE deveria regulamentar as fases do procedimento destinado a averiguar a existência de justa causa. (BRASIL, c, 2020)

Discorre o relator que o Art. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição reserva à lei a competência para dispor sobre matéria eleitoral (Brasil, a, 2020). Eis o teor dos referidos dispositivos constitucionais: (BRASIL, a, 2020)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[...]

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

[...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Nesse sentido, o Ministro aponta que não é uma simples questão de forma, mas, por outro lado, compete ao legislativo discutir acerca das tensões surgidas do processo político e criar normas para estabilizar essas tensões. (BRASIL, c, 2020)

Contudo, invoca o princípio da colegialidade, e que, embora tenha sido vencido na ocasião em que a corte reconheceu o princípio da fidelidade partidária, argumenta que o STF não negou um meio processual para assegurar concretamente as consequências advindas do desrespeito ao referido princípio. Assim, entende o relator, que compete ao TSE dispor sobre a matéria durante o silêncio do Legislativo, em caráter de exceção. (BRASIL, c, 2020)

Assim, entende o relator, que a atividade normativa do TSE recebe seu amparo da extraordinária circunstância de que o STF reconheceu a fidelidade partidária, como pressuposto para permanência no cargo eletivo, e que não há mecanismo para assegurar o referido princípio. (BRASIL, c, 2020)

Ao final, o relator julga improcedente a ação direta de inconstitucionalidade considerando válidas as resoluções do TSE até que o Congresso Nacional discipline a matéria. (BRASIL, c, 2020)

6. ATIVISMO JUDICIAL: DISCUSSÃO SOBRE A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, E OS PREJUÍZOS À DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E AO PODER LEGISLATIVO

A partir do voto do Ministro Joaquim Barbosa, verifica-se que atuação do STF no julgamento das ADIs nºs 3.999-7 e 4.086/DF pode ter sido decorrente do fenômeno do Ativismo Judicial.

O STF adentrou no *núcleo essencial* da função do Poder Legislativo (RAMOS, 2010), ao permitir que o TSE criasse uma hipótese de perda de mandato eletivo no sistema proporcional, sob o argumento de que uma vez que o STF reconheceu o princípio da fidelidade partidária deveria também assegurar os meios para concretizar esse reconhecimento. (BRASIL, c, 2020).

Ocorre que esse entendimento do STF, embora compreensível, esbarra em disposições fundamentais da CF/88. Atualmente, o STF tem sido o palco de questões políticas, sociais e econômicas fundamentais para a sociedade, o que pode ocasionar o esvaziamento da atuação do Poder Legislativo.

Vejamos. O Art. 55 da CF/88 prevê as hipóteses de perda do mandato de Deputado ou Senador e não há previsão de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária (BRASIL, a). Conforme mencionado pelo Ministro Joaquim Barbosa, a partir da leitura dos Artigos 22, I, 48 e 84, IV, da CF/88, é cristalino que compete ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre matéria de competência da União, entre elas direito eleitoral e processual.

O estudo de caso aponta que o TSE criou uma hipótese de perda de mandato eletivo no sistema proporcional por infidelidade partidária, o que é claramente matéria eleitoral reservada à lei, assim como dispôs sobre direito processual, o que também é matéria reservada à lei.

Desse modo, o caso concreto indica que o STF pode ter atuado de forma ativista, ao permitir que o TSE regulamentasse matérias que seriam de competência do

Poder Legislativo. Destaca-se que o próprio STF reconhece como válida as resoluções do TSE até que o Congresso Nacional discipline a matéria.

O estudo de caso em questão é um importante indicativo da força que a Corte Suprema tem no Brasil e demonstra um claro prejuízo ao Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que o STF não atuou dentro dos limites constitucionais.

Existe uma linha tênue entre o que seria a atuação do STF decorrente da Judicialização e do Ativismo. São fenômenos muito parecidos, por isso a Corte deve ter muita cautela em suas decisões, pois em decorrência do modelo de controle de constitucionalidade, o qual prevê vários mecanismos de acesso ao STF, e do extenso rol de direitos previstos na CF/88 é esperado que temas tão sensíveis à sociedade sejam discutidos na Corte ao invés do Parlamento.

Isso tende a causar prejuízos a Democracia Representativa quando o STF não observa seus limites de atuação, pois o eleitor, ao votar no candidato, tem a expectativa de que importantes questões serão discutidas e votadas pelo Parlamento, o legítimo representante da vontade do povo e não por um reduzido número de Ministros do STF.

Em outras palavras, o ativismo judicial pode provocar um *déficit* de legitimidade na democracia, tendo em vista que eleitor não tem como afastar um juiz que não atende aos seus anseios uma vez que os magistrados gozam da garantia da vitaliciedade. Logo, importantes decisões de cunho político e social estão sendo decididas por membros que não foram eleitos pelas urnas. (SOARES, 2015, pág. 30)

Não se pode também afirmar que legislativo esteja inerte, apesar que observa-se uma contradição não muito clara, tendo em vista que nos dois momentos em que a fidelidade partidária foi introduzida no sistema político foi por atores estranhos ao Poder Legislativo, o que parece apontar para a ausência de consenso sobre a temática no Parlamento. Por outro lado, verifica-se que o Legislativo também não editou lei em sentido contrário ao entendimento do Judiciário. (TELES, 2017)

