



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ-UFPI
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E LETRAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

KALINE ARAÚJO FERREIRA

**A NOVA SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA ANÁLISE DO CASO DA FIDELIDADE
PARTIDÁRIA PARA ENTENDER A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO
BRASIL**

TERESINA-PI
MAIO/2016

KALINE ARAÚJO FERREIRA

**A NOVA SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA ANÁLISE DO CASO DA FIDELIDADE
PARTIDÁRIA PARA ENTENDER A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO
BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Centro de Ciências Humanas e Letras, da Universidade Federal do Piauí, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Linha de Pesquisa: Instituições Políticas e Processos Decisórios

Orientador: Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos

TERESINA-PI

MAIO/2016

F383n Ferreira, Kaline Araújo

A nova separação dos poderes: uma análise do caso da fidelidade partidária para entender a judicialização da política no Brasil / Kaline Araújo Ferreira. – Teresina, 2016.

134 f. : il.

Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal Piauí, Teresina, 2016.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos.

1. Separação de poderes. 2. Judicialização da política. 3. Fidelidade partidária - Brasil. I. Matos, Nelson Juliano Cardoso. II. Universidade Federal do Piauí. III. Título.

CDD 320.4

KALINE ARAÚJO FERREIRA

**A NOVA SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA ANÁLISE DO CASO DA FIDELIDADE
PARTIDÁRIA PARA ENTENDER A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO
BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Centro de Ciências Humanas e Letras, da Universidade Federal do Piauí, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Linha de Pesquisa: Instituições Políticas e Processos Decisórios

Orientador: Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos

Aprovada em 30 de maio de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos (UFPI)

Orientador

Prof. Dr. Ricardo Alaggio Ribeiro (UFPI)

Examinador Interno

Prof. Dr. Bruno de Castro Rubiatti (UFPA)

Examinador Externo

Dedico este trabalho aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Considerando o período da seleção de mestrado, foram mais de dois anos dedicados a concretizar um projeto profissional cujas intervenções sobre a minha vida pessoal tornaram-me alguém muito diferente. Sou mais consciente das minhas capacidades e dos sacrifícios que posso realizar para atingir minhas metas. Tudo isso só me foi possível pela fé que tenho e pela imensurável proteção e bondade que recebo diariamente. Por isso, a Deus se destina o meu primeiro agradecimento.

Eu nunca demonstrarei toda a minha gratidão, nem ousar pensar que de alguma forma poderei manifestá-la do jeito correto. Sempre será pouco, sempre me sentirei em dívida. Eu sou abençoada por tê-los como os grandes exemplos de vida. Por todo o apoio, dedicação, ombro e esperança, agradeço a meus queridos pais, Horácio e Jacirema.

Agradeço ao meu namorado, Raul, por abreviar suas noites de sono e ir buscar-me quando eu voltava das viagens dos eventos, sempre com um grande sorriso, mesmo às duas horas da manhã. Muito obrigada por seu companheirismo, carinho, tolerância, respeito e o amor de quem a vida me trouxe para tornar-me mais feliz.

Meu irmão, Kalisson, tem um jeito próprio de me incentivar. Torceu por mim desde a seleção, e até acalmou-me antes que eu visse meu nome entre os aprovados. Não esqueço aquela noite, tampouco seu gesto de apoio. Agradeço a ele pelo auxílio que me prestou.

Alguém muito especial em minha vida foi o primeiro a encorajar-me neste projeto do Mestrado. Sua contribuição para que eu chegasse a este ponto não pode sequer ser mensurada. Dirijo o meu agradecimento ao meu irmão, pois acho que representa mais que um amigo, Júnior Bezerra, por tudo.

Agradeço à minha família, pelo apoio e compreensão quando ausente estive nos aniversários, feriados e almoços. Aos meus amigos, com quem também fui ausente e de quem também recebi uma torcida especial. Muito obrigada por estarem sempre ao meu lado.

Em especial, agradeço à minha grande amiga, colega de sala, companheira de viagem para os eventos e na escrita, Tarianna Lustosa, por tudo. Este agradecimento abrange os auxílios técnicos, materiais emprestados, caronas, palavras de incentivo e todo o restante.

À Beatriz Ribas, que sempre alegrava as tardes com sua simpatia e meiguice, ajudando sempre da forma como podia. Além de colega de sala, uma amiga. Muito obrigada, Bia.

Dirijo meus agradecimentos institucionais à Universidade Federal do Piauí, pela oportunidade de participar de um projeto que fez evoluir meu conhecimento profissional, pela estrutura e pelo apoio; ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFPI, por sempre

procurar atender as necessidades dos alunos da melhor maneira possível, e por realizar atividades com o fim de preservar o padrão de qualidade do Mestrado; aos professores do Programa, pelo incentivo e apoio; às servidoras da Coordenação, sempre atenciosas e prestativas; à Fundação CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) pelo auxílio financeiro que possibilitou levar trabalhos a outros Estados e permitiu colher conhecimento de outras fontes.

Aos meus alunos do Curso de Bacharelado em Direito da UFPI, onde realizei meu estágio docência e aprendi com a doce e difícil tarefa do magistério a superar minhas inseguranças e a maximizar minhas habilidades; a meus colegas de sala, pelas tardes de reflexão, meus agradecimentos.

Intencionalmente, eu o deixei para o final. Fui agraciada com a oportunidade de ser sua orientanda e sua aluna; tornei-me sua admiradora. Nas reuniões para orientação e referentes ao estágio docência, aprendi muito mais do que os métodos de se construir uma dissertação ou de se abordar um assunto em sala de aula. Aprendi sobre generosidade, humildade, tolerância e instrumentalização de conhecimentos. Eu agradeço ao Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos, por tudo que aprendi em suas lições, quando a informação era diretamente transmitida ou quando simplesmente eu a percebia de forma implícita.

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador” (MONTESQUIEU, 2010, p. 169).

RESUMO

A separação de poderes tradicionalmente concebida implica numa divisão de competências entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Segundo tal concepção, o Legislativo cria leis que serão aplicadas pelo Executivo e, por conseguinte, utilizadas pelo Judiciário na resolução de conflitos. Cada poder está limitado a exercer a função que lhe corresponde. Qualquer desequilíbrio provocaria a desarmonia na estrutura organizada pela separação das atividades do Estado. Nesta lógica, verifica-se uma dificuldade quanto a estabelecer os limites entre cada poder, ou entre as respectivas funções por eles exercidas, o que torna complexos os limites do controle mútuo entre tais poderes. A judicialização da política e o ativismo judicial representam na prática essas duas implicações da separação dos poderes. Neste trabalho, serão abordadas essas duas formas de atuação do Poder Judiciário no cenário político, ambas analisadas à luz do caso da fidelidade partidária, julgamento emblemático do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à expansão judicial. O estudo busca entender se a atuação do Poder Judiciário, neste caso, é compatível com a separação de poderes clássica, ou, se há uma nova concepção de separação de poderes a partir da qual poderíamos interpretar o novo papel da Suprema Corte brasileira. A abordagem, de caráter qualitativo, realizar-se-á mediante a análise de discurso das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de fidelidade partidária no período de 1989 a 2015. O propósito é detectar possíveis padrões discursivos evidenciados nos votos dos ministros.

Palavras-Chave: Separação de Poderes. Judicialização da Política. Fidelidade Partidária.

ABSTRACT

The separation of powers traditionally conceived involves a division of competences between the Legislative, Executive and Judiciary branch. According to this conception, the Legislative creates laws to be implemented by the Executive, and therefore they will use by Judiciary in resolution of conflict. Each power is limited to exercise the function that corresponds to it. Any imbalance caused disharmony in the structure organized by the separation of state activities. In this logic, there is a difficulty as to establish the boundaries between each power, or between the respective functions they perform, which makes complex the limits of mutual control among such powers. The legalization of political and judicial activism represent in practice these two implications of separation of powers. In this paper, these two forms of the Judiciary acting in the political arena will be discuss, both analyzed in the light of the case of party loyalty, emblematic judgment of the Supreme Court with regard to judicial expansion. The study seeks to understand the role of the judiciary in this case is compatible with the separation of powers classical, or if there is a new conception of power separation from which we could interpret the new role of the Brazilian Supreme Court. The approach, qualitative, will be held by the discourse analysis of the decisions of the Supreme Court on party loyalty from 1989 to 2015. The purpose is to detect possible evidenced discursive patterns on the votes of the ministers.

Keywords: Separation of Powers. Judicialization of Politics. Partisan Loyalty.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Médias de Adins por períodos de governo (1988-2005).....	35
Tabela 2 - Distribuição dos autores versus períodos de governo.....	35
Tabela 3 - Origem do diploma legal contestado versus períodos de governo.....	37
Tabela 4 - Adins de partidos segundo a origem do diploma legal questionado (1988-2005).....	37
Tabela 5 - Processos encontrados em pesquisas de julgamentos sobre fidelidade partidária no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.....	56

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Análise de discurso do Mandado de Segurança nº 21102/90.....	72
Quadro 2 - Análise de discurso do Mandado de Segurança nº 23405/04.....	73
Quadro 3 - Análise de discurso do Mandado de Segurança nº 27938/10.....	85
Quadro 4 - Análise de discurso do Mandado de Segurança nº 30260/11.....	85
Quadro 5 - Análise de discurso do Mandado de Segurança nº 32033/13.....	86

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Áreas de atuação consideradas prioritárias pelos entrevistados (em porcentagem).....	40
--	----

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPC	Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Agravo de Instrumento
AP	Ação Penal
DEM	Partido Democratas
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
MS	Mandado de Segurança
PFL	Partido da Frente Liberal
PL	Partido Liberal
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PPS	Partido Popular Socialista
RN	Rio Grande do Norte
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 A EXPANSÃO JUDICIAL NO BRASIL: PROSPECTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	21
2.1 Análise do fenômeno da judicialização da política	21
2.1.1 A perspectiva conceitual de judicialização da política de Luís Roberto Barroso	22
2.1.2 A judicialização da política sob a ótica de Tate e Vallinder	27
2.1.3 A busca por um conceito estrutural de judicialização da política por Ernani Carvalho e Marjorie Marona.....	31
2.2 Aspectos da judicialização da política no Brasil	33
2.3 A judicialização da política em matéria eleitoral e no Supremo Tribunal Federal	41
2.3.1 A judicialização eleitoral.....	42
2.3.2 Judicialização da política no Supremo Tribunal Federal.....	45
3 O CASO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA: AUTORESTRIÇÃO E ATIVISMO	50
3.1 A posição autorestritiva do Mandado de Segurança nº 20.927/1989	59
3.2 Julgamentos no lapso de tempo de 1989 e 2007	72
3.3 O ativismo do Mandado de Segurança nº 22.602/2007.....	73
3.4 Análise das decisões dos Mandados de Segurança no período de 2007 a 2015.....	85
3.5 A dinâmica Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior Eleitoral e Congresso Nacional: o argumento da inércia legislativa e do dever de efetivação dos direitos pelo Judiciário.....	86
4 SEPARAÇÃO DE PODERES: A NOVA IDEIA PERANTE A CLÁSSICA	88
4.1 Separação de poderes: implicações da teoria clássica e argumentações a favor de uma nova teoria.....	88
4.2 Fundamentos da separação de poderes.....	90
4.2.1 Montesquieu e a separação de poderes.....	90
4.2.2 Federalistas: a adaptação americana da separação de poderes.....	93
4.3 Parlamentarismo e presidencialismo: aplicações distintas da separação de poderes	95
4.3.1 Parlamentarismo	96
4.3.2 Presidencialismo.....	98
4.4 A nova separação de poderes: adequações ou modificações da teoria clássica	99
4.4.1 Ackerman e a nova ideia de separação de poderes.....	99
4.4.2 Novas ideias de separação de poderes: a partir da alteração da teoria clássica.....	109

4.4.2.1 A perspectiva brasileira sobre uma nova ideia de separação de poderes	110
4.4.2.2 A nova ideia de separação de poderes: perspectivas além da esfera nacional	115
5 CONCLUSÃO.....	119
REFERÊNCIAS	123

1 INTRODUÇÃO

Este é um trabalho sobre uma forma específica de relacionamento entre os poderes: a judicialização da política. O foco principal está em duas implicações que este fenômeno evidencia: a de estabelecer os limites do controle que cada poder exerce em relação ao outro e a de determinar quais, de fato, são as funções que cada um deles realiza. Tais complexidades são enfrentadas, inicialmente, pela separação de poderes, o que tem gerado várias teorias referentes a uma nova maneira de se entender essa engenharia institucional. Tais reformulações teóricas podem resolver ou amenizar tal problemática. Portanto, a associação entre judicialização da política e separação de poderes, nesta pesquisa, procura verificar a possibilidade de superação daquelas dificuldades.

Alguns autores, em destaque Ackerman (2007), têm apresentado uma nova ideia de separação de poderes baseada na flexibilidade dos limites de atuação dos poderes e na ampliação da execução das funções estatais por cada um deles. É uma configuração, portanto, que se opõe à ideia clássica, na qual cada poder possui uma atividade específica (chamada de função típica), e na qual cada um, respectivamente, não pode desenvolver as atividades dos outros poderes (chamadas de funções atípicas), porém, pode fiscalizar a atuação dos outros, realizando o controle de seus atos. Este controle, inserido na ideia da separação de poderes tradicional, tem o objetivo de verificar a interferência de um poder nas atividades do outro, baseado no entendimento segundo o qual a intervenção prejudica o equilíbrio do sistema e o alcance dos fins para os quais ele foi criado. A teoria clássica define, então, que o Legislativo cria leis, o Executivo as executa e o Judiciário as utiliza na resolução de conflitos. Tudo isso deve ocorrer de forma harmoniosa e independente. É objeto deste estudo, entretanto, procurar entender a nova ideia de separação no que diz respeito às relações entre os poderes, no intuito de resolver uma das principais dificuldades da judicialização da política, referente aos limites de intervenção do Poder Judiciário na arena de atuação dos poderes políticos.

A ideia de Ackerman (2007) é uma teoria normativa para um sistema político definido como “parlamentarismo limitado”. O autor propôs novos três poderes, regidos por princípios de poder popular e de justiça social. Ele desenvolveu ideais a serem alcançados pela nova formatação do Estado: a democracia, a competência profissional e a proteção e implementação dos direitos fundamentais. Por esta visão, há menor rigidez na divisão das funções. Os limites de atuação ainda existem, entretanto, eles são flexionados diante das necessidades da dinâmica política contemporânea. Isso se justifica em razão de esta nova concepção de Estado ser diferente daquela na qual nasceu a teoria da separação dos poderes tradicional. Além disso, as

mudanças históricas, culturais e políticas moldaram uma nova realidade, que exige posicionamentos diferentes dos poderes. A concepção diferenciada sobre as responsabilidades do Estado surgiu a partir da Segunda Guerra Mundial, com as agressões consternadoras aos direitos humanos, e ganhou força com o surgimento do *Welfare State*, quando se passou a perceber que as atividades do Estado deveriam produzir mais garantias de direitos a uma sociedade plural, o que exigia uma ação conjunta e estreita entre os poderes. A partir deste momento, difundiram-se as propostas de reconfiguração da separação de poderes, para que o Estado pudesse atingir tais objetivos.

Todavia, algumas implicações persistem, especificamente no que se refere aos limites de controle dos poderes e na distribuição de funções. Como acima exposto, os limites continuam a existir, porém, tornaram-se mais flexíveis, o que igualmente ocorre com as funções, as quais são distribuídas de maneira menos rígida, permitindo que um poder possa exercer, eventualmente, as funções de outros poderes.

Portanto, verifica-se que o estudo da judicialização da política associado a uma reflexão sobre a separação de poderes é bastante produtivo para um entendimento maior daquele fenômeno. O Judiciário apresenta ainda outro comportamento que se encaixa apropriadamente na percepção das duas implicações referentes à divisão de poderes. Trata-se do ativismo judicial. Ainda que brevemente, é oportuno antecipar a diferença entre as duas formas de atuação do Judiciário, tendo em vista que são frequentemente confundidas. A judicialização da política é a interferência do Judiciário no cenário político, notadamente nas atividades dos Poderes Executivo e Legislativo, por uma imposição constitucional e institucional, para realizar os fins de um Estado Democrático de Direito. Em contrapartida, o ativismo judicial é uma conduta escolhida pelo Judiciário quanto a interferir nas áreas dos poderes políticos. Verifica-se, neste caso, em grande escala, porém não como uma regra, a ideologia política de seus executores. A distinção entre os dois comportamentos do Judiciário é, em geral, controversa. Portanto, trata-se de definições aplicadas restritivamente a este trabalho.

O Judiciário brasileiro tem realizado grandes intervenções na arena política. Dentre tantos julgamentos, um em particular se manifesta como caso emblemático no estudo dessas duas formas de expansão judicial. Trata-se do julgamento do Mandado de Segurança nº 22.602/2007, conhecido como o caso da fidelidade partidária. A questão iniciou-se em 2007, com uma consulta (Consulta nº 1.398) realizada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Partido Democratas (DEM), ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Naquela oportunidade, o partido queria saber a quem pertencia a titularidade dos mandatos eletivos do sistema

proporcional. A migração partidária, após 1988, tornou-se uma prática bastante frequente no meio político, em especial entre os parlamentares. O ano de 2007 foi uma época em que esse crescimento despertou a atenção dos eleitores de forma mais expressiva, levando a mídia a chamar de “dança das cadeiras” a movimentação dos políticos.

A resposta do tribunal foi que os mandatos pertenciam aos partidos políticos, e não aos eleitos. Além disso, o TSE, verificando a inexistência de legislação sobre fidelidade partidária, regulamentou na Resolução nº 22.610/2007 seu posicionamento sobre as migrações partidárias, a pena de perda do mandato para quem realizasse a migração após ter ocupado cargo, exceções de justa causa, e todo um procedimento para aplicação de tal sanção, além de disposições outras concernentes ao assunto. Diante disso, várias ações foram apresentadas ao Supremo Tribunal Federal (STF), órgão máximo do Judiciário brasileiro, no sentido de que a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral produzisse os referidos efeitos e os partidos políticos obtivessem de volta mandatos perdidos com parlamentares migrantes.

Um aspecto especial era levantado nas ações direcionadas ao Supremo Tribunal Federal: o fato de que este já havia decidido anteriormente que a titularidade dos cargos pertencia aos eleitos e não aos partidos políticos. O entendimento havia sido emitido no Mandado de Segurança nº 20.927/1989, e servia de parâmetro na jurisprudência que o tribunal havia construído desde 1989 até aquela data. Portanto, esperava-se que o Supremo Tribunal Federal continuasse a seguir o entendimento estabelecido naquele ano, tendo em vista que fora até então observado nos julgamentos sobre o assunto. Porém, não foi o que ocorreu. Contrariando seu entendimento formalizado há anos, o Supremo Tribunal Federal confirmou a resposta e a Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral, ao julgar o Mandado de Segurança nº 22.602/2007.

A mudança de posicionamento foi bastante criticada, entretanto, as principais oposições fizeram frente à forma como o Tribunal Superior Eleitoral regulamentou a questão da fidelidade partidária e a aceitação do Supremo Tribunal Federal a essa prática. Na ocasião, o Judiciário interviu na área de atuação do Poder Legislativo, precipuamente, tendo em vista que legislou sobre a fidelidade partidária, criou nova modalidade de sanção penal (com previsão de novos motivos para justa causa em matéria de migração partidária), além de outros aspectos, todos relacionados à atividade do Poder Legislativo. Entende-se ser este um caso constituído por ricas facetas e elementos fundamentais para o exame das correlações entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Por tal motivo, este caso foi selecionado para o estudo da atuação do Judiciário brasileiro no sentido de se verificar qual é o posicionamento deste poder

em relação à separação de poderes, e de se procurar vislumbrar se ele tem uma conduta que se adequa à antiga teoria ou se ele está inserido na nova ideia, proposta por Ackerman (2007).

A problemática a ser desenvolvida trata da averiguação da natureza do princípio da separação dos poderes considerado pelo Supremo Tribunal Federal, no caso da fidelidade partidária (Mandado de Segurança nº 22.602/2007), ao realizar a judicialização da política. Ou seja, se a natureza corresponde à ideia clássica do princípio da separação dos poderes ou se estaria adequada a uma nova concepção de separação dos poderes. A partir da perspectiva resultante, poder-se-á analisar possíveis implicações para a judicialização da política realizada no cenário brasileiro.

Para efetuar tal análise, a temática é abordada em três capítulos. No primeiro deles, o foco é o fenômeno da judicialização da política, assunto central desta pesquisa. Como já se mostrou necessário, faz parte deste capítulo a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, sendo pontual, entretanto, aquela forma de atuação em todo o conteúdo. Portanto, o conceito é apresentado e debatido em algumas de suas principais perspectivas autorais. O autor em destaque inicial é Barroso (2009), que apresenta um conceito de judicialização da política amplamente difundido e adotado nos meios acadêmicos e até midiáticos. O conceito de Tate e Vallinder (1995) e de Carvalho e Marona (2010) são analisados em comparação à ideia de Barroso (2009). Os traços de semelhanças e diferenças são organizados em perspectiva lógica.

A forma de atuação do Judiciário brasileiro é demonstrada em vários aspectos, especialmente a partir das observações de Vianna et al (2007), elaboradas com base em um estudo da judicialização da política no Brasil. Neste capítulo inicial, tem-se como objetivo apresentar o fenômeno da judicialização da política, demonstrando como ele torna perceptíveis as imprecisões de limites de exercício de funções e de controle aos outros poderes, e como ele ressalta a insuficiência da teoria clássica da separação de poderes, para entender a dinâmica política contemporânea.

No segundo capítulo, o foco incide sobre a análise da própria intervenção do STF no cenário político, especificamente em torno do caso da fidelidade partidária, sob a perspectiva de uma atuação mais autorestritiva ou mais ativista por parte do Tribunal. Os estudos de Carvalho (2011) sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento paradigmático foram de suma relevância. Além disso, a construção deste capítulo envolve a reunião e análise de decisões acerca da fidelidade partidária emitidas pelo Supremo Tribunal Federal desde 1989 até 2015. Tal recorte temporal define como início o ano no qual foi emitida a decisão que, durante bastante tempo, serviu de referência ao entendimento do Supremo

Tribunal Federal em matéria de migração partidária. E ainda, é data posterior à promulgação da atual Constituição, circunstância esta que coloca o período dentro de uma das condições facilitadoras da judicialização da política. O término desse recorte temporal foi estabelecido para que se tivesse uma maior quantidade possível de casos decididos. As decisões foram organizadas em relação aos grandes destaques do assunto no quadro da instituição: os Mandados de Segurança nº 20.927/1989 e nº 22.602/2007. As decisões foram estudadas por meio de análise de discurso, técnica que investigou a existência ou não de abusos dos limites das funções do Poder Judiciário. O banco de decisões provém do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

A análise tem como fundamento a teoria de Tate e Vallinder (1995) acerca da judicialização da política, em razão de representar um respeitado referencial teórico sobre o assunto. A teoria será desenvolvida no primeiro capítulo e orientará a análise, que será feita pela observação de três critérios. O primeiro deles é o da judicialização da política, em que se verifica nas decisões se os ministros realizaram atos que constituem atividade dos poderes políticos e se interferiram no funcionamento interno desses poderes. Em caso positivo, em alguma dessas situações, considera-se realizada a judicialização da política. O segundo critério é o do ativismo judicial, que exige uma observação dos discursos dos ministros, na busca pela existência ou não de valores e ideologias basilares às suas decisões. Se encontrados, considera-se presente o ativismo judicial. E, finalmente, o critério do controle do ativismo judicial, no qual a intenção é observar se o Judiciário procurou restringir excessos em sua atuação quanto à interferência nas funções dos outros poderes. Por meio da análise das decisões também se procura mostrar a dinâmica entre Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior Eleitoral e Congresso Nacional em relação à fidelidade partidária.

A análise de discurso tem o escopo de apresentar os sentidos ocultos nos textos, como pontua Maingueneau (1997), e de dar uma interpretação correta dos enunciados conforme Pêcheux (2002). Por isso, foi escolhida a técnica para realizar a análise das decisões.

O objetivo do segundo capítulo é verificar se o tribunal praticou judicialização da política ou ativismo judicial, demonstrando por meio de um caso prático a controvérsia no que diz respeito aos limites das funções dos poderes, bem como no que diz respeito aos limites do controle mútuo entre tais poderes. O intuito é analisar se a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 22.602/2007 é representativa do ativismo judicial, o que demonstrará como o Poder Judiciário atua de forma incompatível tanto com a concepção clássica, quanto com a nova separação de poderes.

Finalmente, no terceiro capítulo, será realizado um estudo sobre a separação de poderes. A princípio serão observados os fundamentos da separação tradicional, desde suas ideias originais, da perspectiva de Montesquieu (2010), ao exposto pelos federalistas. Posteriormente, será trabalhada a nova separação de poderes conforme apresentada por Ackerman (2007). Neste novo arranjo, norteados por ideais diferenciados, tais novos poderes realizariam suas atividades de forma mais flexível do que o considerado pela interpretação clássica, mas ainda de maneira conjunta. Após tal exposição, seguirão ideias apresentadas por autores brasileiros, como Morgado (2011), que sustenta a ocorrência de mudanças no formato da separação dos poderes, ocorridas em razão de mudanças históricas e institucionais, e com base em três pontos de atuação, resultando em um sistema de separação de poderes que privilegia a cooperação. Também autores estrangeiros, como Vibert (2007) — que propõe uma nova separação de poderes mediante o acréscimo de um quarto poder à estrutura já conhecida — terão suas ideias discutidas.

O objetivo deste terceiro capítulo é averiguar a possibilidade de existência de uma nova separação de poderes na qual haja flexibilidade no exercício das funções dos poderes a fim de que se possa atender à nova perspectiva democrática. Trabalha-se com a hipótese segundo a qual existe uma nova separação de poderes atualmente, separação cuja divisão de funções entre os poderes é mais flexível, sobretudo com o fim de atingir à nova concepção de Estado.

2 A EXPANSÃO JUDICIAL NO BRASIL: PROSPECTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.1 Análise do fenômeno da judicialização da política

A judicialização da política é um fenômeno realizado pelo Poder Judiciário, que consiste em uma interferência deste poder no espaço tipicamente destinado à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa intervenção é fundamentada na autorização, que também se configura obrigação, constitucional de o Judiciário proteger direitos pertencentes aos indivíduos e à sociedade em geral. Na maioria das vezes, a judicialização acontece quando o STF realiza controle ou revisão de atos dos poderes políticos. Porém, o fenômeno da judicialização demonstra as imprecisões que a de separação dos poderes possui, em razão de apresentar as dificuldades de se estabelecer os limites das funções e os limites do controle dos poderes. Desta forma, é pertinente iniciar uma análise sobre a ideia clássica e a nova ideia apresentada por Ackerman (2007) a partir da observação desse fenômeno que demonstra as imprecisões acima expostas.

Arantes (2013) explana acerca da diferença entre revisão e controle. Revisão, conforme o autor, é revisar atos legislativos e executivos em casos específicos e, portanto, concretos, atividade comum no sistema judicial dos Estados Unidos. Em tais situações, os efeitos da revisão apenas serão sofridos pelas partes envolvidas na análise. O controle, no entanto, se refere a uma atividade própria de cortes constitucionais. É uma perspectiva mais comum nos países europeus, e corresponde ao controle da constitucionalidade dos atos, o que ocorre em casos abstratos, com produção de efeitos para todos (*erga omnes*; de aplicação a todos). No Brasil, a Constituição de 1988 prevê que o Supremo Tribunal Federal realize as duas perspectivas, a de revisar e a de controlar a constitucionalidade. Na maioria das vezes, os atos objeto de revisão ou de controle se referem a políticas públicas e a direitos fundamentais, dentre outros, normalmente atingindo, portanto, o povo de forma geral.

A judicialização da política é muito semelhante, e por isso, por vezes confundida, ao ativismo judicial, ambas formas de intervenção do Judiciário no espaço de atividades dos outros poderes. Os dois comportamentos evidenciam as imprecisões destacadas sobre a ideia de separação de poderes, acima referida. Por esta razão, será estabelecida uma breve comparação entre cada uma delas, com o intuito de se evidenciar melhor a problemática do estabelecimento dos limites entre os poderes.

2.1.1 A perspectiva conceitual de judicialização da política de Luís Roberto Barroso

Barroso (2009) forneceu um conceito de judicialização da política, e de ativismo judicial, que foi amplamente difundido nos trabalhos sobre essas duas atuações do Poder Judiciário. Por isso, é pertinente observar o entendimento do autor quanto à questão conceitual dos dois termos. Entretanto, percebe-se um equívoco na estrutura dos conceitos propostos pelo autor, o que se torna ainda mais claro quando se faz um cotejamento entre o conceito de Barroso (2009) e o conceito de Tate e Vallinder (1995), autores que organizaram a mais importante coletânea de artigos sobre a temática.

Para demonstrar tal equívoco é necessário apresentar a própria definição de Barroso (2009). Segundo o autor, judicialização da política é um fenômeno que consiste na decisão pelo Poder Judiciário, e por conta de uma transferência de poder, de relevantes questões sociais e políticas que normalmente seriam decididas pelos poderes políticos. A observação do conceito ressalta algumas questões, tais como: quem transfere, e por quais motivos, esse poder de decisão ao Judiciário? Qual o critério para se identificar a relevância de uma questão? Qual a amplitude da decisão do Judiciário em tais situações?

No que se refere ao responsável pela transferência de poder de decisão ao Poder Judiciário, Barroso (2009) o identifica como sendo a própria Constituição de 1988 que, não apenas passou a tratar de assuntos pertinentes, anteriormente, ao exame apenas dos Poderes Executivo e Legislativo, como também colocou o Poder Judiciário como atuante na resolução de questões sobre tais assuntos. A posição é refutada por Barbosa e Regis (2012), que consideraram que a atuação do Judiciário brasileiro, em especial a do Supremo Tribunal Federal, ganhou força nessa temática com o advento de dois acontecimentos posteriores à promulgação da Constituição de 1988, a aprovação da Emenda Constitucional nº 03, em 1993, que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade, cuja regulamentação só aconteceu em 1999, e a Emenda Constitucional nº 45, ao criar a Súmula Vinculante, em 2004, regulamentada em 2006. Efetivamente, no entanto, o destaque é a previsão constitucional, desde 1988, de temas cuja proteção foi consagrada ao Judiciário, quando antes não era. Desta forma, o poder de decidir sobre estes assuntos passou a ser elementar na execução deste dever constitucional judicial.

Os motivos para a transferência de poder parecem ser convergentes a algumas causas ou condições para a realização de judicialização da política delineadas por Tate e Vallinder (1995), as quais serão desenvolvidas de forma mais detalhada adiante. Aqui se faz referência a acontecimentos históricos nos quais os poderes políticos estiveram intrinsecamente envolvidos

e que impulsionaram a sociedade em uma busca por proteção de seus direitos, desde uma concepção voltada a direitos humanos, a uma vertente que cuida de direitos coletivos e difusos. Além disso, considera-se a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo como uma razão para que o Judiciário atue no cenário político de forma proativa. Seria o caso da ausência de legislação, por exemplo, que inviabilizaria a proteção a qualquer tipo de direito individual. A motivação, na verdade, parece estar relacionada a um dever constitucional que o Judiciário teria de participar da arena política quando lhe fosse necessário, o que se configuraria nas situações em que os outros poderes não cumpriram o objetivo maior de realizar o interesse social ou, na execução de suas atividades, desvirtuaram esse fim.

Afirma Barroso (2009), que as questões apresentadas ao Supremo Tribunal Federal, e que ensejam a realização de judicialização da política, não podem ter seus julgamentos evitados por este tribunal, por razão de estrutura e princípio constitucional. Portanto, não há opção em julgar os assuntos notadamente políticos e sociais que tornam a atuação da Suprema Corte um comportamento caracterizado como judicialização da política. Entretanto, não se verifica na concepção do autor, um mecanismo mais evidente que aponte o que torna uma questão social ou econômica ou política relevante o suficiente para invocar o investimento do Judiciário na área política. Isso se repete nos trabalhos elaborados sobre o tema, pois o que há é uma espécie de consenso em que se considera relevante um assunto que se refira a princípio, direito descrito ou de percepção indutiva, que façam parte do arcabouço constitucional. Percebe-se ser vago e pouco fundamentado tal raciocínio. Convencionou-se chamar de “questões políticas” os assuntos que são tratados pelos poderes políticos, e que se tornam objeto da judicialização da política, realizada pelo Poder Judiciário, a quem tradicionalmente ficam a cargo as “questões jurídicas”.

Desta forma, questões políticas e questões jurídicas são extremamente semelhantes, se feita uma observação mais ampla. As diferenças tornam-se mais expressivas se houver uma análise dos termos com uma aplicação da concepção tradicional da separação dos poderes, em que Judiciário se volta apenas para a resolução de conflitos a partir de leis previamente criadas por um Legislativo cuja atividade central se constitui esta, e com a presença de um Executivo que aplica as leis para gerir o bem público. Esta é a ideia que deve ser aceita se houver uma fixação de que a separação dos poderes deve ser a tradicionalmente concebida. Existe ainda um acerto subentendido de que as questões políticas¹ são aquelas que dizem respeito à vontade da

¹ Por uma questão de padrão, e em conformidade com o que se caracteriza como costume nos trabalhos sobre o tema, será utilizado o termo “questões políticas” para designar os assuntos “tradicionalmente” objetos da atividade

maioria, e por isso devem ser tratadas apenas pelos poderes que são eleitos pelo povo, os representantes dos donos do poder. Todos esses aspectos, e por todas as razões já apresentadas, serão considerados componentes do sentido que possui o termo “questões políticas”.

Resta observar um último aspecto no conceito de judicialização da política de Barroso (2009), o da amplitude da decisão do Judiciário. Existe uma ligação entre esse ponto e o da própria possibilidade de o Judiciário participar de forma mais ampla do debate político. A amplitude diz respeito aos limites da decisão que o poder emite, isto é, até aonde os juízes podem se imiscuir na interpretação das leis e atos normativos, sem que essa atividade invada de forma constitucionalmente prejudicial as áreas específicas, as funções específicas dos outros poderes. É uma observação que se relaciona com a separação dos poderes, tendo em vista que toda uma engenharia institucional foi construída, a partir da harmonia e da independência dos poderes, para se garantir um governo estruturado e o respeito ao ordenamento, sendo que o descumprimento dessa estrutura incorre na ameaça ou efetiva desestabilização do sistema democrático do Estado. Como faz parte de uma análise maior, o aspecto dos limites de atuação do Poder Judiciário e das implicações de suas atividades na arena política à separação dos poderes serão tratados adiante.

Portanto, o conceito de judicialização da política de Barroso (2009) se encontra inserido nas perspectivas mencionadas acima. Antes de se abordar o equívoco encontrado em sua ideia, é preciso cuidar de outro conceito e de outra relação. O que é o ativismo judicial? O que o diferencia da judicialização da política? O autor conceitua ativismo judicial como uma atitude opcional do Poder Judiciário em que este avança de forma significativa nas áreas de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Embora alguns entendam que a judicialização da política acontece em razão da inércia dos poderes políticos, Barroso (2009) limita essa razão ao ativismo judicial, acrescentando que este possui grande carga discricionária como característica, o que também difere da judicialização. Ele se refere com maior ênfase à falta de legislação e à legislação aberta a vários sentidos. Algumas situações são próprias do ativismo judicial, conforme o autor, como a necessidade de se aplicar a Constituição quando esta depende de regulamentação por legislação ordinária inexistente por causa da não criação do Poder Legislativo; declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com o uso de mecanismos de exigência inferior aos constitucionais; atuação impositiva aos poderes políticos, e em especial ao Poder Executivo, quanto à aplicação ou retirada de políticas.

Em suas próprias palavras, diz Barroso (2009, p.06):

dos Poderes Executivo e Legislativo, e ocasionalmente objetos da atividade do Poder Judiciário, quando da realização por este da judicialização da política e do ativismo judicial.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais (BARROSO, 2009, grifo do autor, p.06):

Não é tão simples diferenciar um instituto do outro, tendo em vista que estabelecer os limites entre uma forma de atuação e a outra exige a atribuição de um critério que separe uma da outra; o que pode parecer arbitrário, todavia, é o que se mostra necessário, por causa da tênue relação entre as duas facetas da expansão judicial. A distinção de Barroso (2009) parece receber apoio nos trabalhos acerca do tema, como se pode ver nos seguintes posicionamentos. Lopes (2013) entende que a judicialização da política tem como motivo a redemocratização do País, a ampliação de assuntos abordados pela Constituição de 1988 e o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Enquanto que o ativismo judicial deriva de uma inércia dos outros poderes no que concerne a uma atuação em prol do bem comum, o que impulsiona o Judiciário a uma atitude de realizar o que não foi feito. A judicialização da política para Silva (2014) também decorre da Constituição de 1988 e serve para proteger os direitos fundamentais, e, precipuamente, torná-los reais. Enquanto o ativismo judicial representa uma conduta ativa dos juízes em razão do não cumprimento de suas funções por parte dos poderes políticos, no que tange à aplicação dos preceitos constitucionais.

As duas condutas do Judiciário, segundo Barroso (2009), portanto, são próximas. Verifica-se em cada uma delas uma inserção mais proativa dos juízes na composição e desenrolar do debate político. Os dois comportamentos possuem justificativas, razões para serem adotados. Em seu discurso, ele identifica a inércia dos poderes políticos e as leis e os atos normativos com sentido aberto à interpretação como motivos alegados pelos juízes para que o ativismo judicial seja realizado. Alguns autores não fazem essa separação, considerando este motivo também como da judicialização da política². Assim, para o autor a judicialização da

² LOPES (2013) entende que a inércia dos Poderes políticos também é judicialização da política (situação em que se pode inserir a ausência de legislação) e não especificamente ativismo judicial.

política é um fato, não é uma opção do Judiciário exercê-la ou não; em contrapartida, o ativismo judicial é uma atitude, portanto, há uma escolha de participar do debate político.

As duas formas de atuação do Poder Judiciário sofrem diversas críticas, algumas são rebatidas por Barroso (2009). O autor aponta a atuação contramajoritária como um dos mais fortes argumentos de oposição aos dois institutos. Segundo essa perspectiva, os juízes vão de encontro aos interesses do povo quando invalidam atos dos Poderes Executivo e Legislativo, pois, ao contrário dos membros do Judiciário, que não são eleitos pelo povo, os membros daqueles poderes são, e representam a vontade da maioria. Gargarella (2011) também abordou essa perspectiva apresentando outras características e justificativas que se somam a esse entendimento, analisando, inclusive, a situação do Judiciário argentino como tentativa de mostrar a carência de força da judicialização da política e como apoio à sua visão contramajoritária do fenômeno.

A resposta dada por Barroso (2009) a essa crítica é que o Poder Judiciário apenas cumpre o que está previsto na Constituição, e trabalha no sentido de proteger os princípios necessários à manutenção do Estado, o que lhe obriga a ir de encontro à vontade da maioria por vezes. Um outro aspecto criticado e sobre o qual o autor discorre é a possibilidade de o Judiciário decidir acerca de um assunto sem que isso não desrespeite a estrutura da separação dos poderes. Neste ponto, o autor constrói uma percepção que pode adentrar a temática da nova ideia de separação de poderes. A justificativa para o não desrespeito à separação dos poderes é a existência da capacidade institucional, que, segundo o autor, define qual poder é mais capacitado para desenvolver certa ação, neste caso, a decisão sobre questões políticas. Porém, tal comportamento deve ser norteado, por cautela, para que o Judiciário não cometa excessos, e ainda, para que não se diminua a importância dos outros poderes dentro do sistema institucional.

Há algo em destaque na visão de Barroso (2009) acerca da judicialização da política no Brasil. É o entendimento que este autor tem da intensidade no caso brasileiro de judicialização da política, por causa da extensão e do volume de decisões que o Poder Judiciário produz nesta perspectiva, em especial o Supremo Tribunal Federal, receptor de uma quantidade considerável das ações que procuram a intervenção judicial em questões políticas, tanto em caráter original quanto recursal.

A partir da construção apresentada de Barroso (2009) acerca da judicialização da política e do ativismo judicial, destaca-se o equívoco que este autor mostra no que se refere ao conceito daquele fenômeno. O primeiro aspecto diz respeito à limitação do conceito a uma forma de atividade judicial, a revisão judicial, e, portanto, não se abrangendo a utilização de

procedimentos judiciais pelos poderes políticos. Além disso, destaca-se um outro entendimento do autor, agora referente ao ativismo judicial. É a atuação dos órgãos judiciais na complementação das chamadas “lacunas da lei”. Segundo Barroso (2009), esta atuação é ativismo judicial porque quando os juízes a realizam eles estão criando lei, o que não lhes é permitido. A complementação das lacunas, entretanto, é uma forma de interpretação das leis, o que é obrigatório aos juízes, exigindo a estes que a desenvolva da forma mais neutra e imparcial possível. A forma como os juízes a realizam é que define se ela é ou não uma criação, o que classifica como judicialização da política ou ativismo judicial. Além disso, o entendimento de criação recebe outra análise, como será observado adiante, ao se tratar do conceito de Carvalho e Marona (2010). Barroso (2009) afirma que tratar da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo é ativismo judicial, porém, isso se contrapõe à atividade obrigatória que ele afirma que o Judiciário possui na defesa dos direitos protegidos constitucionalmente, pois assim o autor apenas incentiva a inércia do Judiciário, mesmo quando defende a sua atuação. A questão parece se tratar do alcance dessa atuação e não da sua realização. Finalmente, ressalta-se a pouca menção às perspectivas institucionais que o conceito de Barroso (2009) apresenta, e a incompleta abordagem acerca dos limites entre os poderes e que devem ser respeitados na realização da judicialização da política.

2.1.2 A judicialização da política sob a ótica de Tate e Vallinder

Os Estados Unidos se tornou o grande destaque na atuação de um Judiciário proativo, neste sentido, com a produção de jurisprudência paradigmática sobre questões políticas que passou a ser referência em outros países.

Na Europa houve o desenvolvimento desse protagonismo judicial, entretanto, o grande destaque foi a criação das Cortes Constitucionais, formadas por membros a parte do Judiciário, para tratar de exclusivas matérias. É preciso destacar a restrição a esse comportamento político dos juízes, manifestada em Países como a França, onde havia uma desconfiança em relação ao Poder Judiciário, em face de um apoio declarado ao Poder Legislativo, à guisa de exemplo. Todavia, é notória a força que o fenômeno desenvolveu no decorrer dos anos, a partir da grande receptividade por parte dos Estados democráticos, em especial.

Em 1995, os autores Tate e Vallinder publicaram uma coletânea de artigos com estudos de caso por todo o mundo sobre a expansão judicial que ocorria desde o século XVIII. A obra denominada “*The Global Expansion of Judicial Power*”, reúne trabalhos que haviam sido apresentados em um encontro sobre o Judiciário em 1992, na Itália. No Brasil, o termo

“judicialização da política” foi usado pela primeira vez, respeitados os trabalhos anteriores, no artigo “*O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*”, de Marcos Faro de Castro, em 1997. Mas, de fato, o que é a judicialização da política para aqueles autores?

A judicialização da política é, para Tate e Vallinder (1995), um fenômeno de expansão do Poder Judicial, que ainda engloba a adoção de procedimentos próprios da atuação judicial em áreas de produção de decisões políticas. É a ampliação das atividades do Judiciário até a esfera política, em que os juízes passam a tratar de assuntos e a tomar decisões que ordinariamente ficariam a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, e ainda, é a instrumentalização dos processos de produção de decisões no cenário político nos moldes do processo judicial. A apresentação de um conceito que comporta duas formas de judicialização da política é diferente do que propõe Barroso (2009), conforme o já exposto. Trabalhando-se um cotejo entre os dois conceitos, verifica-se semelhanças e diferenças que são importantes para se perceber mais ainda o equívoco no qual resultou a análise do autor brasileiro. É o que se propõe a seguir.

O conceito de Barroso (2009) não prevê a invasão dos procedimentos judiciais na arena política como uma forma de judicialização da política, enquanto Tate e Vallinder (1995) acreditam que as duas formas de expansão se desenvolvam juntas. Essa forma de expansão representa o uso administrativo pelos Poderes Executivo e Legislativo dos instrumentos que o Judiciário normalmente utiliza nos processos judiciais. Há quem atribua a esse aspecto o nome de “politização da justiça”³. Por outro lado, existe uma concordância entre Barroso (2009) e Tate e Vallinder (1995) acerca da primeira forma do fenômeno. Eles concordam que a revisão judicial que o Judiciário realiza nos atos e leis dos poderes políticos está fundamentada na Constituição.

A construção da perspectiva da expansão judicial também ganha notoriedade na análise de Tate e Vallinder (1995) sobre o tema. Existe uma preocupação em se nortear o surgimento desse fenômeno anotando-se a necessidade que havia em se proteger os direitos dos cidadãos diante dos inúmeros Estados totalitários que se formaram no mundo, as preocupações nos níveis econômicos e sociais do pós-guerra, a elevação dos Estados Unidos a Estado democrático de destaque, a estruturação de entidades em defesa dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, como situações que ressaltam a motivação do Judiciário para agir como agente político.

³ Carvalho e Marona (2010) atribuem o significado deste termo à possibilidade de os atores acionarem o Poder Judiciário.

Além disso, Tate e Vallinder (1995) citam condições que impulsionariam a expansão judicial. Diversos autores utilizam esse simplificado rol diante da grande fundamentação que possui. Barroso (2009) limita-se a observar algumas dessas situações, como se poderá perceber a partir da observação do que se segue e do que já foi exposto em item referente a este autor. A primeira característica é a democracia, o que já instiga a formação de um argumento opositor ao fenômeno e que se utiliza de um dos pilares dessa forma de governo. Ora, democracia representa a vontade da maioria governando, por meio de representantes eleitos pelo povo por meio do voto. Esses representantes formam os Poderes Legislativo e Executivo, e tratam de assuntos que são classificados como políticos e de interesse social. Como então pode o Judiciário intervir em tais temáticas sem que seus membros representem a vontade do povo por não terem sido eleitos por este para a execução de suas funções? A expansão judicial não constituiria, a partir deste ponto de vista, uma afronta à própria base da democracia? Então, como esta representaria uma condição que a impulsiona? A importância, e essencialidade, da democracia para a expansão judicial está na independência que o Judiciário possui em Estados democráticos, o que lhe garante a produção de decisões neutras e imparciais. A defesa da participação de membros de um poder que não foram eleitos pelo povo pode ser observada na argumentação de Barroso (2009) quanto à identificação das capacidades institucionais em um Estado.

Outra condição relevante é a existência de políticas de direitos em um Estado, ou seja, é o respeito a princípios que representam os valores que circundam e fundamentam a sociedade, não sendo necessário que eles estejam escritos, ainda que melhor quando o são.

O uso dos tribunais por grupos com objetivos políticos próprios também constitui uma maneira de potencializar a judicialização da política. Diz respeito ao ajuizamento de ações por parte dos mais variados grupos de interesse objetivando alcançar resultados que não representam necessidades comuns e sim muito particulares de quem as invocou. Da mesma forma é o uso de ações que a oposição ajuíza para que o Judiciário revise/invalida/intervenha em políticas do governo, notadamente as políticas públicas, nas mais variadas áreas. Ainda na perspectiva de grupos, pode-se citar a fraqueza das instituições majoritárias, quando estas não conseguem sustentar projetos e políticas. Aproxima-se, esta última condição, de uma das críticas que Barroso (2009) levanta quanto à expansão judicial, a de que ela pode representar ou evidenciar um enfraquecimento das instituições tradicionalmente políticas. Por outro lado, Tate e Vallinder (1995) ressaltam a transferência ao Poder Judiciário, pelos poderes políticos, de decisões que a eles pertencem, mas que, por razões logísticas e procedimentais, produzirão melhores efeitos se tomadas ou construídas pelo Poder Judiciário.