Nesse sentido, no caso da perda de mandato por infidelidade partidária, não há evidências de pressão dos eleitores para a criação de hipótese de perda do mandato em razão da mudança de partido. A questão da declaração de vacância dos cargos em razão de mudança de partido chegou ao judiciário motivada por partidos políticos que não se conformaram em perder a vaga. Assim, tentou-se obter juridicamente o que não foi possível conseguir politicamente. (SOARES, 2015)

Assim, não é possível afirmar que houve uma omissão do Poder Legislativo em regular a matéria, sendo que essa “aparente omissão” na verdade pode apenas evidenciar a vontade de manutenção do entendimento até então vigente, ou seja, que a CF/88 não previu a hipótese de perda do cargo do parlamentar para o candidato que mudasse de partido de partido político. (SOARES, 2015)

O Parlamento é o ambiente adequado para se deliberar matérias políticas, sendo que a decisão do Judiciário sobre a perda do mandato parlamentar foi criadora do direito e não interpretativa. Deve-se ter em mente que a CF/88 tem limites e não foi criada no seio do Judiciário, sob pena de se esvaziar a função legislativa e sobrecarregar o Judiciário com atribuições estranhas as suas competências constitucionais. (SOARES, 2015)

A decisão sobre a obrigação de fidelidade partidária é livre não podendo o juiz dizer em qual partido o candidato deve permanecer, sendo que a única solução justa para o caso da fidelidade partidária é aquela permitida pela CF/88 a qual deixou em aberto a possibilidade de mudança de partido sem a consequência da perda do mandato. Desse modo, a soberania popular externada nas urnas não poderia ter sido usurpada pelo processo hermenêutico de decisão judicial. (*idem*, 2015)

Desse modo, observa-se que o estudo de caso em questão é um exemplo de Ativismo Judicial, pois a Corte adentrou na competência típica do Poder Legislativo.

7. CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada é possível identificar uma atuação mais intensa do STF em questões políticas, sociais e econômicas, em grande parte devido ao amplo acesso à corte e também pela variedade de temas não formalmente constitucionais previstos em nossa Carta Magna.

Não é possível afirmar que o crescente Ativismo Judicial na atuação do STF tem como causa uma atuação inerte do Poder Legislativo, isso porque muitas matérias que chegam à Corte são polêmicas para toda a sociedade e se ainda não se tornaram lei é porque ainda não há um consenso democrático pela via legislativa sobre determinados assuntos.

Por outro lado, o STF, ao atuar de forma ativista, tende a prejudicar a atuação do Poder Legislativo com prejuízos à Democracia Representativa, uma vez que

o povo confiou a decisão de assuntos sensíveis ao Parlamento, compostos por representantes eleitos.

O Ativismo Judicial também é prejudicial ao Princípio da Separação dos Poderes, pois o constituinte originário previu competências típicas aos Poderes, que embora não exclusivas, possuem elementos centrais que não podem ser exercidos pelos outros poderes.

Não se pode negar que uma maior participação do Poder Judiciário confere maior efetividade aos direitos fundamentais previstos na CF/88, sendo salutar a presença desse poder para a defesa da CF/88, porém, apenas com o cuidado e bom senso de não ultrapassar as competências que lhe foram outorgadas.

Nesse sentido, pôde-se verificar no estudo de caso das ADIs, um típico exemplo de decisão ativista, na qual o STF permitiu que o TSE, por meio de Resolução, atuasse como legislador positivo, ao criar uma hipótese de perda de mandato eletivo e dispor de matéria processual, questões claramente previstas como competência constitucional do Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário: entre a Justiça e a Política* (capítulo 2). Sistema político brasileiro: uma introdução. Lúcia Avelar, Antônio Octávio Cintra, organizadores. 3 ed. – Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2015.

DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 11ª edição – São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 21ª edição – São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP)

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política do STF pós-88 (2013). Disponível em: <
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006>
 Acesso em: 05 abr 2020.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. Traduzido do inglês por Adauto Villela (*The Core of the Case Against Judicial Review*). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, (págs. 93-157)

MONCLAIRE, Stéphane. Um processo de longo prazo. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/um-processo-de-longo-prazo>>. Acesso em 05 abr 2020.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Cidadania, Democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Disponível em <https://www.academia.edu/37106162/Cidadania_democracia_e_constitui%C3%A7%C3%A3o_o_processo_de_convoca%C3%A7%C3%A3o_da_Assembleia_Nacional_Constituinte_de_1987-1988>. Acesso em 05 abr 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, v. 250, Rio de Janeiro FGV, 2009, p. 5-12. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4107>> Acesso em: 06 jun 2020.

TELES, Clay de Souza. Do dever ao ser: a fidelidade partidária em perspectiva histórica e seus desdobramentos na atualidade – Brasília: Senado Federal, 2017. 220 f. – (Coleção de teses, dissertações e monografias de servidores do Senado Federal). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543140/Teles.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 Jul 2020.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. – (Série temas de interesse do legislativo; n. 32). Disponível em: <> Acesso em: 04 Jul 2020.

BRASIL, a. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 05 abr 2020.

BRASIL, b. ADI 5081/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=5060297&tipo=TP&descricao=ADI%2F5081>> Acesso em: 03 Abr 2020.

BRASIL, c. ADIs 3.999/DF e 4.086/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2584922>> Acesso em: 05 abr 2020.