Por último, no que tange às condições apresentadas por Tate e Vallinder (1995), oportuno abordar a separação de poderes. O embasamento desta condição também diz respeito à independência, assim como na democracia, do Poder Judiciário, para que a expansão judicial possua espaço para ocorrer. Entretanto, é perceptível a dificuldade de se entender como a invasão do Judiciário nas esferas de atuação dos outros poderes pode não desrespeitar um dos fundamentos democráticos, a separação de poderes. Novamente, chama-se a atenção para a concepção em que este raciocínio é construído, ele parte da ideia tradicional e rígida de uma divisão de atividades/funções dentro da estrutura governamental construída para atingir os fins sociais.

Barroso (2009) entende que o caso brasileiro possui um destaque no que concerne à expansão judicial, por causa de sua extensão e do volume de decisões que o Supremo Tribunal Federal oferece na temática política. Olvida o autor de observar um aspecto que Tate e Vallinder (1995) somam às condições que impulsionam a expansão, a atitude do juiz. A direção em que esta atitude deve caminhar, neste caso, não é a que diferencia o ativismo judicial da judicialização da política, no sentido em que o autor brasileiro diferencia ter a opção e optar e não ter opção, mas sim, um dever. A direção é a de interessar-se em assumir os próprios valores políticos, não na produção tendenciosa de decisões, mas na conformação da necessidade de cumprimento daquele dever constitucional.

É importante observar ainda a diferença no destaque que os autores acima dão a uma visão mais crítica da judicialização da política. Enquanto o brasileiro se aproxima de um aspecto minimamente mencionado que é o da obediência a limites para que não se ofenda a divisão dos poderes, e sem que se tenha maior descrição desses limites, Tate e Vallinder (1995) se preocupam com as implicações do fenômeno, fora da visão positiva de concretização de direitos como uma obrigação constitucional. Retorna aqui a sempre aparentemente não resolvida questão sobre a possibilidade de haver democracia e expansão judicial, e a possibilidade de haver judicialização da política praticada por membros de um poder não eleitos pelo povo. Para Barroso (2009), essas são problemáticas facilmente justificadas, é o que prevê a Constituição. Porém, a construção argumentativa dessa justificativa parece ainda ser incompleta, pois permite que se persista a aparência de um quadro de instituições frágeis. Ao mesmo tempo, Marchetti e Cortez (2009) apresentam a ideia de que o caso brasileiro não possui uma fiel correspondência com o americano, pois a judicialização da política é observada naquele em três momentos: na implementação das políticas públicas, na definição das regras que regem o sistema político e para garantir os direitos coletivos e individuais.

2.1.3 A busca por um conceito estrutural de judicialização da política por Ernani Carvalho e Marjorie Marona

O diferencial no que tange ao conceito para Carvalho e Marona (2010), na verdade, circunda o aspecto instrumental do termo “judicialização da política”, o que se apresenta em forma de crítica. Segundo os autores, o termo não é adequado, pois não demonstra a perspectiva institucional, o que torna complexa a demonstração empírica dessa temática. Trata-se de uma visão mais técnica, preocupada com a apuração do que acontece nas relações institucionais diante da expansão judicial, o que se aproxima da necessária análise de separação dos poderes. Os autores se voltam para uma observação das relações institucionais por acreditarem que a judicialização da política acontece de acordo com a forma como seus protagonistas agem, por isso, há uma preocupação em se perceber o Poder Judiciário como a instituição que é, inserido em uma estrutura de separação harmônica dos poderes. Ao mesmo tempo, os autores enfatizam a importância da maneira como os atores atuam junto às instituições, ressaltando aspectos do neoinstitucionalismo, referentes à escolha racional principalmente, e que demonstram a atitude dos atores em perspectiva comparada e complementar às instituições.

O conceito do fenômeno em si não difere muito do tradicionalmente conhecido. Carvalho e Marona (2010) apresentam um entendimento difundido na Ciência Política, de que a judicialização da política é a interferência do Poder Judiciário em questões políticas. Entretanto, ao contrário de Barroso (2009), Carvalho e Marona (2010) concordam com Tate e Vallinder (1995) quanto às duas formas de expansão judicial, a que diz respeito ao aumento do poder de decisão sobre a validade das leis e ao uso de procedimentos judiciais em esferas políticas. É preciso se dizer, todavia, que Carvalho e Marona (2010) trazem observações novas ao conceito. Conforme o entendimento dos autores, o conceito aborda, além da utilização de procedimentos judiciais no cenário político, a viabilização do acesso ao Poder Judiciário para que a interferência em aspectos políticos aconteça⁴ e a concretização das visões políticas dos juízes nas políticas públicas. Este último aspecto, para os autores, é o que se constitui ativismo judicial.

Carvalho e Marona (2010) analisam a judicialização da política a partir das mesmas perspectivas que definem a origem do fenômeno e suas condições facilitadoras de

⁴ O Poder Judiciário apenas atua se provocado, portanto, se houver alguma ação a ele apresentada por alguém que tenha interesse protegido por lei para tal. É um princípio próprio da estrutura processual, chamado “Princípio da Inércia da Jurisdição”. Os autores se referem à facilitação ou aumento dos mecanismos de acesso ao Judiciário para que este realize uma intervenção em questões políticas. É o que eles também entendem como “política da justiça”.

desenvolvimento. O caso brasileiro possui destaque na análise, pois, segundo os autores, no Brasil, é o Judiciário que realiza a interpretação de princípios imprescindíveis à concretização de direitos fundamentais à ideia de Estado Democrático de Direito, o que foi conseguido por meio da separação entre “representação política e funcional” (CARVALHO e MARONA, 2010).

Ao explanar sobre esse comportamento do Judiciário, Carvalho e Marona (2010) abordam algumas impressões negativas que são geradas a partir dessa atuação dos juízes. A função de criar as leis cabe ao Poder Legislativo, por conta da separação de poderes. Portanto, critica-se qualquer tipo de manifestação judiciária que pareça ser de criação. O entendimento dos autores é o de que não se pode conceber esta situação, em que se tem um Judiciário apegado a um formalismo comportamental jurídico. As funções legislativa e judiciária não se concentram mais no que exclusivamente se determinou há séculos, elas estão próximas. E na tarefa de proteger os cidadãos de uma atuação ineficaz, por vezes, governamental, é preciso que o Judiciário também possa desenvolver certa atividade criativa. Os autores justificam essa possibilidade, inclusive, apresentando uma observação ligada a uma das maiores críticas à judicialização da política, o seu alegado aspecto contramajoritário. O núcleo de defesa deste argumento é a representatividade dos eleitos pelo povo, ou seja, dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo. A observação dos autores é a de que, esta representatividade não é plenamente proporcionada, o que produz a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. No que concerne aos aspectos negativos atribuídos pelos críticos da judicialização da política, Carvalho e Marona (2010) destacam a potencialidade de o Judiciário se tornar administrador das causas políticas e da moralidade pública; e ainda, o excesso de ativismo do Ministério Público, o que representaria ameaça ao aspecto institucional.

Carvalho e Marona (2010) dividem em duas as formas de observação da judicialização da política: a normativa, que se volta para uma investigação das relações entre Estado e sociedade e que se preocupa com o comportamento judicial inserido nestas perspectivas; e a institucional, que analisa a judicialização da política além do comportamento dos juízes, e é a forma que os autores entendem ser a mais correta, pois se preocupa com o espaço institucional em que acontece a atuação do Judiciário, como ação estratégica para o debate político.

Na análise das causas e condições para a realização da judicialização da política, os autores observam a necessidade de um desenho institucional que a favoreça, ressaltando a nova estrutura entre os poderes e as novas relações que se constituíram entre o Estado e a sociedade. A independência funcional e a forma como a revisão judicial acontece, segundo eles, tornam esse desenho institucional favorecedor. Essa independência funcional diz respeito à autonomia

financeira, externa e interna que o Judiciário possui, e que é necessária à realização de suas atividades da forma mais neutra possível⁵. A estrutura da revisão judicial, conforme os autores, é constituída a partir de três vertentes: o alcance dos arranjos constitucionais definidos, é o aspecto da previsão que a Constituição de 1988 fez acerca das funções do Judiciário, e que para os autores, assim como para Barroso (2009), permite a realização de judicialização da política; uma outra frente é a dos efeitos das decisões quanto às questões políticas, que no Brasil atingem a todos e também apenas as partes; e finalmente, a observação de quem pode buscar o Judiciário para o julgamento das questões políticas, aqueles com legitimidade processual ativa⁶.

A análise conceitual de judicialização da política realizada por Carvalho e Marona (2010, p.28) aponta uma insuficiência deste termo para definir um acontecimento político que acontece a partir de uma perspectiva institucional, que não deve ser voltada ao comportamento dos juízes apenas, mas também a outros fatores externos, inclusive o momento histórico. A polarização dos estudos políticos, focados nas ações dos Poderes Executivo e Legislativo, segundo eles, ajuda a produzir análises desajustadas da participação do Poder Judiciário no jogo político.

2.2 Aspectos da judicialização da política no Brasil

É importante observar como tem sido a judicialização da política no Brasil para se buscar um entendimento quanto aos efeitos das implicações da expansão judicial à nova ideia de separação dos poderes.

A relação entre os três poderes e o aspecto contramajoritário que supostamente envolve a realização da judicialização da política, nas palavras de Vianna (2013), têm provocado questionamentos acerca da estrutura institucional que se apresenta, o que confirma a manifestação já abordada de Carvalho e Marona (2010). A construção da judicialização da política, conforme aquele autor, se origina da existência de direitos organizados

⁵ Trata-se da estrutura constitucional em que o Judiciário está organizado, e que lhe permite tomar decisões internas financeiras e administrativas de forma independente. Além disso, aos juízes são fornecidas garantias que visam ao desempenho mais eficaz de suas funções, para as quais são selecionados por concurso público.

⁶ Conforme Theodoro Júnior (p.228), legitimidade processual é a titularidade determinada por lei para participar da relação processual diante do órgão do Poder Judiciário. Quem pede a tutela a este poder é o legitimado ativo, (autor) contra o legitimado passivo (réu). Segundo a Constituição Federal de 1988: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

constitucionalmente e que se sobrepõe à própria perspectiva da representação da maioria. No Brasil, a Constituição de 1988 representa o grande marco de proteção dos direitos que se encaixam em uma abordagem social de maiores garantias, seja pela previsão de tais direitos que em seu corpo foi realizada, seja pela maior extensão e força dada aos núcleos de defesa dos direitos dos cidadãos⁷.

Vianna (2013) reforça, portanto, as principais questões envolvidas na abordagem da judicialização da política: como fica a relação entre os poderes e que tipo de efeito o fenômeno provoca na soberania popular. O cenário em que essa expansão judicial surgiu era o de uma transformação social exigida pelos acontecimentos sociais relacionados à guerra e pela apresentação de um Estado social que exigia uma legislação que o programasse para o futuro, pela imposição de direitos que aos poucos seriam fornecidos, e que faziam parte de uma concepção social maior. Era a abordagem que o *Welfare State* oferecia na busca pela garantia de condições mais dignas de vida. A realização dos objetivos pertencentes a essa conjuntura dependia da defesa dos direitos e muito mais dos princípios que envolviam os valores sociais importantes, tarefa que foi destinada ao Poder Judiciário. Vianna et al (2007) observam que este Poder foi levado a participar de forma mais ativa nas decisões políticas públicas, na tarefa de interpretar a lei, e defende-la, em especial por meio do controle de constitucionalidade dos atos derivados dos poderes políticos.

No Brasil, foi a própria situação econômica do país que iniciou esse comportamento judicial mais atuante, e anteriormente à Constituição de 1988. Vianna (2013) menciona a situação econômica de 1930, e as mudanças na área trabalhista para a garantia de direitos importantes. Naquela época houve a necessidade de criação de uma legislação que pudesse se adequar aos fatos que adviessem das relações de trabalho, tão mutáveis em razão da grande modificação que as necessidades sociais neste aspecto imprimem. Para organizar o quadro legislativo era imprescindível, portanto, que se deixasse espaço para uma interpretação que observasse os fatos sociais nos quais as futuras situações de trabalho estariam inseridas. A participação do Judiciário nesse processo de realização dos direitos, fazendo a interpretação das leis, é um processo democrático, defende Vianna (2013), e não um desrespeito às relações entre os poderes ou à soberania social.

Barroso (2009) defende o destaque do caso brasileiro em razão da sua extensão e volume de decisões que cuidam do controle de constitucionalidade. Vianna (2013) apresenta um outro motivo para o destaque, a própria criação de duas áreas específicas do Judiciário, a

⁷ O autor se refere à ampliação dos poderes do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Justiça do Trabalho, que julga ações cujo objeto são as relações de trabalho e aspectos afins estabelecidos em Constituição, e a Justiça Eleitoral, que cuida dos fatos que envolvam as eleições e os demais aspectos referentes à área eleitoral. Ele diz:

[...] a judicialização nasce a partir de um processo de modernização imposto assimetricamente à sociedade pelo Estado, então formatado segundo uma modelagem corporativa, exercendo funções de tutela e controle social da vida associativa dos trabalhadores (VIANNA, 2013, p.211).

Além disso, Vianna (2013) entende que o Poder Judiciário foi impulsionado a participar do debate político pela própria atividade legislativa, que estabeleceu normas de caráter aberto à necessária interpretação judicial, como se pode verificar na instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Responsabilidade Fiscal, do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.

Em trabalho empírico voltado para as modificações que a judicialização da política teria sofrido desde a Constituição de 1988 até 2007, Vianna et al (2007) apresentaram uma observação do instrumento de controle de constitucionalidade no Brasil, a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nos primeiros anos de seu uso, esse mecanismo se mostrou de constante utilização, aumentando progressivamente no final do recorte temporal (último período) da pesquisa em razão da presença mais frequente do Ministério Público. O trabalho foi desenvolvido com a discriminação de três momentos da política brasileira: o período da promulgação da Constituição de 1988 até o fim do mandato presidencial de Itamar Franco; os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso; e o início do primeiro governo de Luiz Inácio Lula da Silva. Neste último período, verificou-se uma queda na participação dos representantes dos interesses sociais, ou seja, partidos políticos e associações. Os autores concluíram que a busca pela intervenção do Judiciário havia se tornado uma prática institucional. Os dados da pesquisa foram organizados nas tabelas 1 e 2, a seguir.

Tabela 1 - Médias de Adins por períodos de governo (1988-2005)

PERÍODO	PRÉ-FHC (1988-1994)	FHC (1995-2002)	LULA (2003-2005)
Nº de Adins por ano	236,8	203,8	276,6

Fonte: VIANNA et al, 2007, p.46.

Tabela 2 - Distribuição dos autores versus períodos de governo

continua

AUTORES	PRÉ-FHC (1988-1994)	FHC (1995-2002)	LULA (2003-2005)	TOTAL
Associações	292 24,7%	424 26%	191 23%	907 24,9%
Governadores	337 28,4%	441 27%	172 20,7%	949 26%
Procuradores	330 27,9%	182 11,2%	298 35,9%	810 22,2%

continuação

AUTORES	PRÉ-FHC (1988-1994)	FHC (1995-2002)	LULA (2003-2005)	TOTAL
Partidos	153 12,9%	456 28%	114 13,7%	723 19,8%
OAB	32 2,7%	83 5,1%	25 3%	40 3,8%
Outros	41 3,5%	45 2,8%	30 3,6%	116 3,2%
Total	1184 100%	1631 100%	830 100%	3645 100%

Fonte: VIANNA et al, 2007, p. 48.

Na pesquisa ficou constatado que os legislativos estaduais sofriam a maior parte dos questionamentos por via judicial, o que pareceu aos pesquisadores uma constatação da fraqueza ideológico-política nos Estados-membros. A Administração Pública era o objeto da maioria das ações. Junto ao crescimento das ações propostas pelo Ministério Público, observou-se no estudo, um aumento das ações apresentadas pelos governadores dos Estados, especialmente os que apresentaram alguma mudança institucional por razões de renovação política de seus quadros. Em sua maioria, as ações eram contra as Assembleias Legislativas e sobre normas que cuidam da Administração Pública. As Adins⁸ apresentadas pelos procuradores também seguiam este padrão. Porém, os atos dos Judiciários estaduais sofriam fiscalização constante por Adins desempenhada pelo Ministério Público. A judicialização da política em face dos Executivos estaduais, entretanto, foi pouco provocada por este órgão, segundo a pesquisa. A temática também era voltada para as questões da Administração Pública, em sua maioria. O período em que essa instituição mais atuou, a nível estadual e federal foi no terceiro momento da pesquisa, época do governo de Luiz Inácio Lula da Silva.

No período da pesquisa correspondente aos mandatos de Fernando Henrique Cardoso, os partidos pertencentes ao que Vianna et al (2007) denominaram “coalizão política inscrita à esquerda do espectro político” participavam de forma bastante ativa na procura pelo Judiciário para a realização do controle de constitucionalidade contra normas federais, o que decaiu com a sua ascensão ao poder. Essa informação traz a perspectiva da condição facilitadora da judicialização da política, abordada por Tate e Vallinder (1995), e que trata da utilização dos mecanismos de controle de constitucionalidade pelos grupos de oposição do governo. Pode-se dizer, a partir disso, que vertente política mais realizava oposição no Brasil daquele momento, embora, deve-se registrar, tenha havido crescimento na participação da direita na proposição de Adins contra as normas federais no último momento da pesquisa.

⁸ A partir de agora as Ações Diretas de Inconstitucionalidade serão tratadas por Adins, por razões práticas e em conformidade com o tradicionalmente realizado.

Tabela 3 - Origem do diploma legal contestado versus períodos de governo

AUTORES	PRÉ-FHC (1988-1994)	FHC (1995-2002)	LULA (2003-2005)	TOTAL
Executivo Federal	165 (14%)	266 (16,3%)	75 (9%)	506 (13,9%)
Executivo Estadual	38 (3,2%)	125 (7,7%)	29 (3,5%)	192 (5,3%)
Legislativo Federal	220 (18,6%)	265 (16,3%)	120 (14,5%)	605 (16,6%)
Legislativo Estadual	676 (57,3%)	809 (49,7%)	515 (62%)	2000 (55%)
Judiciário Estadual	63 (3%)	139 (8,5%)	60 (7,2%)	262 (7,2%)
Judiciário Federal	18 (1,5%)	25 (1,5%)	31 (3,7%)	74 (2%)
Total	1180 (100%)	1629 (100%)	830 (100%)	3639 (100%)

Fonte: VIANNA et al, 2007, p.49.

Tabela 4 - Adins de partidos segundo a origem do diploma legal questionado (1988-2005)

PARTIDOS	ESQUERDA	CENTRO	DIREITA	NANICO	TOTAL
Executivo Federal	175 (42,8%)	23 (21,3%)	18 (33,3%)	9 (5,9%)	225 (31,1%)
Legislativo Federal	99 (24,2%)	23 (21,3%)	15 (27,8%)	31 (20,4%)	168 (23,2%)
Judiciário Federal	7 (1,7%)	6 (5,6%)	4 (7,4%)	3 (2%)	20 (2,8%)
Executivo Estadual	35 (9%)	7 (6,5%)	0 (0%)	35 (23%)	79 (10,9%)
Legislativo Estadual	90 (22%)	43 (39,8%)	17 (31,5%)	46 (30,3%)	196 (27,1%)
Judiciário Estadual	1 (0,2%)	6 (5,6%)	0 (0%)	28 (18,4%)	35 (4,8%)
Total	409 (100%)	108 (100%)	54 (100%)	152 (100%)	723 (100%)

Fonte: VIANNA et al, 2007, p.68.

A sociedade civil se mostrou atuante na busca pelo controle de constitucionalidade, por meio das associações, especialmente a de empresários e servidores públicos, neste caso com destaque para a associação de magistrados e as de policiais e para Adins contrárias a normas federais.

Na época da pesquisa o Supremo Tribunal Federal possuía em seus registros grande quantidade de Adins com o mérito a ser julgado e grande quantidade de julgamentos favoráveis às liminares pedidas, principalmente contra as legislações estaduais, o que demonstrou, segundo Vianna et al (2007), que havia considerável judicialização da política nessa área. Porém, estes autores fazem a ressalva de que este fenômeno estava acontecendo de forma significativa na perspectiva nacional também, como demonstrava a importância das temáticas das Adins propostas e julgadas de objetos federais. Os ganhos no controle de constitucionalidade eram mais expressivos para os seus maiores impulsionadores.

Os partidos de esquerda apresentavam diversas Adins, segundo a pesquisa, em oposição às medidas provisórias que os governos utilizavam, em especial na época dos governos de Fernando Henrique Cardoso, e, com cautela, os autores afirmaram que os resultados das ações mostravam que a judicialização da política estava sendo realizada com positividade para os partidos de esquerda.

Essas foram as conclusões do estudo que Vianna et al (2007) realizaram após dezessete anos da judicialização da política no Brasil, considerando-se como marco a Constituição de 1988. Percebe-se que a frequência do uso dos mecanismos de controle de constitucionalidade era considerável no período do estudo, o que pode demonstrar a aceitação da judicialização da política do ponto de vista empírico.

É importante ressaltar ainda que Vianna (2013) entende que a judicialização da política acontece no espaço da Administração Pública. Trata-se da utilização dos procedimentos próprios do Poder Judiciário pelos poderes políticos, e sobre a qual já se foi tratada anteriormente.

A realização da judicialização da política não se resume ao Supremo Tribunal Federal, e até envolve órgãos que não pertencem ao Poder Judiciário. Neste caso, a principal justificativa para o comportamento proativo de seus membros se repete em relação ao Supremo Tribunal, a obrigação constitucional de velar pelos direitos dos cidadãos. Uma das instituições que mais instiga a realização da judicialização da política pelo Poder Judiciário é o Ministério Público.

Desde o início dos anos 80, pontua Arantes (1999), a legislação brasileira tem se voltado para temas referentes a direitos coletivos, em uma progressiva construção normativa em defesa a valores como o meio ambiente e a saúde. Este autor ressalta o movimento considerável em direção ao Judiciário na busca pela proteção a esses direitos, especialmente após a democratização que se seguiu ao período militar brasileiro, e com destaque para o advento da Constituição de 1988, que estruturou a expansão protetiva dessa temática e ampliou o acesso à justiça. Essa conjuntura proporcionou o desenvolvimento da judicialização da política⁹, pois instou o Judiciário a participar, necessariamente, da garantia efetiva do novo arcabouço constitucional, principalmente ao exercer o controle de constitucionalidade. Ao mesmo tempo, a nova Constituição modificou a figura institucional do Ministério Público,

⁹ Arantes (1999) diferencia expressamente a judicialização da política e a politização da justiça. O primeiro termo é considerado por ele definidor do aumento da busca pelo Judiciário para a solução de assuntos notadamente políticos; o segundo termo é, para ele, a transformação do sistema judicial em, cada vez mais, um ambiente de discussões políticas.

promovendo sua autonomia administrativa e tornando-o responsável pela garantia aos direitos dos cidadãos.

Antes da Constituição de 1988, o Ministério Público era vinculado ao Poder Executivo e possuía apenas duas significativas funções a de fiscalizar a aplicação da lei, intervindo nos processos judiciais como garantidor dos direitos dos cidadãos e como responsável pela ação penal, desempenhando o papel de promotor da ação que busca aplicar a pena aos infratores da lei¹⁰. Desde a Constituição de 1988¹¹, o Ministério Público passou a ser uma instituição independente, não relacionada a nenhum dos Poderes, em qualquer perspectiva, e a cuidar da proteção de direitos difusos e coletivos, sendo ampliado o rol de suas funções¹². A ação civil pública é um instrumento de atuação do Ministério Público, instituído pela Lei nº 7.347/85 para a proteção processual de direitos das áreas do meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, dentre outras. Efetivamente, são direitos que envolvem uma perspectiva política, o que evidencia a contribuição do Ministério Público no aumento do fenômeno da judicialização da política, ainda que não seja ele o único que possa fazer uso da ação civil pública, pois a lei que regulamenta este mecanismo prevê a possibilidade a outros entes, o que também revela o mais amplo acesso à justiça.

A garantia dos direitos coletivos e difusos exige, quase sempre, a criação e posterior implementação de políticas públicas. Após a Constituição, o Judiciário começou a ser inserido no cenário político para tratar de tais direitos, especialmente, neste caso, por intermédio do Ministério Público, na maioria das vezes, cuja atuação neste sentido cresceu, nos últimos anos. É importante registrar, como o faz Arantes (1999), que os efeitos de decisões acerca dos direitos coletivos e difusos possuem uma peculiaridade que demonstram ainda mais o caráter político de tais direitos, eles atingem todas as pessoas, e não apenas quem diretamente está envolvido

¹⁰ A ação penal também pode ter como titular a vítima ou seu representante, em caso específico previsto na lei penal, ou ainda podem atuar em auxílio ao Ministério Público, também segundo o que diz a legislação.

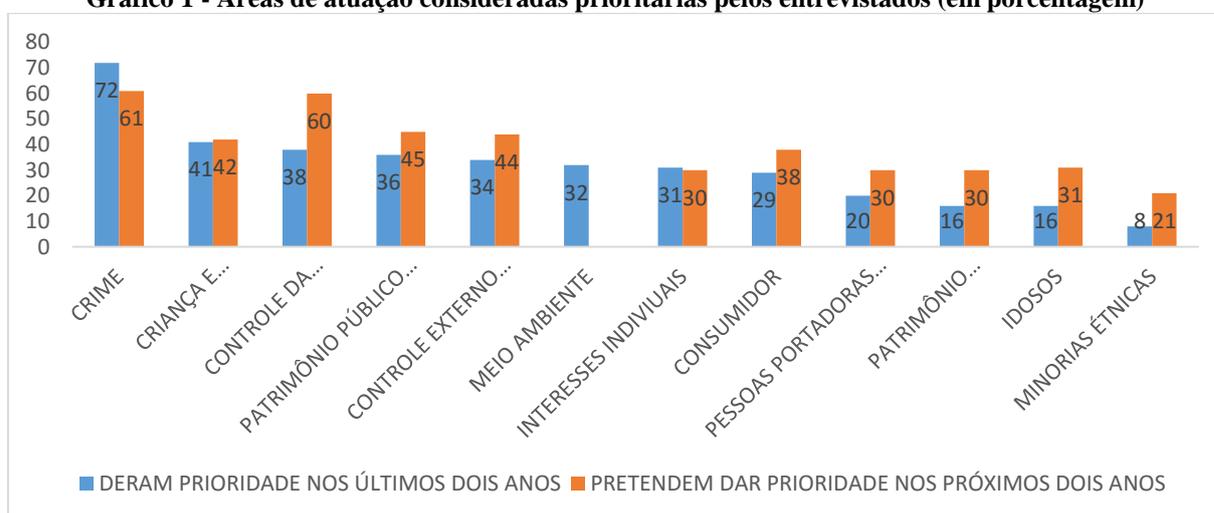
¹¹ Arantes (1999) observa que, antes da Constituição Federal de 1988, a legislação ordinária já ampliava as funções do Ministério Público, ao tratar de direitos coletivos e difusos (ex.: Lei 6.938/81-meio ambiente).

¹² As atribuições do Ministério Público são definidas no art. 129 da Constituição de 1988: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

no processo que trata da questão levada ao Judiciário. É o que se chama efeito *erga omnes*, e também efeito *ultra partes*.

Arantes (1999) destaca outro aspecto do fenômeno da judicialização da política¹³ para o Ministério Público. Entende o autor que, ao mesmo tempo em que a instituição se envolve e contribui com o fenômeno da expansão judicial, é atingida pela ocorrência de uma politização da justiça, representada pela aquisição de garantias como a inamovibilidade, irredutibilidade de salários e outras, que lhes concedem independência para realizar suas funções. A questão envolve, conforme entende o autor, o comportamento proativo dos membros do Ministério Público, que se voltam para a defesa de direitos da sociedade adentrando o espaço político, em razão do que ele chama “reconstrução institucional” e da própria alegada hipossuficiência da sociedade brasileira em relação à defesa de seus direitos, mesmo após o ganho de um aparelhamento mais eficiente e amplo de acesso à justiça. Ou seja, neste último caso, é a necessidade de as instituições assumirem um papel de proteção da sociedade. O gráfico a seguir demonstra os dados de pesquisa com membros do Ministério Público e as temáticas consideradas por eles prioritárias nos últimos dois anos e nos próximos dois anos, tendo como referência o ano de 1996, ano da pesquisa.

Gráfico 1 - Áreas de atuação consideradas prioritárias pelos entrevistados (em porcentagem)



Fonte: ARANTES, 2002, p.117

Percebe-se que o atual perfil do Ministério Público, para Arantes (2002), é muito próximo do ativismo judicial, e representa o voluntarismo político dos seus membros. Embora o autor afirme a importância da Constituição de 1988 para a construção ou reinvenção do

¹³ A judicialização da política a qual o autor faz referência, como Barroso (2009), só diz respeito à intervenção do Judiciário nas questões políticas; ele não aborda a utilização de procedimentos judiciais pelos poderes políticos, como Tate e Vallinder (1995) fazem.

Ministério Público, ele ressalta a anterioridade de suas conquistas, desde a aprovação de uma legislação que o tornou mais autônomo e participativo na efetivação de direitos da sociedade, e com a qual se verificou a força da influência da instituição em conseguir avanços quanto a sua independência, o que também já pode demonstrar o voluntarismo ao qual o autor se refere. É também entendimento de Rojas (2013), quando se reporta à possibilidade de intervenção do Ministério Público na proteção de interesses individuais intersubjetivos, concedida pelo Código de Processo Civil de 1973. Todavia, o autor entende que a Constituição de 1988 infligiu maior exigência ao Ministério Público no que concerne à sua capacidade de autoafirmação e de garantia da própria potencialidade desse voluntarismo, o que tem sido comprovadamente visto no crescimento de suas intervenções na arena política. Em pesquisa realizada, porém, o autor percebeu que a instituição passou a atuar em áreas mais novas do seu campo de atribuições, como a proteção do patrimônio público, por exemplo, mais do que nas áreas anteriormente já definidas, como a penal. Para Arantes (2002), isso demonstra o voluntarismo político que o Ministério Público tem apresentado em seu comportamento pós-1988, principalmente. Além disso ele observa uma característica ideológica que expressa a insatisfação social com seus representantes políticos e, ao mesmo tempo, uma correspondência dos interesses da sociedade (ou pelo menos a defesa deles) com o Ministério Público, pensamento advindo da ideia de hipossuficiência da sociedade, já mencionada.

2.3 A judicialização da política em matéria eleitoral e no Supremo Tribunal Federal

A judicialização da política pode ser encontrada com grande ênfase em decisões de dois tribunais brasileiros. O Tribunal Superior Eleitoral, representa a instância superior em matéria eleitoral, e possui, dentre suas atribuições a função de tomar providências quanto à execução da legislação eleitoral. Nesta tarefa, o tribunal apresentou diversas interferências na esfera política, conquistando relevância na manifestação da judicialização da política no Brasil. Por isso, sua atuação será aqui destacada. Ao mesmo tempo, ressalta-se as decisões do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a guarda da Constituição. Para realizar sua principal atividade, o Supremo Tribunal Federal deve julgar as ações que questionam a constitucionalidade de leis e atos normativos, portanto, deve realizar o controle judicial. O STF coleciona uma quantidade significativa de entendimentos que demonstram a intervenção do Poder Judiciário na arena política, e representa, portanto, o maior sujeito realizador do fenômeno no Brasil.

2.3.1 A judicialização eleitoral

A Justiça Eleitoral brasileira foi criada em 1932 para cuidar, especialmente, do processo eleitoral, das questões de inelegibilidade e de execução da legislação eleitoral. Em geral, a Justiça Eleitoral exerce quatro funções, conforme pontua Almeida Neto (2014), que são: administrativa, jurisdicional, normativa e consultiva.

A função administrativa refere-se, principalmente, à organização dos pleitos, desde à instalação das urnas, ao acompanhamento dos cidadãos envolvidos no processo de eleição, de segurança e demais circunstâncias atreladas à realização da escolha dos representantes por voto. A função jurisdicional consiste na resolução dos conflitos que envolvem a temática eleitoral, portanto ocorre com o julgamento de ações e recursos que decidem os caminhos de uma eleição. A função normativa está prevista no Código Eleitoral¹⁴ e representa uma “quase” atividade legislativa do Tribunal Superior Eleitoral¹⁵. A função consultiva corresponde a responder questões apresentadas por legitimados sobre matéria eleitoral e sobre situações abstratas, é realizada pelo TSE.

O Tribunal Superior Eleitoral é o órgão máximo dessa Justiça, e por isso, é responsável por desenvolver em suas atividades as quatro funções acima descritas. É resultado de sua tarefa, ao exercer a função normativa, a emissão de regulamentos para a execução da lei, à qual são subordinados, portanto, de acordo com Almeida Neto (2014), que acrescenta o fato de o TSE realizar a função normativa (emissão de resoluções) e regulamentar (organizar e regulamentar as eleições). Em 2010, o termo “resolução”, como observa o autor, passou a definir as decisões normativas e regulamentares do tribunal. Esse introito apenas fundamenta o centro da questão a ser desenvolvida, a existência de judicialização da política na esfera eleitoral.

O argumento de existência é sustentado em razão da função normativa do TSE, em que são produzidas resoluções que avançam nas áreas próprias dos poderes políticos, com ou sem a devida observação aos limites que essa atividade envolve. Até o momento, portanto, a judicialização da política, ou o ativismo judicial, aconteciam em uma perspectiva jurisdicional (processual), ou seja, com a necessária presença de um processo formalizado perante o Judiciário. Aqui, quando o foco se volta para as resoluções, está se tratando da expansão judicial no aspecto administrativo, embora quase sempre a questão desenvolva a participação judicial. As questões tratadas são notoriamente políticas, e de forma direta estão ligadas à vontade

¹⁴ Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: I - elaborar o seu regimento interno; [...] IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código. Lei nº 4.737/65.

¹⁵ Por vezes, a partir de agora, o Tribunal Superior Eleitoral será mencionado com sua ordinária sigla, TSE.

popular. Não vertem sobre políticas públicas, envolvem o processo eleitoral. No Brasil, como apontado por Marchetti e Cortez (2009), a judicialização da política parece se concentrar nas regras do processo eleitoral e na vontade da maioria, o que destaca o STF, e, especialmente, o TSE nas análises do fenômeno no país.

São comuns os questionamentos acerca dos limites da função normativa da Justiça Eleitoral. Portanto, procura-se definir a dimensão do estabelecido pelo Código Eleitoral ao possibilitar a edição de resoluções sobre matéria eleitoral pelo TSE, isto é, qual o limite e no que consiste efetivamente a função normativa, o “poder regulador” da Justiça Eleitoral. Os limites dessa atuação são questionados, especialmente em razão da grande quantidade de casos em que se alega a existência da função normativa da Justiça Eleitoral e que são tratados com expressivo ativismo judicial, atuando o TSE como legislador positivo.

A abordagem será feita em dois momentos, antes e depois da Constituição de 1988, data definida apenas por coincidir com a promulgação do instituto que representa a maior referência na defesa da judicialização da política. Para os casos anteriores a 1988, seguir-se-á a análise de Vale (2013), e, nos casos seguintes, autores variados.

Dois casos foram selecionados por Vale (2013) como definidores das ações políticas da Justiça Eleitoral antes de 1988. O primeiro foi a cassação do PCB, em 1947. O TSE cassou o registro e os membros no Legislativo deste partido em razão de que supostamente o PCB possuía dois estatutos, sendo um deles avesso à democracia. O resultado foi uma desestruturação do partido, que implantava as ideias comunistas no País, e que, por isso, fundamentou a possibilidade de que a ação do TSE tivesse sido realizada, segundo a autora, sob a influência de elites oligárquicas. O segundo caso é o da eleição de Tancredo Neves em 1984. O PDS tentou mobilizar seus membros a votarem, obrigatoriamente, em Paulo Maluf. A autora descreve que a fidelidade partidária estava prevista constitucionalmente, mas o TSE entendeu que esse poder de obrigar não fazia parte das diretrizes partidárias, e que a matéria não poderia ir a juízo, pois se tratava de assunto meramente administrativo, e assim, o TSE de pronto poderia decidir. Apenas no primeiro caso, a autora acredita haver, em suas palavras, “coerência jurídica” entre a atuação do Judiciário e a resolução emitida para tratar do caso.

Os casos de intervenção do TSE em questões políticas em nível administrativo depois da Constituição de 1988 serão tratados a partir de agora. O primeiro diz respeito à verticalização das eleições. Em 2002, cumprindo sua função consultiva, o TSE respondeu a uma consulta com a Resolução nº 21.002, definindo que as coligações estaduais e federais não poderiam acontecer entre partidos rivais na disputa presidencial. Instado a se manifestar, o STF concluiu pela constitucionalidade da resolução. Entre idas e vindas motivadas pela insatisfação de membros

do Legislativo quanto à decisão, a questão resultou na Emenda Constitucional nº 52, que expressamente permitia a liberdade aos partidos para organizarem suas coligações. Em relação ao TSE, verificou-se uma série de mudanças quanto ao entendimento deste tribunal durante toda a discussão sobre a verticalização. Marchetti e Cortez (2009) observam que a judicialização da política aconteceu neste episódio a partir de um entendimento construído pelos atores judiciais e exposto aos poderes políticos. Ressaltam que a Consulta que deu origem à resolução e toda a discussão posterior não possui natureza vinculativa, entretanto, estruturou um debate entre a posição judicial e a posição majoritária. De fato, e assim entendem os autores citados, não havia legislação aberta, havia discordância entre o posicionamento judicial e o político. Ao mesmo tempo, percebe-se uma estratégia de defesa dos poderes políticos, especialmente do Legislativo, que buscou contrapor-se ao entendimento da Corte por meio de arranjos legislativos que expressavam suas vontades e interesses.

Outro caso acerca da judicialização da política realizada pelo TSE foi a fixação do número de vereadores das câmaras municipais. O poder legislativo municipal é formado por vereadores eleitos por um sistema de representação proporcional, e dentre outras funções, cabem a eles legislar sobre assuntos de interesses locais. A Constituição de 1988 fixou o número de vereadores para os Municípios, baseada na quantidade de habitantes destes. Os números só poderiam ser modificados por emenda constitucional, porém, o TSE o fez ao editar a Resolução nº 21.702, após o STF apresentar decisão que declarava inconstitucional um artigo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, em São Paulo, que estipulava o número de vereadores daquela cidade. Portanto, a temática foi abordada quando o Supremo Tribunal Federal decidiu o Recurso Extraordinário nº 197.917, e entendeu que o número de vereadores de um Município apenas poderia ser definido pela Constituição Federal. Em seguida, em 2004, o TSE editou duas resoluções, 21702 e 21803, estipulando novo número de vereadores, e determinando que aquele novo critério fosse utilizado nas eleições daquele ano. Diversas ações buscando a declaração de inconstitucionalidade da resolução foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, as duas principais alegações eram o desrespeito ao princípio que exige o período de um ano para que as mudanças no processo eleitoral comecem a produzir efeitos e a legislação, pelo TSE, de matéria que deve ser tratada pelos vereadores. A resolução continuou a ter validade, segundo entendimento do STF.

De certa forma, como reconhece Vale (2013), a Justiça Eleitoral proporcionou ao Judiciário um destaque a sua atuação, em razão de tratar especificamente das regras do sistema político, e, assim, trazer ao Estado, e retirar das elites de poder, em tese, o poder de decisão sobre a estrutura que promove o advento da vontade da maioria. Notadamente, tal realidade

projetou no Judiciário a expansão de suas atividades para o cenário político. O sistema político, conforme observa Zauli (2011), é organizado pelo que se chama governança eleitoral, formada pelas instituições e regras que regem a competição eleitoral. E a criação da Justiça Eleitoral contribuiu para um arranjo mais harmonioso do sistema e de suas regras. Em uma procura para se responder quanto à legitimidade da Justiça Eleitoral, no que se refere a sua possibilidade de modificação das decisões apresentadas por representantes eleitos pelo povo, Zauli (2011) entende que as respostas podem ser encontradas por meio de uma comparação entre as consequências produzidas pela criação de normas eleitorais pelo Legislativo e a regulamentação realizada pelo Judiciário. Para o autor, o cotejo entre essas duas situações promove um posicionamento quanto à manutenção da governança eleitoral ou não nos moldes em que ela existe no sistema brasileiro.

Deve-se observar que a temática aborda a judicialização da política e a realização de um ativismo judicial na esfera eleitoral. A discussão envolve a separação dos poderes, pois o comportamento judicial no cenário político atinge diretamente os limites entre as funções dos três poderes, especialmente, no que se refere à atividade legislativa. O problema é precisamente perceber a diferença entre interpretar a lei e criar legislação, no caso do Tribunal Superior Eleitoral, produzir resoluções. É importante que a abrangência destas ferramentas de uso jurídico seja bem delimitada para que não percam o sentido de existência e nem ofendam a estrutura estatal.

2.3.2 Judicialização da política no Supremo Tribunal Federal

O STF é uma figura poderosa no debate político. A partir desta percepção, Barbosa e Regis (2012) procuraram verificar a partir de quando o tribunal possui tal força, desenhando um recorte temporal de três épocas: de 1891 a 1969, durante os trabalhos da Constituinte e após a Constituição de 1988 e posterior legislação diretamente relacionada. O trabalho desses autores serviu de base para a estruturação dos poderes ou das atribuições do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, na vigência da Constituição de 1891, o STF realizava revisão judicial difusa¹⁶; a Constituição de 1934 previa, expressamente, a proibição de que a Corte conhecesse

¹⁶ Já foi diferenciada a revisão judicial do controle de constitucionalidade, ambos realizados pelo STF. Sendo assim, é oportuno ressaltar, sobre o controle, que existem três sistemas de controle de constitucionalidade, segundo AFONSO DA SILVA (2005, p.49): o político, realizado por órgãos integralmente políticos (ex.: Legislativo); o misto, que consiste na atribuição da avaliação da constitucionalidade das leis de acordo com determinação legal (certas leis receberão controle político e outros jurisdicional); e o jurisdicional, realizado pelo Judiciário. Este controle possui dois critérios: o difuso, que pode ser exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário, e o concentrado, exercido pelo STF. No Brasil, o difuso é exercido pela parte ao fazer sua defesa, e o concentrado

de questões exclusivamente políticas, o que permaneceu até 1946. A quantidade de ministros, as atribuições do Tribunal e o quórum para declaração de inconstitucionalidade sofreram diversas modificações ao longo dos anos. No primeiro momento do período constituinte, os autores afirmam que houve uma propensão a chamar o STF de Tribunal Constitucional, com a realização de controle concentrado e a não previsão de quem fosse possibilitado a questionar a constitucionalidade dos atos e leis. Porém, essa ideia não foi seguida. Assim, mudanças posteriores chegaram ao desenho institucional do Supremo Tribunal Federal, como é conhecido, com as atribuições conhecidas e os legitimados primários para questionar a constitucionalidade dos atos e leis. Os instrumentos previstos para a realização desse questionamento foram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin), a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPC) e o Mandado de Injunção (MI). Em 1993, a Emenda Constitucional nº 3 adicionou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que foi regulamentada em 1999, e, em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 adicionou a Súmula Vinculante, regulamentada em 2006. Esse foi o cronológico percurso da instituição quanto a suas atribuições e mecanismos essenciais aos seus exercícios.

Barbosa e Regis (2012) analisaram circunstâncias apontadas por Tate e Vallinder (1995), e já apresentadas anteriormente, que podem explicar a expansão judicial, no intuito de entender o poder que o STF possui no cenário político brasileiro. A primeira perspectiva foi a da confiança na instituição, em detrimento à abalada situação dos outros poderes e de outras instituições após um período de ditadura e de desgastes sociais e econômicos. Segundo os autores, o cenário em que se encontrava o País, nos idos de 1993, proporcionou ao Tribunal um ganho de respeito e prestígio pela sociedade. A segunda perspectiva pode ser identificada com o uso do STF por grupos de interesse para se alcançar certos objetivos diferentes dos esperados pela ótica pública. Os autores apontam que, após esse período, seguiu-se uma quantidade considerável de aprovações legislativas em que o Executivo, buscando garantir seus interesses na execução de suas políticas, influenciou de forma eficiente a “centralização da disputa política em torno de um único órgão: o Supremo Tribunal Federal” (BARBOSA; REGIS, 2012, p. 11). Os autores procuraram explicar a estratégia, iniciada com a Emenda Constitucional nº 3, com a teoria da escolha racional, com o destaque para a construção de uma instituição com poderes

acontece a partir da apresentação de processo ao STF, por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade já abordados e estabelecidos na Constituição de 1988. O controle difuso ou concreto produzirá efeitos apenas entre as partes no processo onde ele foi realizado e abrangendo momento anterior à declaração; a exceção é quando o Senado Federal, após comunicação do STF, que realiza os dois controles, permite a ampliação dos efeitos a todos. O controle concentrado ou abstrato produz efeitos a todos.

suficientes para estabelecer uma parceria cooperativa entre Judiciário e Executivo dentro do debate de questões políticas.

Essa é uma teoria que explica como o Supremo Tribunal Federal se tornou figura importante, por vezes central, na temática política. Já abordada por outros autores, na primeira parte da explanação sobre judicialização da política, existe a ideia de que a Constituição de 1988 atribuiu ao STF a função de protegê-la, por meio de mecanismos (ações) que buscassem uma declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de leis e de atos produzidos pelos poderes políticos.

Ferreira e Fernandes (2013) observaram que o tribunal apresentou diferentes posturas em relação à expansão judicial. Suas análises se basearam em três momentos históricos, considerando-se mandatos de três significantes ministros que influenciaram o comportamento da instituição frente às questões políticas. Os três ocuparam a função de presidentes do STF, cujo regimento interno estipula a duração de dois anos do mandato do presidente. Porém, o período considerado pelos autores não se limita ao momento em que os ministros ocuparam esta função no tribunal, é muito mais abrangente, pois observa o poder de influência que esses ministros exerceram e exercem (o ministro Gilmar Mendes ainda compõe o Tribunal) nos julgamentos do STF. Como os cargos são vitalícios, parece correto entender que os autores analisaram o comportamento do Tribunal durante os cargos dos ministros Victor Nunes Leal e Moreira Alves, em sua integridade, ressaltando situações em que o STF se posicionou demonstrando a força argumentativa desses ministros. Quanto ao ministro Gilmar Mendes, em razão de ainda exercer seu cargo, entende-se que os autores consideraram um período de tempo até a finalização da pesquisa.

O primeiro dos momentos é a “Corte Victor Nunes Leal”. Os autores destacam que o ministro Victor Nunes Leal¹⁷ demonstrou um trabalho voltado para a busca da democracia, em meio ao período militar, e pela instituição de mecanismos fortalecedores das realizações judiciais, sendo uma das suas maiores contribuições a criação das súmulas. Biograficamente se pode perceber, conforme ressaltam os autores, que o ministro também era dedicado à política, com ligações ao governo de Juscelino Kubitschek. Sua trajetória pelo STF foi envolta à luta pela soberania diante da ditadura. Ferreira e Fernandes (2013) exemplificam a conduta de Vistor Nunes Leal com dois casos em que seu posicionamento foi singular. Trata-se do julgamento do *Habeas Corpus* nº 41.296 que envolvia provas forjadas para a condenação de um governador contrário à ditadura. O outro caso foi o Mandado de Segurança nº 17.957 em que o Victor

¹⁷ Um dos maiores destaques profissionais do ministro Victor Nunes Leal é a autoria do livro “Coronelismo, enxada e voto”, de 1948, aclamada obra literária da Ciência Política Brasileira.

Nunes Leal apresentou posicionamentos sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal julgar atos autoritários por meio do Mandado de Segurança. Era combatente aos Atos Institucionais em seus julgados, afirmam Ferreira e Fernandes (2013), e procurou fortalecer a instituição judicial com as súmulas, mecanismos com os quais se organizariam as decisões do tribunal para que houvesse uma aplicação coerente de seus entendimentos.

O segundo momento, para Ferreira e Fernandes (2013), é o da “Corte Moreira Alves”. O ministro José Carlos Moreira Alves ficou conhecido como um presidente que deu ao STF certo rigorismo nas suas decisões, com destaque para três nuances, conforme os autores: a observação de algumas formas de controle como a “interpretação conforme”; os efeitos que as decisões gerariam, como por exemplo, se elas atingiriam a todas as pessoas ou apenas os envolvidos diretamente no caso apresentado ao Judiciário; e o controle de inconstitucionalidade por omissão. Em especial nesse aspecto, o Supremo demonstrava, naquela época, cautela quanto à separação dos poderes, e como afirmam os autores mencionados, havia uma preocupação dos ministros em não se transformarem em legisladores positivos. Diversos julgamentos demonstram o posicionamento do ministro Moreira Alves durante toda a época em que atuou no STF, imbuídos de cuidados, pois era a iniciação do tribunal na função de controlar a constitucionalidade dos atos.

O terceiro período se refere à época de presidência do ministro Gilmar Ferreira Mendes. “A Corte Gilmar Mendes” foi, para Ferreira e Fernandes (2013), um momento voltado precipuamente ao controle de constitucionalidade, e como lembram os autores, em razão da ligação que o ministro possuía com a temática dentro do Brasil e na Alemanha. A jurisprudência formada durante seu mandato possui diversos casos sobre questionamento da constitucionalidade de atos e leis, com destaque para a determinação da repercussão geral às situações. A exigência de relevância e de transcendência dos casos passou a ser obrigatória. A presença da relevância, aliás, já foi observada na definição de judicialização da política por Barroso (2009), como anteriormente se tratou. A Corte Gilmar Mendes, ressaltam Ferreira e Fernandes (2013), destaca-se ainda pela grande quantidade de audiências públicas realizadas e de súmulas vinculantes, considerando-se o pouco tempo de criação deste instituto. A temática dos casos do tribunal era essencialmente política, e por isso aqueles autores entendem esse como um período de grande ocorrência do fenômeno da judicialização e até mesmo de ativismo judicial.

Efetivamente, o STF tem se envolvido na discussão acerca de diversas questões políticas. Em sua maior parte, tratam de aspectos que exigem a elaboração de políticas públicas e a sua execução. Como é sabido, políticas públicas exigem uma construção paulatina, com a

produção de resultados a partir de um certo decurso de tempo, o que, em muitas vezes, mostra-se ineficaz a quem espera pela proteção do direito. Desta forma, segundo o discurso do tribunal, e de quem defende a judicialização da política, exige-se que, de forma quase emergencial, os ministros cuidem para que os cidadãos sofram o que minimamente for preciso durante esse processo de concretização de seus direitos. Alguns casos se tornaram pontuais na análise do fenômeno da expansão judicial realizada pelo Supremo Tribunal Federal, e não apenas no que tange à judicialização da política, mas também do ativismo judicial. A enumerar à guisa de exemplo: julgamento da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (Adin nº 3.510/DF); vedação do nepotismo nos três poderes (ADC nº 12 e RE nº 579.951/RN); o julgamento da possibilidade de se considerar a existência de efeitos válidos da união estável entre pessoas do mesmo sexo (Adin nº 4277/ADPF nº 132).

É preciso, entretanto, que se estabeleça sempre a diferença entre as necessidades e obrigações do Supremo Tribunal Federal, e do Judiciário como um todo, para que se possa perceber que tipo de atividade o Tribunal está realizando e qual a coerência entre o fato e a Constituição.

A judicialização da política, portanto, é um fenômeno inevitável, fundamentado na obrigação de o Poder Judiciário, como instituição, sobretudo, alcançar os fins de um Estado como hoje este se encontra configurado. A intervenção na arena política se torna uma medida diferenciada dentro do desenrolar normal das engrenagens institucionais, porém, necessária à dinâmica política contemporânea. Com isso, a teoria clássica da separação dos poderes e a judicialização da política são ideias conflitantes no sentido da insuficiência de aquela teoria explicar este fenômeno. A razão se mostra na dificuldade de se observar os limites no exercício das funções dos poderes e no controle que exerce quanto ao outro. É importante, entretanto, sempre diferenciar a judicialização da política do ativismo judicial, duas atuações muito constatadas no Poder Judiciário brasileiro, em especial no Supremo Tribunal Federal. O caso da fidelidade partidária é um julgamento emblemático, pela riqueza dos elementos que possui, para que se possa ver as implicações quanto aos limites e o controle entre os poderes, implicações estas que estão inseridas na temática da nova separação dos poderes.

3 O CASO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA: AUTORESTRIÇÃO E ATIVISMO

A judicialização da política no Brasil tem sido realizada em diversas temáticas que envolvem o interesse público. O Supremo Tribunal Federal é o tribunal brasileiro que mais se ocupa de julgamentos nesse sentido, principalmente por ser ele o responsável pelo controle e revisão dos atos dos poderes políticos, conforme já abordado no capítulo anterior. Nos últimos anos, em diversos momentos, portanto, o STF manifestou entendimentos e resolveu questões que lhe foram apresentadas e que se constituem exemplos de judicialização da política na história jurídica e política brasileira.

Ressalta-se, no entanto, e consoante o que já se pode deduzir a partir da diferenciação também exposta no capítulo preliminar, que o Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, realizou ativismo judicial. A título de exemplificação, cita-se alguns casos em que se evidencia a expansão judicial do Judiciário brasileiro, especificamente do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma lista meramente ilustrativa, sem qualquer intenção de se agrupar os julgamentos em que o tribunal realizou a judicialização da política ou o ativismo judicial. Até mesmo em razão de que as duas situações, frequentemente, são encontradas em um mesmo caso.

Portanto, em caráter exemplificativo, cita-se os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, julgados em 2007, e que se referiam à inexistência de lei que cuidasse da greve dos servidores públicos; a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, decidida em 2008, e que se reportava ao uso das células-tronco de embriões humanos; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, ambas decididas em 2011, que abordavam o mesmo tema, a união estável entre pessoas do mesmo sexo; a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685 sobre a proibição de coligações diferentes nos níveis locais e nacionais, chamada de “verticalização das eleições”; e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1351 e 1354 sobre restrições a partidos políticos menores quanto ao uso de rádio e televisão e à distribuição dos recursos do Fundo Partidário, questões que ficaram conhecidas como “cláusula de barreira”.

Nos julgamentos citados é possível encontrar as implicações que a judicialização da política, e o ativismo judicial, possuem diante da separação dos poderes, ou seja, os limites de controle de um poder sobre o outro e a distribuição das funções entre eles. Todavia, a maior evidência das implicações na expansão judicial se refere ao tratamento que o Supremo dispensou à fidelidade partidária, especificamente, na notória decisão conhecida como “caso da fidelidade partidária”, de 2007. Esse julgamento modificou o entendimento do Supremo

Tribunal Federal, que era reiterado desde 1989, sobre o assunto e reuniu diversos elementos que possibilitam a demonstração das implicações já referidas na atuação do Judiciário brasileiro. Resumidamente, a relevância dessa decisão se encontra em três aspectos: a) na decretação do titular do mandato político; b) na atividade do Poder Judiciário na regulamentação do tema; c) e nas questões que surgiram a partir desse entendimento, tais como, se a perda de mandato alcançaria o eleito em eleição majoritária quando ele se desfilia do partido; se o suplente teria direito ao mandato quando fosse declarada a perda do cargo do político que migrava para outro partido; se o mandato pertencia apenas ao partido de tal político ou à coligação à qual o partido foi vinculado nas eleições.

Pode-se dizer ainda que a temática da fidelidade partidária é um grande exemplo de expansão judicial do STF, tendo em vista as implicações concernentes à discussão sobre os limites da função normativa do TSE, conforme se mostrou no capítulo primeiro, e em razão de o STF ter apoiado a resolução do Tribunal Superior Eleitoral quando modificou seu entendimento sobre fidelidade partidária. Em razão disso, os julgamentos acerca dessa matéria, em destaque o caso da fidelidade partidária de 2007, foram selecionados para análise, com o objetivo de se observar aspectos importantes para o estudo central deste trabalho.

Antes disso, porém, é preciso que se entenda a temática em si. Primeiramente é importante ressaltar que o fundamento jurídico da fidelidade partidária emana da exigência de filiação partidária que a Constituição de 1988¹⁸, e antes dela outros institutos legislativos, fazem à elegibilidade. Portanto, para se candidatar a qualquer cargo eletivo, é necessário que o cidadão possua prévia filiação partidária.

No entendimento de Bezerra (2008, p.21), fidelidade partidária “é a adesão intelectual do membro do partido às diretrizes da agremiação quanto a sua inclinação política e filosófica e os meios para manifestá-la e concretizá-la”. A fidelidade partidária¹⁹ corresponde à permanência do eleito, após a diplomação no cargo, no mesmo partido político ao qual pertencia na eleição. A importância do tema está relacionada à titularidade do cargo alcançado em disputa eleitoral, isto é, se o cargo, em linguagem usual, pertence ao partido político/coligação ou ao candidato que concorreu nas eleições para o mandato. Definida a titularidade, resolve-se a questão de a quem concerne o cargo em caso de migração partidária, que acontece quando um filiado deixa de pertencer ao quadro de membros de um partido político e passa a integrar o

¹⁸ Art. 14, §3º, V, Constituição Federal de 1988.

¹⁹ Infidelidade partidária é o termo ordinariamente utilizado para designar a migração partidária que um eleito realiza após a conquista do cargo e sem justa causa. Porém, por não ser um termo técnico, seu uso neste trabalho é evitado.

quadro de associados de outro partido, e ainda nos momentos em que, temporariamente, o ex-filiado permanece sem partido.

No Brasil, a relevância de se determinar essa titularidade está fundamentada na grande quantidade de migrações partidárias que aconteceram nos últimos anos. Conforme pontua Freitas (2012), chegou-se a considerar as frequentes migrações como uma endemia, por serem práticas dos políticos, que demonstravam o interesse que eles tinham em apenas atingir seus próprios objetivos, sejam eles de quaisquer naturezas, ao invés de representar o interesse público e satisfazer os anseios do povo. É verdade que as migrações partidárias são recursos utilizados pelos políticos para alcançarem escopos individuais, é possível se associar a este entendimento a ideia de Downs (1999), e ganhar maior visibilidade em um partido que isso lhe ofereça, porém, não se pode olvidar que os partidos também ganham com as migrações, o que os faz incentivá-las. Partidos com maior quantidade de eleitos possuem mais representatividade, maior poder de barganha, mais recursos do fundo partidário, por exemplo. De qualquer forma, as razões da migração não possuem foco neste estudo.

A migração partidária sem justa causa e realizada em período próximo e posterior à eleição se assemelha ao transfuguismo, fenômeno mais amplo, estudado principalmente em países de língua latina. Segundo o Dicionário da Real Academia Española (2014), transfuguismo é a mudança de ideologia de uma pessoa, observada com maior frequência na vida política; no entendimento de Vilamala (2009), o qual aproxima o fenômeno da migração partidária acima referida, é o afastamento voluntário de um representante eleito pelo povo do partido político ao qual pertencia, seguido da sua filiação a outro partido. O fenômeno possui um aspecto depreciativo para a sociedade em geral, assim como a migração partidária sem justa causa e excessiva, conforme observam os seguintes autores brasileiros. Carvalho e Silva (2006) afirma que o transfuguismo desestimula a participação política dos cidadãos, que já é bastante tímida na democracia brasileira. Lembo (2007) esclarece que o transfuguismo, chamado por ele de “turismo interpartidário” deve ser combatido para que não elimine o sentido da representação, a qual só pode ser concretizada por meio dos partidos políticos, essenciais à participação nas eleições.

Em um sintético histórico acerca das migrações partidárias no Brasil, Melo (2003) observou o crescimento de tal prática no decorrer dos anos, ao desenvolver um estudo sobre a migração na Câmara dos Deputados, em que ficou evidenciado o crescimento das migrações partidárias no decurso dos anos.

É importante observar, perante os acontecimentos, como a legislação brasileira tem cuidado do tema. A Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969 modificou o art. 152²⁰ da Constituição de 1967, e, pela primeira vez no Brasil, determinou a sanção de perda do mandato aos membros do Legislativo que deixassem o partido sob cuja legenda tivessem sido eleitos. A determinação para perda de mandato em tal situação, entretanto, foi retirada da legislação pela Emenda Constitucional nº 25, em 1985, e desde então, não houve a sua reparação em leis brasileiras.

A Constituição de 1988, no art. 17, §1^{o21}, limita-se a declarar que cabe aos partidos políticos, em seus estatutos, o estabelecimento de normas sobre fidelidade partidária. Todavia, da forma como o texto constitucional entregou aos partidos políticos a possibilidade de regulamentarem a fidelidade partidária, criou-se um ensejo de que cada partido tratasse o instituto de maneira diferenciada, gerando, assim, várias perspectivas de um mesmo objeto. O problema é que cada partido político possui seus interesses, o que é compreensivamente admitido, porém, essas diversidades podem promover, no aspecto da fidelidade partidária, jeitos diversos e conflitantes de enfrentar as migrações entre partidos, ocasionando inseguranças e desarranjos sociais no trato com esta temática.

No entanto, desde a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 não há legislação no Brasil que cuide, especificamente, da titularidade dos cargos, que regule a migração partidária e as consequências desta prática, além de outras questões que são referentes à sua execução. Ao contrário, como acima exposto, tais determinações ficaram a cargo, segundo a Constituição de 1988, dos partidos políticos, em seus estatutos. Desta forma, diante de não definições específicas sobre a migração partidária, e das dificuldades que isso produz, por várias vezes o Poder Judiciário foi acionado para se manifestar e decidir a quem pertencia a titularidade dos mandatos políticos, dentre outros aspectos pertinentes ao tema. Como já exposto, nessas oportunidades, especificamente o STF apresentou respostas contraditórias - autorestritivas e ativistas- e demonstrou assim as implicações, como adiantado, que a expansão judicial possui frente à separação de poderes.

²⁰ Art. 152, parágrafo único, Emenda Constitucional nº 1, 1969: “Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmara 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 defesa”. (grifo nosso).

²¹ Art. 17, § 1º, da Constituição Federal de 1988: “**É assegurada aos partidos políticos autonomia** para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, **devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária**”. (grifo nosso).

O referencial teórico que fundamenta este trabalho é o exposto no capítulo primeiro, que trata da judicialização da política. A teoria central sobre este fenômeno e utilizada na análise é a dos autores Tate e Vallinder (1995), considerada a mais completa forma de exposição desta temática. A teoria apresenta duas formas de realização da judicialização da política, a execução, pelo Judiciário, de atividades que tradicionalmente pertencem à esfera de atuação dos poderes políticos e a adoção de procedimentos tipicamente judiciais por estes poderes. A teoria permite que se verifique a conduta do Supremo em decisões sobre a fidelidade partidária e se possa enquadrá-las na realização de judicialização da política, de ativismo judicial ou se consiste em uma forma de conduta autorestritiva do tribunal.

Portanto, a partir da pré-existência de uma teoria e de documentos que possibilitam a verificação do intuito que embasa esta pesquisa, mostrou-se adequado o uso da metodologia da análise de discurso para realizá-la, nos termos de Moraes e Galiazzi (2013), no tocante à análise de discurso. Os autores apontam que o referencial teórico da análise de discurso é diversificado, porém, é imprescindível a existência de uma teoria forte para basear a leitura e a interpretação dos fenômenos a serem investigados. A teoria deve ser previamente já estabelecida, pois a análise se propõe a interpretar e a criticar o discurso, concentrando-se nas suas mensagens implícitas e suas condições de produção²².

Gill (2014) observa que o discurso é construído a partir de recursos linguísticos preexistentes, de termos, formas de narrativa, metáforas e citações. Desta forma, diferentes tipos de textos podem ser construídos, por meio de escolhas dentre expressões. Os textos são estruturados retoricamente, seguindo um escopo persuasivo. Neste aspecto, em especial, encontram-se os discursos contidos em textos produzidos por tribunais. Os votos dos ministros do STF, nos julgamentos sobre a fidelidade partidária, podem ser, portanto, apropriadamente, analisados por meio da análise de discurso.

Seguindo as orientações de Gill (2014), após a decisão sobre a metodologia a ser utilizada, foram formuladas as questões iniciais da pesquisa. O escopo central é procurar perceber se a atuação do Judiciário, neste caso o STF, ao realizar a judicialização da política, encontra-se em conformidade com a nova ideia de separação dos poderes, nos termos

²² A análise de discurso, segundo Orlandi (2009), trata do discurso, que representa a prática da linguagem, não se limitando à gramática, à língua. É a observação da língua como construção simbólica. O discurso é a intercessão entre o homem e a realidade que o cerca. A análise do discurso, assim, trabalha a língua como significados a partir da atuação dos homens. Porém, a análise de discurso não busca o que o discurso quer dizer, mas o que o texto diz. Tal metodologia entende que o emissor e o receptor não apenas trocam informações, eles constroem perspectivas, absorvem sentidos, pois “o discurso é um efeito de sentidos entre locutores” (ORLANDI, 2009, p.15).

apresentados por Ackerman (2007) ou se ele se mantém fiel à ideia tradicional de separação dos poderes. A análise de discurso se dirige ao todo, embora, é preciso dizer, não se possa atingir esse todo. Para que não haja perda de informação, deve-se evitar a fragmentação da análise. Moraes e Galiuzzi (2013) entendem que as categorias estão presentes em toda análise de discurso, e devem ser teoricamente pré-selecionadas. Desta forma, as categorias deste trabalho, identificadas como critérios, foram determinadas a partir de dois institutos já examinados no capítulo anterior: a judicialização da política e o ativismo judicial, que apresentam as implicações abordadas no debate acerca das ideias (nova e tradicional) de separação de poderes.

Sendo assim, o primeiro critério é o da judicialização da política, para se verificar nas decisões se os ministros realizaram atos que constituem atividade dos poderes políticos e se interferiram no funcionamento interno desses poderes. Em caso positivo em alguma dessas situações, considera-se realizada a judicialização da política. O segundo critério é o do ativismo judicial, que exige uma observação dos discursos dos ministros, na busca pela existência ou não de valores pessoais, e de avanços para além do que a Constituição determina, servindo como base de suas decisões. Se encontrados, considera-se presente o ativismo judicial. E finalmente, o critério do controle do ativismo judicial, em que a intenção é observar se o Judiciário procurou restringir excessos em sua atuação quanto à interferência nas funções dos outros poderes.

Continuando sob a orientação de Gil (2014), foram escolhidos os textos a serem analisados. Nesta pesquisa, então, foi feita a análise de julgamentos do STF sobre fidelidade partidária. O recorte temporal se inicia em 1989, ano em que o Tribunal decidiu sobre a fidelidade partidária de forma a estabelecer um paradigma seguido nos anos posteriores até 2007, ocasião em que ocorreu a decisão do caso emblemático sobre a fidelidade partidária nos termos da judicialização da política. Além disso, o julgamento mostra o primeiro entendimento do STF na vigência da Constituição de 1988, fundada no princípio do Estado Democrático de Direito, nos moldes mundialmente estabelecidos. A importância desse fato histórico e político é que a democracia é uma das condições que impulsionam a expansão judicial, conforme Tate e Vallinder (1995), e já explanado no capítulo preliminar. O término do recorte temporal é o ano de 2015, para que a pesquisa possa abranger a maior quantidade possível de decisões em tempo de examiná-las. As decisões foram coletadas no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, onde os votos estão integralmente transcritos, associados a uma versão resumida de cada processo, contendo a ementa, data de julgamento, partes, numeração, ministro relator e outras informações importantes.

Em razão de constituírem documentos de domínio público, consoante o ensinado por Gill (2014), as decisões, inclusive os votos, não foram transcritos neste trabalho. O procedimento da pesquisa pode ser visualizado na tabela a seguir.

Tabela 5 - Processos encontrados em pesquisa de julgamentos sobre fidelidade partidária no sítio eletrônico do STF

Seção	Chave de busca	Número de processos encontrados	Identificação do processo (espécie de ação/ número no tribunal/ano do julgamento)
Processos > ADI, ADC, ADO, ADPF	“fidelidade adj partidária”	08 (apenas duas destas ADIs não estão inseridas na contagem do sítio pertinente à jurisprudência)	ADI 1465 (2005); ADI 3686 (2006); ADI 3999 (2008); ADI 4086 (2008); ADI 5081 (2015); ADI 4650 (2015); ADI 5311 (2015); ADI 5105 (2015).
Jurisprudência > Pesquisa	“fidelidade adj partidária”	16 (as ADIs foram separadas das outras ações na coluna a seguir, mas foram consideradas neste valor total)	MS 20476 (1984); MS 20927 (1989); MS 21102 (1990); MS 23405 (2004); MS 26602 (2007); MS 26603 (2007); MS 26604 (2007); AI 733387 (2008); MS 27938 (2010); MS 30260 (2011); AP 470 (2012); MS 32033 (2013).

Fonte: Sítio eletrônico do STF: <<http://www.stf.jus.br>>. Primeiro acesso em: 10 maio 2015; atualizado em: 06 maio 2016.

Nota: ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade; MS: Mandado de Segurança; AI: Agravo de Instrumento; AP: Ação Penal; ADO: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Após a coleta das decisões, seguiu-se a seleção das que seriam analisadas. Os motivos para que o número total não fosse examinado são os seguintes: a) a decisão de 1984 está fora do período de análise; b) algumas ações apenas fazem referência à temática da fidelidade partidária (AP 470; AI 733387); c) mesmo procedimento no tribunal e padrões de votação e fidelidade às espécies das ações que se tornaram diferenciais na temática da fidelidade partidária e da conduta do Judiciário no que se refere à judicialização da política. Ao final, as decisões que restaram para análise foram: os Mandados de Segurança dentro do período de 1989 a 2015, ou seja, MS nº 20927/89; MS nº 21102/90; MS nº 23405/04; MS nº 26602/07; MS nº 26603/07; MS nº 26604/07; MS nº 27938/10; MS nº 30260/11; MS nº 32033/13.

A intervenção do Poder Judiciário no cenário político somente ocorre quando um de seus órgãos julga uma ação processual que lhe foi apresentada. Ou seja, não há, em regra, interferência voluntária, portanto, que não tenha sido motivada pelo dever de resposta a um

pedido que é levado ao Judiciário. A fundamentação para essa estrutura de funcionamento é um princípio geral do processo civil, o princípio da ação ou da demanda, segundo o qual o interessado em obter a proteção a seu (suposto) direito é quem deve iniciar o procedimento adequado para garantir tal defesa. Esse procedimento é desenvolvido pelo Judiciário que, após a instauração deve prosseguir realizando e conduzindo os atos que compõem as formalidades exigidas pela lei. Também conhecido como princípio da inércia, e presente no Código de Processo Civil²³, essa regra, que possui exceções enumeradas em leis, objetiva assegurar a imparcialidade do julgamento do órgão que o realizará. Como apontam Cintra et al (2005), se um juiz inicia um processo por sua própria vontade, ele estabelece uma propensão de julgá-lo favoravelmente.

Um interessado pode iniciar um processo junto ao Supremo Tribunal Federal por meio de específicos instrumentos que são enumerados na Constituição. A intervenção que aquele tribunal realiza na esfera política pode acontecer, assim, a partir de várias formas de apresentação de pedidos de garantia de direitos expostos a ele, ainda que, em regra, o controle ou a revisão de constitucionalidade deva ser executado por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A temática da fidelidade partidária, no entanto, foi levada ao STF, na maioria das vezes, pela apresentação de Mandados de Segurança.

Sucintamente, os principais instrumentos de formação de um processo sobre fidelidade partidária julgados pelo Supremo Tribunal Federal são abordados a seguir, pois o entendimento mínimo do que constituem é essencial à análise de discurso que foi desenvolvida e será apresentada adiante. O mais utilizado foi o Mandado de Segurança²⁴. Representa este o meio constitucional apropriado para que o interessado que entenda ter direito seu, ou coletivo, atingido por uma autoridade, ou na iminência de ser atingido, possa recorrer ao Judiciário buscando a efetiva proteção da lei. É preciso que o direito objeto do processo não seja amparado por dois outros instrumentos constitucionais²⁵, o *habeas corpus* e o *habeas data*. Além disso, precisa ser “líquido e certo”, expressão jurídica que, nesta circunstância, significa que o direito deve estar comprovado no momento em que o processo é apresentado ao Judiciário, segundo

²³ Art. 2º do Código de Processo Civil: O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

²⁴ Art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

²⁵ O Mandado de Segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o Mandado de Injunção e a Ação Popular são conhecidos como “Remédios Constitucionais”, pois são estabelecidos na Constituição e seguem um procedimento peculiar, além de possuírem outras características diferenciadas para a proteção de direitos; são instrumentos para iniciar um processo junto ao Judiciário.

Nunes Júnior e Sciorilli (2010). Esse direito deve estar expresso na lei, e possuir os requisitos e condições para sua aplicação.

O regimento interno do Supremo Tribunal Federal descreve que, ao ser protocolado no tribunal, o Mandado de Segurança recebe um número e é sorteado para um ministro, que é chamado de “relator” e é responsável por dirigir o procedimento, dentre outras funções especificadas no regulamento do tribunal. Este ministro, em alguns casos, pode decidir sozinho, ou, como normalmente acontece, apresenta seu voto à Turma (há duas Turmas, em cada uma atuam cinco ministros) ou ao Plenário (composto por todos os onze ministros), dependendo da situação apresentada e de quem caberá julgá-la, conforme o que o Regimento estabelece. Não há sorteio quando já houver outros processos que tratem do tema apresentado para julgamento, e, portanto, o novo processo será designado para o relator que já cuida dos seus predecessores, em um fenômeno conhecido por “prevenção”.

No procedimento do Mandado de Segurança, após o sorteio do relator, este verificará se foram obedecidas as exigências formais e legais para iniciar o processo, e se há provas de que o direito é líquido e certo, pois no Mandado de Segurança não há oportunidade para produção de provas. Outros procedimentos são realizados, dentro do que a lei e o Regimento Interno do Tribunal exigem. Se o Mandado de Segurança tratar de matéria já consolidada por jurisprudência do STF, o relator pode decidir sozinho, caso contrário é marcada data de julgamento, quando ele apresentará seu voto, que, em geral, influencia o voto dos demais ministros, no que traduz as expressões do cotidiano forense “seguem o relator”, “acompanham o relator”, “com o relator”. Em geral, as sessões do Plenário e das Turmas, em que ocorrem o julgamento dos Mandados de Segurança, são públicas, com prioridade para estas ações, dentre outras.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é o meio de obter do STF a declaração de que uma lei ou um ato normativo é inconstitucional. É utilizada para realizar, na própria lei, o que os juristas entendem como “controle concentrado de constitucionalidade das leis”. A expressão “leis” deve ser entendida no sentido amplo, como ato normativo de efeitos gerais, são todas as espécies que a Constituição estabelece como tais, no art. 59. O ato normativo, entretanto, nas palavras de Moraes (2003), representa uma prescrição a ser cumprida, emitida por órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo, e até Judiciário, por exemplo, as resoluções administrativas dos outros tribunais, e que não possuam efeitos concretos.

O procedimento da ADI é descrito pela Constituição, sendo enumerados constitucionalmente os que podem utilizá-la para levar ao STF o questionamento acerca da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Após numeração e sorteio (ou prevenção)

nos moldes das regras do Mandado de Segurança, e de outras formalidades próprias desta ação, é possível a produção de provas, ao contrário da ação anterior. Em julgamento, o relator apresenta seu voto, porém, é exigida a presença mínima de oito ministros na sessão para que seja declarada a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo questionado.

As informações básicas, e necessárias a este estudo, sobre os dois instrumentos que mais geraram processos no STF sobre a fidelidade partidária, e como eles são executados no tribunal foram apresentadas. De forma alguma elas esgotam a matéria pertinente aos seus conceitos, naturezas, regras de processamento e demais aspectos.

Após os esclarecimentos e a estruturação imprescindíveis apresentados acima, a análise de discurso das decisões pode ser trazida ao bojo deste trabalho.

3.1 A posição autorestritiva do Mandado de Segurança nº 20.927/1989

O primeiro Mandado de Segurança analisado foi julgado no dia onze de outubro de 1989. Originário do Distrito Federal, chegou ao STF pela iniciativa de Luiz Fabrício Alves de Oliveira, chamado “impetrante”, que se opunha à posse de Marcos César Formiga Ramos ao cargo de deputado federal, realizada pelo Presidente da Câmara dos Deputados em novembro do ano anterior. O novo deputado federal era suplente ao cargo em razão das eleições de 1986, assim como o impetrante do Mandado de Segurança, sendo este sucessor daquele. O então novo deputado federal foi chamado para tomar posse no cargo tendo em vista abertura de vaga, ocasionada pelo licenciamento da deputada federal Wilma Maia, conforme o padrão. O impetrante, porém, entendia que tal posse não poderia acontecer, pois, o deputado empossado havia se desfilado do Partido da Frente Liberal (PFL), ao qual pertencia na época da eleição, e posteriormente havia se filiado ao Partido Liberal (PL), em agosto de 1988, portanto, antes da posse. Para basear sua afirmação, o impetrante ressaltou legislação²⁶ da época e entendimento do próprio Tribunal, e sustentou que o suplente, ao desligar-se do partido coligado perdeu tal condição.

Em um órgão colegiado, para cada processo é designado um relator, que fica responsável, dentre outras funções, por fazer um sucinto relatório sobre o caso. O relator do referido Mandado de Segurança foi o ministro José Carlos Moreira Alves, que também apresentou o primeiro voto, ao qual se passa a analisar.

²⁶ Artigos 5º, LXIX e 56, § 1º da Constituição de 1967; art. 69, IV, da Lei nº 6.862/71.

O ministro Moreira Alves iniciou seu voto informando que trataria especificamente apenas de uma das questões apresentadas pelas partes e obrigatoriamente exigiam o julgamento do Tribunal. Desta forma, o ministro votou no sentido de admitir que o impetrante possuía direito de acionar o Judiciário em busca da anulação da posse do deputado federal, mas que a Justiça Eleitoral não tinha poderes para retirar o deputado empossado, isso poderia ser feito pelo Presidente da Câmara dos Deputados. Assim, o ministro Moreira Alves se dedicou a examinar a possível ilegalidade praticada pela Câmara dos Deputados ao empossar o deputado federal envolvido na situação que deu início ao processo.

O voto começa enumerando fatos, apenas de maneira descritiva, sem antecipar juízos de valor, da seguinte maneira: “LUIZ FABRÍCIO ALVES DE OLIVEIRA impetrou mandado de segurança contra ato do Exmº Sr. Presidente da Mesa da Câmara dos deputados que deu posse a Marcos César Formiga Ramos no cargo de Deputado Federal em 24 de novembro de 1988” (p.131). Em seguida, o ministro citou outro processo do Tribunal que ainda estava em andamento²⁷. Tratava-se da manifestação do ministro Célio Borja, que afirmava a impossibilidade da Câmara recusar-se a realizar a posse de um suplente a deputado quando houvesse vaga, fosse sua a vez na ordem de suplência e não houvesse decisão judicial competente cassando o diploma daquele suplente. O ministro Moreira Alves discordava do entendimento de seu colega, e citou o fato de que havia processos em que o Tribunal analisava situações em que a Câmara havia negado a posse a suplente em razão de acontecimentos posteriores à diplomação.

O passo seguinte foi examinar a relação estabelecida entre o candidato a deputado federal e o partido ou coligação ao qual ele se agrega, segundo as regras da eleição proporcional. Sua primeira observação foi que o Código Eleitoral considerava eleito o candidato que estivesse registrado em partido ou coligação na ordem da votação nominal e de acordo com a quantidade que o respectivo quociente partidário indicasse. A partir desta informação contida na legislação eleitoral, o ministro ressaltou que havia: “**sem dúvida alguma**, uma estreita vinculação entre o partido ou a coligação e o candidato que concorreu às eleições por um ou por outra, certo como é que uma das condições de elegibilidade é a filiação partidária” (grifo nosso, p.142), segundo o que exige a Constituição. A expressão em destaque do discurso do ministro sugere sua apreciação da lei, talvez um comportamento positivista²⁸ que, demonstre um apego ao que está escrito nas normas legais em primeiro lugar.

²⁷ MS nº 20.916

²⁸ O termo “positivismo” se refere ao movimento do positivismo jurídico, o qual, segundo Bobbio (1995), não se confunde com o positivismo no sentido filosófico. Está relacionado ao direito positivo em oposição ao direito

Em seguida, o ministro Moreira Alves aborda o tratamento legislativo à questão, indicando a antiga possibilidade de decretação de perda do mandato de deputado que deixasse o partido ou coligação. Era o princípio da fidelidade partidária trazido pela Emenda Constitucional nº 01/69 e já abordado acima. Salientou que era a Justiça Eleitoral quem decidia sobre tal perda e a Câmara a declarava posteriormente. O princípio deixou de existir por legislação posterior, conforme também adiantado. Sua narrativa encerrou mencionando a Constituição de 1988, que já produzia efeitos naquela época. Lembrou ele que não havia adoção constitucional do princípio da fidelidade partidária, o que garantia aos deputados a mudança de partido sem que isso lhes gerasse sanção judicial ou perda de mandato.

A interpretação do ministro quanto a este último aspecto foi o seguinte. Ao não declarar a perda de mandato ao deputado que mudasse de partido, a Constituição havia optado por não garantir a representação partidária por meio de sanção jurídica de perda de mandato. E caso tivesse sido a sua intenção considerar a mudança de partido uma causa desta perda, poderia tê-lo feito ao colocar tal situação junto ao rol das que constituem essas causas, o que não aconteceu, como se pode ver no trecho a seguir:

Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer dizer isso que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, “a”; 58, §1º; 58, §4º, 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o art. 55 (p.143).

Neste momento de seu voto, o ministro Moreira Alves ressaltou a constatação de que a mudança de partido diminuía a representação parlamentar do partido que perdia membro eleito. Essa atitude parece demonstrar o cuidado do ministro em destacar o que significava a modificação para o partido, o que também é entendido diante da menção que ele fez ao fato de que muitos eleitos o são em razão dos votos de legenda, aqueles que são direcionados ao partido ou coligação e não a um candidato específico. Isso parece significar que o ministro procurava estabelecer o que a Constituição poderia ter protegido (a representação parlamentar dos partidos e o voto dos eleitores que escolheram aquele partido e quiseram que os seus membros

natural. Ao direito natural se atribuem as características de ser válido em qualquer lugar, não ser mutável, vem da natureza, é conhecido pela razão, e determina o que é bom. Enquanto o direito positivo é válido apenas em certos lugares, pode ser modificado, decorre da vontade do homem, é conhecido pela apresentação realizada por homens, que declaram a sua validade e determina o que é útil (BOBBIO, 1995).

ocupassem cargos no Legislativo) e não o fez. Pode-se perceber que o ministro vislumbra a fidelidade partidária importante aos partidos.

Então, o ministro relator coloca a grande questão sobre a qual o STF precisava se debruçar: se a Constituição e outras legislações não impediram a mudança de partido pelos titulares de mandato de deputado que mudassem de partido, elas poderiam impedir tal mudança a seus suplentes que mudassem de partido entre a diplomação e a posse? O ministro entendia que seria possível o impedimento se o diplomado empossado já fosse titular do mandato, o qual só seria perdido nas hipóteses da Constituição. Entretanto, se o diplomado ainda não fosse empossado, em virtude de não haver nada a respeito na Constituição, não é possível o impedimento. Ou seja, não poderia haver a perda de mandato para suplente.

E ainda, o ministro Moreira Alves destacou que a legislação que havia cuidado da fidelidade partidária antes da Constituição de 1988 não conseguiu convencer sobre a necessidade de que seria importante a presença da mudança de partido entre uma das causas constitucionais de perda de mandato. Sendo assim, não haveria força por parte de tal legislação para produzir efeitos, e assim não se poderia basear-se naquela legislação para declarar perda de mandato apenas por não existir menção a isso na Constituição. O ministro salientou o tratamento igual dispensado ao titular e ao diplomado não empossado pela Constituição, em relação a certos aspectos.

O ministro Moreira Alves afirmou ainda, que a Constituição valorizava a representação parlamentar dos partidos, porém, não exigia dos titulares de cargos, nem de diplomados não empossados a fidelidade partidária. O diploma era o que garantia o direito à posse. Entendeu ele que se não havia fidelidade partidária em nenhum desses dois momentos, não havia possibilidade de se invocar o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal para se exigir não mudança de partido do suplente, pois este possui direito de substituição garantido pelo diploma. Percebe-se que a construção do ministro se circunda dos elementos legais e de lógica para a formação de seu discurso, inclusive ele utiliza tal termo, segundo se pode ver:

Mas, se essa lógica não é seguida com relação ao empossado no cargo de Deputado nem ao eleito diplomado mas ainda não empossado – e, quanto a este, não há sequer que se falar em independência de exercício de mandato -, não há que ser observada quanto ao suplente: não se pode exigir do substituto a fidelidade que não se exige do substituído (p.145).

Não se observa, neste momento, portanto, qualquer vislumbre de opinião pessoal que possa escapar da tentativa institucional de imparcialidade em seus julgamentos.

Novamente, o ministro menciona o Mandado de Segurança já decidido pelo STF, destacando a diferença entre aquele e o caso que estava sendo julgado nesta oportunidade. O julgamento anterior era sobre a perda de suplência de deputado federal em razão da posse do suplente no cargo de juiz do Tribunal de Contas, ou seja, não havia questões de fidelidade partidária. E encerra seu voto indeferindo, ou seja, negando o pedido do impetrante, declarando, então, que não havia justificativa para a perda do mandato do deputado que havia migrado de partido.

É um voto sucinto, sendo mais extenso o relatório. Na análise do discurso do ministro Moreira Alves, percebe-se um claro apego à lei, com a formação de uma prática baseada na racionalidade e no uso da lógica para a formação do seu voto. As palavras utilizadas por ele pouco demonstram a intenção ou imperceptível emissão de seus valores pessoais. Sua narrativa se apega ao acompanhamento dos fatos junto às legislações, com a preocupação de esclarecer o que estava ainda produzindo efeito na época, o que parece apropriado para o caso. Ele constrói a perspectiva comparativa entre a possibilidade do impedimento ao mandato por legislações que não mais estavam produzindo efeitos e a Constituição. Este aspecto de seu discurso deixa transparecer sua intenção de mostrar que o Judiciário deveria obedecer às leis que estavam em plena produção de resultados, não poderia tal poder, portanto, em nome de princípios, como o da fidelidade partidária e o da representação proporcional, e ainda, com base na valorização da representação parlamentar federal, decidir além do que constitucionalmente era definido. Mostra assim, os limites da atuação temporal do Judiciário. Desta forma, verifica-se ser este um voto cuja linguagem é clara e direta, não parece propositadamente ocultar quaisquer intenções que não as já mencionadas. As palavras escolhidas mostram uma ação positivista, portanto, ligada à lei, por parte do ministro.

O segundo ministro a votar foi José Celso de Mello Filho, o único daquela época que permanece como membro do STF nos dias de hoje. Este ministro iniciou seu discurso invocando o duplo e novo caráter do mandato representativo, que passou a ter vínculo partidário e popular. Descreveu que o mandato decorrente de uma investidura político-eleitoral expressa formalmente essas duas representações. O ministro entendeu que a nova faceta do mandato representativo revigorou a vinculação partidária, tema sobre o qual ele passou a discorrer. Até o momento, portanto, verifica-se que este é um discurso que entrelaça mais rapidamente os fatos e as suas consequências, ressaltando, no entanto, uma perspectiva mais teórica. A construção utiliza palavras e termos claros, que procuram demonstrar certa lógica no raciocínio desenvolvido, todavia, não se assemelha ao voto do relator, que estabeleceu uma linguagem mais direta para apresentar suas percepções, no padrão de que se a lei “A” determina do jeito

“B”, significa dizer que o fato “C”, que se encontra nas condições que a lei delimita, deve ser interpretado como “B”.

O ministro Celso de Mello continuou sua análise observando a exigência de registro em partido para concorrer às eleições, determinada pelo Código Eleitoral. Esse é um ponto em que o ministro utilizou um desenvolvimento mais ligado à lógica, “O monopólio das candidaturas é tão inquestionável que gera, **como natural consequência**, a nulidade para todos os efeitos, dos votos dados a candidatos não registrados por partidos políticos” (grifo nosso, p. 147-148). Em seguida, ele trabalhou o tratamento constitucional da filiação partidária, que foi considerada uma condição de elegibilidade. Nesta oportunidade, ele citou o jurista Celso Ribeiro Bastos, cujo pensamento demonstrava concordância com o de Celso de Mello. A citação do ministro expõe seu interesse em evidenciar maior abrangência de seus resultados iniciais decorrentes do exame do caso. Ele desenhava um caminho pelo qual percorriam lado a lado a lei e a doutrina voltada para o assunto. Esta é uma opção que fortalece o crédito da interpretação que o ministro realizava.

Seu discurso continua por tratar do *status* ao qual a necessária filiação elevou as agremiações partidárias que, segundo ele, transformaram-se em “corpos intermediários entre a sociedade civil e a sociedade política”. A consequência disso, para ele, é que os partidos políticos receberam caráter institucional e tornaram-se essenciais ao processo político. Entretanto, o ministro fez a ressalva de que a vinculação partidária não tinha como consequência a perda de mandato por ato de infidelidade partidária (termo utilizado por ele), pois assim a Constituição não havia estabelecido. Ao mesmo tempo, ele afirmou que era “fato inquestionável” que a filiação partidária traduzia valor constitucional, o qual possuía considerável importância político-jurídica que deveria ser observada, para que seus efeitos pudessem ser vislumbrados. Para corroborar com seu entendimento, ele apresentou o argumento do jurista José Afonso da Silva, que entendia ser a fidelidade partidária ato execrável da conduta política, defendendo, inclusive, sanções, que não a perda de mandato, a serem estipuladas nos estatutos dos partidos políticos.

Novamente, o ministro recorreu a juristas consagrados na área constitucional para fundamentar suas conclusões acerca da temática. Percebe-se também que ele adotou o desenvolvimento de suas ideias voltado, neste ponto, para uma contida interpretação valorativa. Não se quer dizer, no entanto, que seja contaminada por suas opiniões pessoais. Trata-se da demonstração de valores constitucionais construídos com base na experiência jurídica, na exposição de autores respeitados, na análise das leis. Como se entender neste sentido? O ministro falou sobre o “valor constitucional” da fidelidade partidária. Já foi abordado acima a

importância da fidelidade partidária para o eleitor, para o partido, para a sociedade de forma geral. A Constituição representa a reunião de normas que protegem os valores da sociedade, portanto, ainda que não expressamente, ela protege o valor social atribuído à fidelidade partidária. Celso de Mello, ao contrário de Moreira Alves, parecia não estar ligado a lei de forma rígida, até o momento.

O ministro Celso de Mello entendeu que a Constituição, ao definir o rol taxativo (que é aquele que não aceita extensão das suas hipóteses) das causas de perda do mandato, apresentou uma cláusula de tutela constitucional para proteger o mandato legislativo. Ou seja, a proteção constitucional ao mandato legislativo foi realizada pela Constituição por meio da descrição das únicas possibilidades que ela elegeu como possíveis de gerar perda do mandato. Desta forma, a situação de não fidelidade partidária não constituía hipótese para perda de mandato.

O caso que estava sendo analisado era referente a um suplente que havia realizado migração partidária. O entendimento do ministro Celso de Mello sobre a situação de suplente era o de que, por não ser titular de mandato, ele não possuía direitos e as incompatibilidades exclusivos do titular. Uma das características das duas situações era que o titular tinha sua condição regulamentada pela Constituição, enquanto o suplente era regido por lei. Além disso, ressaltou o ministro que os votos eram dirigidos à agremiação partidária (sendo considerado partido e coligação), seja por legenda ou nominais. Desta forma, concluiu ele, que o suplente deveria estar filiado ao partido pelo qual adquiriu tal condição, e o que era uma expectativa de direito deixou de existir e não pode se tornar um direito subjetivo do antigo suplente. Em outras palavras, deixou de existir a possibilidade de o suplente assumir o mandato, diante de circunstâncias que lhe pudessem realizar tal fato, tendo em vista que ele deixa de ser suplente.

Esse é um trecho do voto em que o ministro discorre de forma livre sobre o raciocínio proporcionado por todo o arcabouço jurídico, assim, percebe-se que há um misto de leis e entendimentos consolidados pelos tribunais, além da presença da literatura pertinente. Essa conclusão pode ser extraída da formatação do texto, e da presença subentendida de tais elementos durante a construção do discurso. A escolha de palavras nos seguintes trechos, pode elucidar o descrito. “A condição jurídica do suplente é disciplinada por lei” (p.150), por exemplo, demonstra uma aproximação maior com o que está disposto na lei, uma preocupação do ministro em provar de onde sua interpretação será retirada, e é um cuidado que também está presente na forma de organizar a narrativa, primeiro ele mostra a base legal para já convencer o leitor ou ouvinte de que seu argumento começa de onde deve começar, segundo o que se espera da interpretação jurídica. Ele fundamenta sua posição sobre o mandato político ter

caráter partidário com um caso anterior julgado pelo STF do qual tal afirmativa foi extraída. E, por fim, cita manifestação de outro ministro acerca da representação não se limitar ao povo, mas também abranger os partidos. O ministro finaliza seu voto apoiando o raciocínio do impetrante e se posicionando pela concessão do pedido deste.

O ministro Sepúlveda Pertence votou em seguida e não concordou com o ministro Celso de Mello. Seu voto se inicia com uma grande quantidade de termos sobre os quais vale a pena se debruçar. Ele usou expressões como “(...) a dedução das razões da posição oposta (...) se funda na idealização e no transplante para o nosso regime positivo de representação proporcional, de uma ortodoxia do sistema, pensada em termos abstratos (...)” (p.153). Ele se referia à possibilidade de perda do mandato diante de migração partidária, situação da qual ele discordava. A escolha das palavras “idealização”, “transplante”, “ortodoxia”, “termos abstratos”, teve o intuito de deixar subentendido ao receptor da informação que havia uma corrente dentro do STF buscando implementar um tipo de interpretação mais aberto, que não se limitava à lei, e que poderia não ter fundamentos mais seguros aos sistemas jurídico e político.

O ministro Sepúlveda Pertence afirmou que, por não haver disposição constitucional, não se poderia sancionar quem tivesse migrado de partido com a perda do mandato, muito menos se fosse um suplente que assumira o mandato. O ministro não reconheceu o direito do impetrante.

O ministro Paulo Brossard foi a seguinte a apresentar seu voto. Ele fez uma narrativa histórica do surgimento e da importância dos partidos no Brasil e da falta de legislação que cuidasse das regras pertinentes a eles até o Código Eleitoral de 1932. A descrição seguiu pelos acontecimentos relacionados aos partidos durante e após a ditadura militar. O ministro ressaltou a grande quantidade de partidos. Houve certa crítica à Constituição no momento em que ele afirmou a sua não abordagem da problemática relacionada aos partidos, com o uso da expressão “deles tratou como se fosse entidades de secundária importância” (p.160). Está presente, portanto, em seu discurso, certa insatisfação com a legislação constitucional. O ministro entendeu que a manutenção da representação proporcional significou que a Constituição estava implicitamente protegendo a fidelidade partidária. O raciocínio foi logicamente expresso: um partido que elege um deputado não pode se beneficiar com os eleitos de outros partidos. Chegou a afirmar que seria um “mero e grotesco simulacro” o processo eleitoral. É o que se pode ver a seguir:

Um partido que elege vinte deputados, não pode ficar com sua representação reduzida a quinze, dez, cinco, ou nenhum deputado, e um partido que tenha eleito um não pode locupletar-se com os eleitos por outro partido e apresentar-se com uma representação que não é sua, de cinco, dez, quinze, ou vinte deputados (p.160).

O ministro, portanto, começava a sugerir qual seria sua manifestação, o uso dos termos em destaque, por exemplo, demonstra como a ação do ministro poderia ser prevista. A narração histórica, à semelhança do que fez o ministro Celso de Mello com a base legal, representou a formação do sustentáculo de seu voto. É comum nos julgamentos, em especial na parte escrita, que aqueles que os proferem se utilizem de uma retrospectiva de fatos que se relacionem com o caso analisado. Assim o é, na tentativa de se comparar, ainda que de forma subentendida, diferentes situações, benefícios e falhas, o que poderia ser feito, o que foi realizado e o que não foi.

O ministro Paulo Brossard citou um julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que, mesmo diante da ausência de legislação, especialmente constitucional, sobre a fidelidade partidária, vista para ele, portanto, como necessária ao processo eleitoral, aquele órgão do Judiciário retirou o mandato de suplente que havia realizado migração partidária. Percebe-se, a concordância do ministro em uma atuação mais ousada por parte do Judiciário, quando, diante da inexistência de lei, decidiu ele baseado em todo um conjunto de princípios jurídicos que poderiam ser extraídos da interpretação. Neste caso, tratou-se da importância dos partidos para o processo eleitoral e da representação proporcional como regra constitucionalmente definida.

O ministro destacou a mudança nas considerações sociais, jurídicas e políticas em torno do que significava a fidelidade partidária. Ou seja, se antes, como ele mostrou em sua narrativa histórica, não havia preocupação em se legislar sobre o tema, a grande quantidade de partidos e, principalmente, as frequentes migrações, produziram a necessidade de que se regulamentasse por lei ou norma constitucional o assunto. Verifica-se, desta forma, a mensagem indireta do ministro, no sentido de o Legislativo produzir legislação que acompanhe as mudanças sociais e que, é importante uma atuação do Judiciário, diante da ausência desta legislação, em conformidade com os valores contidos na Constituição, ainda que implícitos. Ele apoiou a pretensão do impetrante.

O ministro Célio Borja iniciou seu voto abordando a questão do cometimento ou não de ilegalidade, por parte da Mesa da Câmara dos Deputados, ao dar posse ao deputado federal que era suplente e antecessor do impetrante. Ele entendeu que, se a Câmara havia organizado suas atribuições em documento pertinente, e uma delas era convocar, e tão somente isso, os

suplentes na ordem que a Justiça Eleitoral lhe apresentava, deveria ser esta a declarar a destituição do suplente de tal condição. Para o ministro, isso era respeito ao princípio da separação de poderes. Era consequência da criação da Justiça Eleitoral, cuja responsabilidade era a de apresentar os diplomados com direito ou expectativa de direito para assumir mandato.

Antes da criação dessa justiça especializada, havia o que se chamava “terceiro escrutínio”, quando a Câmara fazia um reconhecimento dos diplomas. Neste momento do voto, iniciou-se um debate breve entre o ministro Célio Borja e o ministro Paulo Brossard, tornando clara a opinião dos dois acerca da intervenção do Judiciário, que deveria, de acordo com eles, manifestar-se quando houvesse lesão a direito individual.

O ministro Célio Borja também invocou a importância do princípio da representatividade do órgão da função legislativa, para se referir à representatividade do Parlamento. Analisar a legitimidade do mandato era função do Poder Judiciário. E assim não foi favorável ao pedido do impetrante. O voto demonstra elementos de um discurso que apoia o cumprimento restrito da lei, especificamente o princípio da separação de poderes. Aliás, esse é o voto que ilustra mais diretamente a adesão de um ministro ao entendimento da separação de poderes baseada na rígida separação das funções.

O ministro Carlos Madeira foi extremamente breve. Afirmou que havia sido a deputada Wilma Maia que originou a vaga do cargo de deputado, em razão de seu licenciamento, e não o partido. Desta forma, ela teria dado legitimidade ao suplente. Apoiou a intenção do impetrante. A brevidade do voto e a forma como ele foi construído não oferece muitos elementos para análise no sentido do que se propõe a pesquisa.

O ministro Octavio Gallotti simplesmente “acompanhou” o relator no voto e argumento. Como já mencionado acima, acompanhar, em termo jurídicos, quer dizer emitir a mesma decisão.

O ministro Sydney Sanches iniciou seu voto ressaltando o artigo 17, § 1º da Constituição, já abordado acima, e a sua determinação de que a fidelidade partidária fosse matéria tratada nos estatutos dos partidos. A interpretação do ministro foi no sentido de que, os estatutos não poderiam deixar de cuidar da fidelidade partidária, caso contrário isso ameaçaria a representação dos partidos.

O ministro entendeu que o Presidente da Câmara poderia ter deixado de dar posse ao deputado, pois estava diante de um fato “relevantíssimo” e posterior à diplomação. O uso do advérbio de modo destaca a intenção do ministro em salientar a importância do acontecimento na manutenção ou não da condição de suplente. Citou outra situação em que o Presidente da Câmara dos Deputados pode deixar de dar posse diante de fato superveniente à diplomação.

Em verdade, é um motivo de suspeita de impedimento para a posse do suplente. Trata-se da apresentação de manifestos sinais de insanidade mental surgidos depois que o suplente havia sido diplomado.

A intenção do ministro era a de destacar a possibilidade de o Legislativo decidir acerca da posse de um suplente. O que era contrário ao entendimento do ministro Célio Borja. Ele foi favorável ao pedido do impetrante. O ministro enfatizou a indignação quanto ao desrespeito à fidelidade partidária e a ausência de sanções diante da sua agressão. Ainda, condenou a prática do que ele entendeu como “extensão do direito à infidelidade”, que acontecia com o não respeito da fidelidade partidária até mesmo pelo suplente, a quem era permitida posse já em outro partido. Ele afirmou que a extensão aumentava o “ilogismo constitucional”, portanto, uma crítica ao fato de mesmo tendo sido a vinculação partidária extinta com a migração, ainda assim, seria possível que ela produzisse efeitos. Ele apoiou o pedido do impetrante. “(...) É acatada, agora, pela douta maioria, a extensão pelo direito à infidelidade, mesmo ao que ainda não se empossou, permitindo que se emposses em outro Partido, mesmo o adversário vencido na disputa. E até sem qualquer vinculação partidária”(p.173).

O ministro Francisco Rezek iniciou seu voto criticando o excessivo número de partidos políticos. Ele defendeu a omissão constitucional quanto à fidelidade partidária. O primeiro motivo que a justificava foi a situação histórica em que ela foi escrita. Os fatos de 1964 concernentes à dissolução dos partidos, segundo ele, ainda pairavam na sociedade, por isso, a Constituição optou por não descrever a fidelidade partidária com a “riqueza vernacular quantitativa, que usou em tantos temas menores”. O termo destacado é um dos exemplos presentes na forma tradicional de construção do discurso escolhida pelo ministro. Por várias vezes, ele utiliza palavras e expressões que demonstram o uso de uma linguagem mais rebuscada. A primeira impressão, diante disso, é a de que ele é um ministro apegado à lei, o que se comprova quando ele próprio afirma que “ao direito positivo me atenho” (p.174).

Vislumbrou o entendimento dos ministros que votaram pela concordância com o pedido do impetrante como uma previsão do futuro, ao declarar que sabia que o futuro prestaria “homenagem à generosa inspiração cívica da tese” (p.174). Desta forma, deixou claro que sua opinião era a de que, naquele momento, em razão da omissão constitucional, era impossível que se aplicasse a fidelidade partidária às situações ocorridas naquele período, pois não havia legislação que exigisse a fidelidade partidária do suplente que tomou posse do mandato de deputado, o que o impedia de conceder o pedido do impetrante.

O ministro Aldir Passarinho salientou a importância da fidelidade partidária e a taxatividade do rol de hipóteses constitucionais para a perda de mandato. Defendeu que a causa

que tratava do decoro parlamentar não poderia abranger a infidelidade partidária, por tratar-se de duas situações não similares. Ele se apegou ao que dizia a Constituição no que concerne à fidelidade partidária, devendo ser esta, portanto, tratada pelos estatutos dos partidos. Foi um voto bastante positivista, limitado ao que a lei trazia em seu bojo. Portanto, não se permitiu espaço para a realização da judicialização da política, assim como nos outros votos legalistas.

Além disso, ressaltou que a Constituição não delegou aos estatutos a possibilidade de prescrever a sanção de perda de mandato ao infiel que mudava de partido após a diplomação. O ministro apoiou a manutenção do vínculo partidário, mencionando que a Constituição o fizera implicitamente. Porém, não votou pelo impetrante, visto que não havia legislação que expressamente declarasse que a infidelidade partidária geraria a perda de mandato de titular ou suplente. Ora, este raciocínio demonstra que o ministro não admite a ampliação interpretativa do Judiciário, mesmo que haja implícitos valores protegidos até mesmo na Constituição. Ele se limita a seguir a lei e o que ela define. Assim é categórico ao afirmar que:

A meu ver, os casos de perda de mandato, expressos no art. 55 são taxativos: são os constantes dos itens I a VI. E tanto é certo que nos seus §§ 2º e 3º, expressamente se prevê o processamento a adotar quando as razões forem as dos itens I, II e IV, ou as dos itens III a V, a meu ver, sem nenhum espaço para hipóteses outras (p.176).

O último voto foi o do ministro Néri da Silveira, que começou discursando sobre as mudanças legislativas brasileiras acerca da fidelidade partidária. Novamente, essa é uma retrospectiva usada como técnica para salientar a história das disposições legais brasileiras, o que serve de fundamento para o voto daquele que o faz. Nesse sentido também é destacada a história no que se refere a fatos apenas, como realizou o ministro Néri da Silveira, ao apresentar as razões do Rio Grande do Sul para o continuado combate do eleitor à migração partidária, tratava-se de uma tradição do Estado desde a época da disputa entre maracatos e pica-paus. O ministro se detém à lei, à previsão constitucional de que os estatutos dos partidos deveriam cuidar da temática, não sendo possível a ampliação deste tratamento por falta de legislação neste sentido, tal como se extrai de seu voto:

Compreendo que a fidelidade e a disciplina partidárias constituem valores fundamentais à organização dos Partidos Políticos. Sem a vivência desses valores, não há organização partidária estável. A Lei Maior, entretanto, reservou aos partidos políticos disporem, em seus estatutos, a esse respeito (p.179).

Ele ressalta esse entendimento, inclusive, com o uso da expressão latina *de lege lata*, que significa argumentação fundada em lei vigente, ou seja, que está plenamente produzindo efeitos.

O ministro entendeu que, diante da não existência de lei sobre o assunto, a Mesa da Câmara poderia decidir sobre a invalidade ou não do diploma.

O julgamento foi finalizado pelo voto do Presidente do STF naquela data, Ministro Néri da Silveira, que fez um breve resumo acerca do que havia sido exposto. O pleno decidiu por maioria que a Mesa da Câmara poderia decidir sobre a validade do diploma apresentado, portanto, ao dar posse ao suplente, a Câmara dos Deputados não praticou ato ilegal. Ressaltou a importância do princípio da fidelidade partidária e dos partidos políticos. A corte não considerou que houve invalidade na posse do suplente em razão da migração partidária realizada.

A conclusão acerca da análise de discurso deste voto é a seguinte. De forma geral, verifica-se a importância do voto do relator na manifestação dos outros ministros. Sete deles declararam que adotavam os mesmos argumentos ou isso era implícito em seu discurso. Considerou-se a fidelidade partidária um princípio de bastante importância para a representação proporcional e para o processo eleitoral em si. Verifica-se na maioria dos votos uma conduta legalista, ou seja, os ministros decidiram ou emitiram seus entendimentos com um apego ao que a lei descrevia, evitando e até repudiando expressamente uma manifestação do Poder Judiciário para além do que a legislação definia. Desta forma, a maioria entendeu que, diante da inexistência de previsão constitucional da infidelidade partidária como causa de perda de mandato parlamentar, não poderia se considerar que a posse do suplente fosse declarada inválida. Assim, o tribunal entendeu que a titularidade dos mandatos pertencia aos parlamentares e não aos partidos políticos ou coligações dos quais eles faziam parte durante a conquista da vaga ou da expectativa de direito de assumi-la.

A partir da teoria de Tate e Vallinder (1995), passa-se a verificar os critérios da análise dos discursos. Quanto ao critério da judicialização da política, percebe-se que não se pode considerar neste voto uma manifestação do STF no sentido de realizá-la. A todo o tempo, os ministros reconheceram a ausência legal acerca da fidelidade partidária, e embora alguns ministros tenham entendido pela ampliação do julgamento para além da disposição da lei, o que resultaria em uma construção legislativa, prevaleceu uma conduta contida. Não há uma intervenção do Judiciário, conforme o expresso por Tate e Vallinder (1995), nas atividades do Legislativo, muito menos do Executivo. O critério do ativismo judicial também foi considerado negativo, nos padrões desses autores. Não se percebeu uma presença significativa de valores

peçoais expressos ou implícitos dos ministros, ao contrário, como já ressaltado, eles apresentaram uma conduta bastante contida. O critério do controle do ativismo judicial, ao contrário, foi observado como positivo, pois se percebeu presente uma preocupação dos ministros em realizar suas funções dentro do que a lei lhes estabelecia. Não é expresso, mas se pode entender que, para a maioria dos ministros, essa visão demonstrava que, admitir uma ampliação interpretativa das causas de perda de mandato, incluindo assim a infidelidade partidária, era uma invasão ao espaço do Legislativo, a quem cabia criar normas acerca da temática. Por essa razão, este julgamento demonstra a conduta autorestritiva do STF sobre fidelidade partidária.

3.2 Julgamentos no lapso de tempo de 1989 e 2007

Os Mandados de Segurança julgados após a decisão de 1989, e anteriores à de 2007, possuem características que os diferenciam das situações mencionadas. Desta forma, após suas análises de discurso, as informações pertinentes foram organizadas em quadros.

Quadro 1 - Análise de discurso do Mandado de Segurança nº 21102/1990

Identificação do mandado de segurança	Nº 21102 Data de julgamento: 28/11/90 Relator: ministro Sepúlveda pertence presidente do STF: ministro Néri da Silveira.
Relatório	O pedido era a perda da condição de suplente de senador em razão de posse no cargo de ministro do TCU, atividade incompatível com a filiação partidária.
Características diferenciadas	Quando o ministro do TCU realizou a desfiliação para assumir tal cargo, a EC nº 11/79, a qual exigia a fidelidade partidária, ainda estava produzindo efeitos; porém, a justiça eleitoral precisava emitir uma declaração de perda do diploma, e só assim o suplente perderia tal condição. Não houve essa declaração.
Observações na análise de discurso	Muitos períodos expressam o entendimento de muitos ministros de que não se poderia conceber a possibilidade de alguém que assume cargo incompatível com a atividade partidária possa continuar sendo suplente. Demonstra posicionamentos sem uma construção argumentativa muito clara. Por vezes, até ausente. Parece se constituir de preferências particulares de cada ministro; o ministro Aldir Passarinho manifestou deferência ao ministro do TCU, impetrado, usando a expressão “figura exemplar”, o que parece minimizar a necessária imparcialidade.
Conclusão quanto aos critérios	Embora haja expressões que possam indicar as opiniões pessoais dos ministros, não se verifica a intenção de interferir nas áreas dos poderes políticos; não é questão que se adeque à teoria de Tate e Vallinder (1995) sobre judicialização da política; o critério da autorrestrição parece mais pertinente, ainda que não em sua correspondente adequação, observa-se conduta contida, quando os ministros decidiram que apenas com a declaração da justiça eleitoral de perda do diploma, poderia ser considerada a perda da condição de suplente.

Fonte: Elaborado pela pesquisadora com base na análise de discurso do Mandato de Segurança nº 21102/1990.

Quadro 2 - Análise de discurso do Mandado de Segurança nº 23405/2004

Identificação do mandado de segurança	Nº 23405/04 Data de julgamento: 22/03/04 Relator: ministro Gilmar Mendes Presidente do STF: ministro Maurício Corrêa
Relatório	O relator observou que se tratava de matéria pertinente à eleição de 1998-2002. Portanto, em 2004 não havia mais como se discutir o assunto; o relator fez referência ao entendimento do tribunal no MS nº 20927/89 quanto à falta de tratamento constitucional da fidelidade partidária.
Características diferenciadas	O ministro relator observou que se tratava de matéria pertinente à eleição de 1998-2002. Portanto, em 2004 não havia mais como se discutir o assunto.
Observações na análise de discurso	Decidiu-se que não havia mais possibilidade de se julgar o caso, pois os acontecimentos se referiam à eleição anterior à data da apresentação ao judiciário do mandado de segurança.
Conclusão quanto aos critérios	O ministro relator defendeu o entendimento do STF sobre a fidelidade partidária, assim como a importância de se seguir o que a constituição estabelece. Por estes elementos, parece que a conduta autorrestritiva esteve presente neste mandado de segurança.

Fonte: Elaborado pela pesquisadora com base na análise de discurso do Mandato de Segurança nº 23405/2004.

3.3 O ativismo do Mandado de Segurança nº 22.602/2007

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal julgou o Mandado de Segurança nº 22.602 acerca da fidelidade partidária, decisão que modificou o entendimento que o Tribunal já emitia em seus julgamentos desde 1989. Considera-se este um caso emblemático de judicialização da política e de ativismo judicial praticados pelo Judiciário brasileiro. É preciso dizer que o julgamento aconteceu em concomitância com dois outros processos, os Mandados de Segurança nº 26.603 e nº 23.604, ambos de 2007, sob a relatoria dos ministros Celso de Mello e Carmem Lúcia, respectivamente. Cada ministro apresentou em seu voto a resposta referente a cada pedido de cada um dos Mandados de Segurança, porém, a construção dos discursos em relação às teses defendidas foi uma só. Portanto, a análise dos discursos valerá para os três Mandados de Segurança.

O impetrante do MS nº 26.602/2007 foi o Partido Popular Socialista (PPS) contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. A razão era a de que este havia negado o pedido de posse, feito pelo partido, de suplentes do seu quadro de membros às vagas dos deputados que haviam sido eleitos como membros do PPS, e que, posteriormente, migraram para outros partidos. O Presidente da Câmara negou o pedido justificando que a perda de mandato por descumprimento da fidelidade partidária não é uma das causas estabelecidas pela Constituição.

O impetrante afirmou seu direito às vagas trazendo ao processo recente fato acontecido na Justiça Eleitoral, a criação da Resolução nº 22.610/2007, que regulamentava diversos aspectos dependentes em decorrência da declaração de que pertencem aos partidos e coligações as vagas conquistadas por seus membros, e por meio de legenda, no fim do processo eleitoral. O impetrante objetivou, com o Mandado de Segurança, que os cargos fossem declarados vagos, para que seus membros pudessem ser nomeados.

Os deputados cujos cargos eram alvo do processo foram convocados para manifestarem suas defesas, e o fizeram levantando questões como a não existência de lei que permitisse a perda de cargo, o caráter não legal das resoluções do TSE, que a mudança do entendimento do STF provocaria insegurança jurídica, que haveria diversas complicações paralisadoras ao sistema político brasileiro, e que o Judiciário não poderia intervir naquele assunto, por tratar-se de função do Legislativo.

O relator do Mandado de Segurança foi o ministro Eros Grau, que, após o relatório descrevendo os fatos que compunham o processo, emitiu seu voto. Ele analisou uma questão trazida pelos impetrados (deputados federais cujos cargos aos quais foi direcionado o processo), a de que a ação era contra o ato do Presidente da Câmara de não declarar a vacância dos cargos de deputados, ou seja, de não declarar a perda de mandato. O ministro observou que a Constituição definia que a perda de mandato deveria ser declarada pelo Plenário ou pela Mesa da Câmara dos Deputados, e não somente pelo seu Presidente. Desta forma, o ministro Eros Grau entendeu que apenas se houvesse uma interpretação constitucional pelo STF, que produzisse um significado mais abrangente das hipóteses de perda de mandato e que inserisse o Presidente da Câmara como possível declarador da perda, o Mandado de Segurança poderia ser julgado. A preocupação era a de que houvesse uma modificação muito ampla do sentido da norma constitucional e isso o afastasse dos objetivos pelos quais ela fora construída. Além disso, o ministro afirmou que, se houvesse mudança, que ela acontecesse na própria norma, atividade que cabia ao Legislativo e não ao Judiciário.

A manifestação do ministro foi baseada na legislação, na literatura jurídica e nas decisões do próprio Tribunal. Percebe-se uma preocupação em se construir um discurso bastante fundamentado e com a perspectiva de que o Judiciário atue exclusivamente nos assuntos que lhe são pertinentes. Pode-se perceber os cuidados do ministro no seguinte trecho:

Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar (p.204).

A ministra Carmem Lúcia entendeu que havia ameaça a direito do impetrante, e que o STF poderia julgar o processo baseado em entendimentos apresentados em processos anteriores. O ministro Menezes Direito concordou com a ministra Carmem Lúcia, assim como os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello. É preciso salientar que, neste momento do julgamento, os ministros estavam votando o que é chamado de “preliminar”²⁹, uma defesa indireta e que deve ser decidida em uma fase de conhecimento, quando os julgadores analisam se “conhecerão” ou não o processo, ou seja, se os requisitos formais foram preenchidos, se eles são competentes, constitucionalmente determinados para realizar o julgamento, dentre outros aspectos. Em caso negativo, este é encerrado, sendo cabível recurso. Em caso positivo, o processo passa à fase em que se julga o mérito da ação. Mérito é, conforme Guimarães (2011, p.440), “tudo quanto diz respeito à substância do pedido, ao conteúdo do feito, razão de ser de uma petição, (...)”. A questão era se havia ou não direito para constituir o Mandado de Segurança, e, ao final, decidiu-se que sim. Seguiu-se um debate entre os ministros acerca da perda ou não do mandato pelo deputado que se desfilou do partido pelo qual se tornou deputado.

O ministro Eros Grau, então, fez um aditamento a seu voto, declarando que não se estava ali para ampliar o instituto da fidelidade partidária e seu tratamento na Constituição. Esse foi um inicial ponto de divergência entre o relator e os outros ministros. E ele defendeu o aspecto da legalidade, entendendo que não poderia decidir além do que estava definido na Constituição, ou seja, ele deveria se limitar a seguir o que a lei expressamente indicava sobre perda de mandato, o que fez votar contra o pedido do impetrante. Assim pode ser transcrito: “Meu compromisso é com a Constituição. Não posso ir além do que ela me autoriza a ir, porque só tenho legitimidade para me manter dentro dos seus limites, interpretando-a nos limites do texto” (p.229).

O ministro Menezes Direito afirmou, ao contrário, que estavam diante de uma situação com os mecanismos possíveis para se realizar a interpretação constitucional, ao ressaltar a tarefa do supremo Tribunal, conforme o indicado:

No plano da Constituição, a Suprema Corte deve levar em conta o cenário do próprio sistema de valores e princípios fundamentais engendrados pela vontade constituinte, tirando deles as consequências que autorizem sua melhor aplicação para resguardá-los de danos quanto aos fins a que se destina (p.239).

²⁹ Guimarães (2011, p.482) define preliminar como “o argumento que aponta vícios na lide ou indicar fatos que impeçam o seu regular andamento, para favorecer o réu, ensejando a não apreciação do mérito pelo juiz”. Lide é o processo/ação. Apreciar é analisar.

E ainda:

No presente caso, é bom que se diga e repita, não se está criando norma artificial nem se está se ingressando em seara reservada ao poder de legislar. O que se está fazendo é dar uma interpretação coerente com o que se contém na Constituição para preservá-lhe os princípios estatuídos e assegurar a plenitude do exercício da soberania popular por meio da representação política (p.244).

Ele simplificou o ponto central da questão, o da titularidade dos mandatos. A partir desta abordagem relatou como o TSE havia elaborado a Resolução que motivou o Mandado de Segurança, para depois recordar o Tribunal do voto proferido pelo ministro Moreira Alves no MS nº 20927/89, já analisado anteriormente. O ministro Menezes Direito apresentou ainda a opinião de 1989 do ministro Celso de Mello, que apesar de reconhecer tal inexistência, defendia a proteção do valor constitucional que a fidelidade partidária representava, e a importância dos partidos políticos no sistema proporcional.

A preocupação do ministro Menezes Direito era quanto a se encontrar os mecanismos adequados para a interpretação constitucional do assunto. Ele citou juristas que expressavam o entendimento de que a Constituição deveria ser interpretada de acordo com a intenção do povo que a adotou, observando princípios mais gerais e não somente técnicos, dando consequência ao que o texto constitucional definia, atitude sem a qual estariam prejudicados os interesses anteriormente estabelecidos. A construção do discurso do ministro torna clara a sua intenção de justificar a intervenção do Judiciário em uma matéria que deveria ser tratada pelo Legislativo, afinal, não havia expressa possibilidade constitucional de perda de mandato por desrespeito à fidelidade partidária. Ele insere justificativas ligadas a instrumentos interpretativos, porém, cujo uso parece bastante forçado, no sentido de autorizar aquela intervenção. Ressalta-se que não são forçados os argumentos no que se refere aos métodos de interpretação, eles são possíveis e recomendados pela literatura jurídica e de hermenêutica constitucional, como bem enfatizou o ministro. Utiliza-los na questão em foco é que pareceu forçado. Abaixo um exemplo dessa percepção:

[...] o vínculo eleitoral não pode desqualificar o partido para simples espaço eleitoral, descartável por motivo de mera conveniência eleitoral, fraudando, desse modo, o liame entre o partido, o eleitor e o eleito no cenário da representação popular proporcional. Não se há de fazer crítica a essa prática, mas, sim, há de corrigir-se com a atualização da interpretação constitucional capaz de restabelecer aquele vínculo e com isso fortalecer a representação popular pela via do fortalecimento dos partidos políticos (p.242).

O ministro chegou a dissertar sobre a existência de vinculação entre o eleito e o eleitor, cujo mandato se torna dependente do partido político, especialmente por ser este uma das razões pelas quais o eleitor escolhe a quem dirigirá seu voto. Para sustentar sua opinião, ele associou a frequente migração partidária a uma agressão ao princípio constitucional que todo poder emana do povo e deve ser exercido por seus representantes. Ele entendeu que se deve atualizar a interpretação constitucional para se alcançar pleno respeito da vinculação a que faz referência.

O ministro Menezes Direito abordou diretamente a possibilidade de se estar invadindo a esfera do Legislativo. Ele entendeu que não é o que acontece, pois se trata de uma interpretação coerente para se garantir os princípios que sustentam a Constituição e a soberania popular por meio da representação política. Ele estabeleceu uma relação entre a soberania e a necessidade dos partidos políticos, a partir do que diz a Constituição sobre necessária filiação partidária. Então, admitiu o pedido do impetrante, mas ressalta que, por haver uma alteração do entendimento, deve-se começar a adotar esta nova forma de interpretação desde a data da resposta ao TSE. Ele declarou seu voto sobre os outros Mandados de Segurança contemporâneos.

A ministra Carmem Lúcia votou pelo favorecimento do impetrante e nos termos do voto do ministro Celso de Mello.

O ministro Ricardo Lewandowski iniciou seu voto analisando a situação dos partidos políticos no sistema político, ressaltando a sua importante missão de representar os interesses de uma sociedade plural, utilizando conceitos e entendimentos de diversos autores. Acrescentou o advento da democracia participativa e as formas de o povo se expressar como o plebiscito e o referendo. A fidelidade partidária foi abordada por ele como uma necessidade para uma representação popular autêntica, mas que deve ser analisada a partir da realidade política do país. Ele tratou, então, do princípio da segurança jurídica, como uma base da Constituição, ainda que não expresso nela, considerando-o direito individual e garantia individual. Afirmou que dele pode ser extraído o subprincípio da confiança nas leis, considerado como a confiança do cidadão de que seus atos públicos serão respeitados.

O ministro Lewandowski apontou a evolução legislativa da fidelidade partidária no Brasil e do tratamento jurisprudencial da corte ao tema, ressaltando que o TSE jamais havia se manifestado contrário à migração partidária aos moldes do que expressava o caso, o que se vislumbra, inclusive, no sistema de informações do tribunal sobre filiados e migrantes, no qual sequer se pedia motivação. O ministro entendeu que a mudança na composição do TSE foi um dos motivos para a modificação no entendimento deste tribunal quanto à filiação partidária, e que isso não deveria prejudicar os parlamentares que migraram fundamentados no

posicionamento anterior do TSE e do próprio STF e na legislação. Ele ressalta, entretanto, que isso não justifica a inércia legislativa ou a paralisação das decisões judiciais. É preciso evoluir, segundo ele, acompanhando as situações histórico e sociais relacionadas às questões.

O ministro observou que o mandado de segurança, entretanto, não era a forma adequada de se buscar o direito que o impetrante alegava, pois tal espécie de ação não permite um momento para que as partes realizem a produção das provas, apresentando todos os meios de provas aceitos pela lei para defender sua posição. Sendo assim, a determinação de uma perda automática dos mandatos que estavam sendo objetivados pelo impetrante, poderia prejudicar um direito existente. O raciocínio é o de que seus titulares não poderiam provar os motivos pelos quais saíram do partido, pois não há possibilidade para a produção de prova, e que poderiam justificar a migração, se estivessem presentes nas situações de justa causa estabelecidas pela resolução do TSE. Ele encerrou seu voto deixando de apoiar o impetrante.

Este foi um voto que demonstrou uma construção do discurso baseada na reunião de jurisprudências, doutrina e leis acerca do assunto. Não se verifica a presença de opiniões pessoais que possam ilustrar um ou outro posicionamento de seu transmissor. Destaca-se a não limitação do ministro ao aspecto da legalidade, ou seja, ele descreveu os motivos pelos quais estava votando contra o pedido, os quais não se constituíam apenas da inexistência de lei ou da não determinação constitucional da perda de mandato por desfiliar-se seu ocupante do partido. Houve uma preocupação com os aspectos sociais que envolviam a manutenção e a perda do mandato, sem que para isso o Judiciário intervisse em espaço do Legislativo. O posicionamento pode ser observado no seguinte trecho:

Não se propugna com isso, é evidente, a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da atividade legislativa, pois as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e ao devir histórico. Mas é preciso que respeitem as situações consolidadas, sob pena de grave solapamento da confiança dos cidadãos nas instituições, com todas as consequências nefastas que isso pode acarretar para o convívio social (p.269).

O ministro Joaquim Barbosa também abordou as temáticas da soberania popular e da representação política. Ele entendeu que a forma como o TSE considerava a legitimidade democrática, colocando o partido político em posição central, transmitia uma interpretação equivocada da soberania popular. Ele citou o termo “partidocracia” utilizado nos debates que originaram a Resolução do TSE e que representa a colocação dos partidos no centro da representação política, onde estaria, na verdade, o povo. O ministro trouxe a seu voto autores que reforçaram a sua ideia.

Ele ressaltou a ausência constitucional de disposição que retire o mandato por não fidelidade partidária, a jurisprudência do STF, explicitamente o MS nº 20927/89 e a não possibilidade de se produzir as provas quanto aos motivos da desfiliação para negar o pedido do impetrante. Seu voto negou pela lei, jurisprudência e doutrina (literatura jurídica dominante) o alegado direito do impetrante. Preocupou-se com a impossibilidade de não se produzir a defesa correta e justa dos deputados, em razão da natureza do mandado de segurança. O discurso não foi construído limitado a um ou outro ponto da temática, pois o ministro procurou desenvolver os temas que envolviam todo o caso.

O ministro Carlos Britto começou seu voto descrevendo teorias pós-positivistas³⁰ que aceitavam os princípios na centralidade da interpretação, em especial a constitucional. Ele afirmou que os ministros do STF possuem uma função política, com fundamentação técnica ou jurídica, legitimada pela Constituição quando estabelece à corte a sua interpretação e aplicação “inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços de legítima atuação dos Poderes”. O ministro entendeu que o desrespeito à fidelidade partidária não foi considerado como causa de excepcional continuidade no exercício da representação político-eletiva pela Constituição, e desta forma, poderia ser considerado uma renúncia tácita ao mandato. Ele votou a favor do impetrante.

É um voto cheio de teorias e de argumentos de juristas moldados ao interesse do ministro. Percebe-se que as ideias expostas em seu discurso são organizadas de forma a defender uma interpretação do que a Constituição descreve sobre a fidelidade partidária. Em verdade, o ministro não enfrentou de forma substancial a questão da ausência da desfiliação como causa de perda de mandato. E quando o fez apresentou uma justificção forçada acerca da forma de se interpretar a Constituição. Tais afirmações podem ser percebidas no seguinte trecho: “Embora se cuide, já foi realçado, de infidelidade não-constitutiva de ilícito que não seja o de ordem moral-ideológica. Daí a exegese da presunção de renúncia ao respectivo exercício, sem caráter sancionatório, é certo, mas por imperativo de elementar lógica jurídico-societária”. (p.309)

O ministro Cezar Peluso começou ressaltando a necessidade de se receber a divergência das opiniões apresentadas pelo Tribunal como um benefício do debate político-constitucional, reflexo do Direito, área do conhecimento formada pelo discutível e pela

³⁰ Segundo BARROSO (2009, p.278), “o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica”.

prudência. Apresentou doutrina que demonstrava a importância da representação política e a especificidade do sistema proporcional, colocando o partido político como a expressão dos ideais do povo. Ele diagnosticou a crise da migração partidária como uma das “graves doenças do quadro mórbido da crise partidária; é um ingrediente importante da patologia política” (p.324). Entendeu que a migração partidária deveria ser aplicada a perda de mandato. Inclusive, ressaltou que a não abordagem constitucional significava a desnecessidade em se abordar isso, por já ser uma conclusão certa. Defendeu que a combinação de textos produzia essa ideia.

O ministro Cezar Peluso interpretou a perda de mandato como uma consequência e não uma sanção à desfiliação partidária sem justificativa, pois a migração ou a desfiliação é ato lícito, e não ilícito. Ele seguiu os votos dos ministros Celso de Mello e Carmem Lúcia. O discurso projetou ideias difíceis de proteção em alguns aspectos, como o da inexistência constitucional da perda por mera conclusão de que é o entendimento consequente. Ele usou expressões e comparações, como “patologia”, que demonstram sua intenção de impressionar positivamente em favor da sua opinião.

O ministro Gilmar Mendes fez um apanhado jurisprudencial e doutrinário sobre a fidelidade partidária, ressaltando a não abordagem constitucional da migração ou da desfiliação partidária como hipótese de perda de mandato, como a principal causa de não se permitir a extinção de cargo daqueles que migraram ou se desfiliam do partido. A partir disso ele questiona se a ausência de texto pode ser o único motivo para que não se considere a existência de uma norma dentro de um sistema jurídico. Ele destacou que já em 1989 alguns ministros perceberam a necessidade de uma interpretação sistêmica, e que a realidade partidária brasileira demonstrava a inadequação da interpretação que se tinha da fidelidade partidária. O ministro afirmou que no julgamento da “cláusula de barreira”³¹ apresentou “posicionamento pessoal” para uma nova interpretação da fidelidade partidária, que na sua visão, foi realizada pelo TSE.

O ministro Gilmar Mendes estabeleceu que, ao regulamentar os partidos políticos nos direitos e garantias fundamentais, a Constituição os considerou garantias do exercício dos direitos políticos, e assim, os partidos seriam titulares dos direitos fundamentais. Desta forma, os partidos teriam direito às vagas conquistadas, não em razão de uma expressa definição constitucional, mas de todo o regime democrático que a Constituição adotou. O ministro entendeu que o TSE precisaria, ainda, regulamentar por meio de resolução, as situações de justa causa da migração partidária.

³¹ Explicação acerca do termo na parte preliminar do capítulo.

Ele argumentou que a interpretação que o STF deveria realizar, e que ele utilizara, baseava-se na Constituição como um todo e não apenas em trechos separados. Ele considerou que os mandatos parlamentares pertencem aos partidos políticos.

Seu voto apresenta uma forma de interpretação coerente, porém, aparentemente não cabível ao caso em questão, pois, parece ser muito direcionado à construção do discurso de possibilidade de decretação da perda do mandato, e é importante considerar que as hipóteses de perda são definidas em uma lista rígida de situações, e a sua abrangência a outras causas parece ser tarefa exclusiva do Legislativo. Quando ele mencionou o próprio “posicionamento pessoal” apresentado outrora, assemelha-se à exposição de seus valores pessoais, pois ele enfatizou a necessidade de atualização do entendimento acerca da fidelidade partidária, em razão da nova realidade político partidária. A impressão que a mensagem do discurso passa é a de que o ministro colocou sua visão pessoal para nortear a construção de seu voto.

A ministra Ellen Gracie, Presidente do STF naquela época, foi sucinta em seu voto. Abordou a fidelidade partidária e aspectos dos votos de outros ministros, principalmente Celso de Mello e Carmem Lúcia, com os quais ela votou em concordância. Entendeu que os deputados cujos mandatos estavam sendo debatidos no processo deveriam apresentar as razões da migração ao TSE, para que se verificasse a existência ou não de justa causa para a mudança de partido, o que impediria a perda do mandato.

Finalmente, o ministro Marco Aurélio dissertou sobre a importância da fidelidade partidária, dos partidos políticos, sobre a existência da vinculação entre partido e candidato/eleito, com ênfase na relevância da legenda para a eleição no sistema proporcional. Talvez o momento de maior destaque do seu voto tenha sido a menção ao artigo 26 do Código Eleitoral, que permite a perda da função ou do cargo aquele que, dentre outras situações, deixa o partido sob o qual foi eleito.

O ministro entendeu que o TSE não havia criado norma ao regulamentar a situação da fidelidade partidária. De fato, havia realizado interpretação com base no “arcabouço normativo, principalmente o constitucional”, abordando a vinculação que, segundo ele é, “casamento indissolúvel de candidato e partido durante a legislatura”. Ele defendeu que a oportunidade de apresentação de defesa dos deputados, conforme já mencionado na análise dos votos de outros ministros, não precisaria ser realizada, tendo em vista que tal oportunidade só é obrigatória quando ocorre a acusação de fato ilícito, o que não houve. Apenas ocorreu uma constatação.

O ministro votou alinhado com os que defenderam a vinculação. Foi um voto baseado em jurisprudências e na lei. Trouxe o elemento do artigo 26 do Código Eleitoral à discussão, e seguiu o entendimento de uma interpretação abrangente. O discurso não aparenta estar

vinculado a valores pessoais, e a forma de interpretação recomendada recebe a atenção que também já foi dispensada por outros ministros. Não parece haver um sentido oculto, e está muito clara a defesa do ministro à intervenção do Judiciário naquela temática, ao justificar a atuação do TSE.

O Mandado de Segurança nº 26.603/2007 teve como relator o ministro Celso de Mello. Seu voto foi bastante mencionado pelos outros ministros, e seguido, ou seja, os argumentos foram objeto de concordância com os outros votos. Foi esse o voto que principiou os outros votos a favor de que os partidos são os titulares dos mandatos. Importante lembrar que o ministro Celso de Mello já estava presente no julgamento de 1989, e seu voto naquela época foi diferenciado ao da maioria, quando ele ressaltou a importância de uma interpretação mais abrangente em razão do valor constitucional que a fidelidade partidária apresentava.

Em 2007, o ministro Celso de Mello iniciou seu voto ressaltando a importância dos partidos políticos em um Estado Democrático de Direito; defendendo que a fidelidade partidária derivava da representação proporcional e utilizou diversos termos negativos para construir um discurso que enfatizasse os prejuízos do desrespeito à fidelidade partidária. É o que se encontra a seguir: “O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder (...)” (p. 321). Novamente mencionou a fidelidade partidária como um valor constitucional que garante a democracia. Ele afirmou que o TSE pode editar resolução que cuide dos procedimentos para a justificativa da migração ou desfiliação partidária, onde haverá espaço para a apresentação das causas por aqueles cujos mandatos forem objeto de possível perda diante da saída do partido. Entendeu que os atos praticados pelo infiel não poderiam ser declarados inválidos, por conta da proteção pela aparente situação de ocupante do cargo.

O ministro ressaltou a necessidade de que a data a partir da qual os efeitos da decisão começassem a ser produzidos garantisse a segurança jurídica aos que fossem atingidos por ela e a importância da interpretação constitucional realizada pelo STF para a concretização dos princípios do Estado.

O Mandado de Segurança tinha como impetrante o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o intuito era o mesmo do MS nº 22602/2007, porém, com outros protagonistas. Dentre as manifestações da defesa, ressalta-se o ponto diferenciado em que se alegou que o Judiciário não poderia tratar do assunto, pois a Constituição havia definido que fidelidade partidária deveria ser examinada e regulamentada pelos partidos políticos em seus estatutos. Além disso, um dos deputados afirmou ter sofrido perseguição política, o que

justificaria sua migração, enquanto fazia parte do partido impetrante. O ministro Celso de Mello respondeu a eles acentuando suas inconsistências e defendendo que o direito de o cidadão buscar proteção a direito que acredita do qual acredita ser titular é superior à alegação do caráter doméstico da regulação da fidelidade partidária. E ainda que, ele havia oportunizado a apresentação de provas que demonstrassem as perseguições alegadas, o que não havia sido feito pelos seus supostos atingidos.

Havia sido alegado pelos deputados que o TSE ultrapassara suas atribuições e invadira a área constitucional de regulação da perda de mandato. Em resposta, o ministro Celso de Mello afirmou a possibilidade da atuação da Justiça Eleitoral com base na legislação, que apenas consistiu na resposta à consulta, o que era previsto em lei, que possuía apenas caráter administrativo. Não era uma imposição de sanção de perda de mandato, era uma consequência decorrente do sistema político de representação proporcional, da vinculação do eleito com o partido e com o eleitor, da Constituição em sua inteireza.

O voto foi elaborado com uma profusão de manifestações da literatura e de decisões do Judiciário brasileiro na argumentação de cada um dos pontos abordados. O ministro Celso de Mello defendeu que a titularidade dos mandatos pertencia aos partidos e coligações. A ideia de que o STF estaria invadindo a área de atuação do Legislativo foi repudiada pelo ministro, que argumentou sobre a interpretação constitucional, tarefa da corte por determinação da Constituição, e que serve à restauração da ordem jurídica.

Ressalta-se no julgamento deste Mandado de Segurança a reflexão do ministro Eros Grau sobre a forma de interpretação da Constituição, ao declara-se “ortodoxo” e “conservador”.

O Mandado de Segurança nº 22.604/2007 teve como relatora a ministra Carmem Lúcia e como impetrante o Partido Democratas (DEM). Basicamente a situação se repete em relação aos outros dois anteriores. Ela defendeu a pertinência da manifestação do TSE, ressaltando sua natureza não vinculatória.

A ministra ressaltou que a democracia representativa se fundamenta no mandato político. E que os partidos políticos estão no centro da representação proporcional. Assim, a vinculação entre partido e eleito é obrigatória. Ela apresentou grande quantidade de manifestações literárias e jurisprudências sustentando seus argumentos. Além disso, acrescenta-se o destaque que a ministra deu à importância dos partidos políticos para a execução dos objetivos sociais em uma democracia. Afirmou ela que a desfiliação não é ato ilícito, e por isso, a perda ou transferência do mandato não constitui sanção. Sendo assim, não se exige a disposição constitucional. A ideia parece ser construída de forma forçosa, com parca segurança lógica a ser extraída.

O voto menciona as modificações sociais como determinantes de uma nova interpretação jurisprudencial da temática. Seus argumentos sobre a segurança jurídica relacionada a quando a decisão deve começar a produzir efeitos, quanto à oportunidade de comprovação de justa causa para a desfiliação ou migração partidária aos deputados e outros aspectos são similares aos do voto do ministro Celso de Mello.

A ministra Carmem Lúcia, portanto, repete a conduta do STF em seu voto. Seu discurso é formado pela construção de perspectivas que favorecem uma interpretação mais ampla da fidelidade partidária, com justificativas que possibilitam o Judiciário adentrar um espaço específico do Legislativo, quando não lhe é obrigatório. A cautela do STF, expressa no voto da ministra, é mínima. Há uma sustentação de que o Poder Judiciário, especialmente, o TSE, apenas estava realizando o que se espera de sua função, em conformidade com a Constituição, com a legislação infraconstitucional e com as necessidades sociais. É possível observar este entendimento no seguinte trecho: “Desse modo é, data vênica, equivocado o argumento de que o Tribunal Superior Eleitoral não teria competência para examinar questão constitucional”(p.174).

A partir da teoria de Tate e Vallinder (1995), passa-se a verificar os critérios da análise dos discursos. Quanto ao critério da judicialização da política, entende-se que não foi esta a posição do tribunal. A maioria dos ministros defendeu a possibilidade de se realizar uma interpretação mais ampla da fidelidade partidária, porém, a interpretação ultrapassava as obrigações constitucionais do STF. O critério do ativismo judicial, no entanto, percebe-se ser positivo. Algumas ideias construídas a partir de arranjos que, por vezes, pareciam impulsionados à defesa de uma interpretação mais ampla naquele caso, e que possivelmente em outras situações não poderia ser acolhida. Constante uso das mudanças sociais, e principalmente político partidárias, para sustentar a necessidade de mudança na forma como se entendia a fidelidade partidária. A aceitação da regulamentação realizada pelo TSE demonstra o apoio à intervenção do Judiciário na área específica do Legislativo, pois houve criação de hipótese de perda de mandato, dentre outros aspectos, o que só pode ser realizado pelo poder legislador.

O critério do controle do ativismo judicial também foi considerado negativo, pois parece ter havido um impulso ao trabalho do Judiciário além de suas atividades sem razão justificadora para isso. Tentou-se defender a atuação do TSE. Por essa razão, este voto demonstra a conduta ativista do STF sobre fidelidade partidária, com a realização de ativismo judicial.

3.4 Análise das decisões dos Mandados de Segurança no período de 2007 a 2015

Os Mandados de Segurança nº 27938/10; 30260/11 e 32033/13 foram julgados neste período. Apresentam aspectos diferenciados em comparação às decisões de 1989 e 2007. Por isso, foram analisados em quadros.

Quadro 3 - Análise de discurso do Mandado de Segurança nº 27938/2010

Identificação do mandado de segurança	Nº 27938 Data de julgamento: 11/03/10 Relator: ministro Joaquim Barbosa Presidente do STF: ministro Cezar Peluso
Relatório	Morte do Deputado Clodovil Hernandez; reconhecimento de justa causa pelo TSE e admissão da migração, o partido usa isso para reconhecer o vínculo com Clodovil;
Características diferenciadas	Busca estabelecer vínculo partidário com deputado já falecido, para justificar suposto direito à vaga de parlamentar.
Observações na análise de discurso	Voto breve, segue os julgamentos de 2007.
Conclusão quanto aos critérios	Critério do ativismo judicial, segue os julgamentos de 2007.

Fonte: Elaborado pela pesquisadora com base na análise de discurso do Mandato de Segurança nº 27938/2010.

Quadro 4 - Análise de discurso do Mandado de Segurança nº 30260/2011

Identificação do mandado de segurança	Nº 30260/11 Data de julgamento: 27/04/11 Relatora: ministra Carmem Lúcia Presidente do STF: ministro Cezar Peluso
Relatório	Suplente desejava garantir a vaga de cargo de deputado após iminente saída dos ocupantes do cargo. Discutiu-se se diante de afastamento de cargo, assumia o mais votado da coligação ou do partido do afastado.
Características diferenciadas	Discussão acerca do direito da coligação sobre o mandato; base nas decisões de 2007; os ministros foram autorizados a julgarem sozinhos, seguindo esse julgamento, os casos idênticos; ministro Luiz Fux se mostra autorrestritivo; muito uso de expressões jurídicas cotidianas; recomendações de que se tenha cuidado com interferências no voto popular; o ministro Gilmar mendes afirma que o julgamento de 2007 foi o mais expressivo do tribunal na área política, e de que situações assim geram diálogos institucionais;
Observações na análise de discurso	Argumentos construídos com base em doutrina, leis e jurisprudência; manifestações de apoio à interferência de 2007, mas também de cautela diante do voto popular.
Conclusão quanto aos critérios	Prevaleceu o direcionamento ativista, sustentado pelo acompanhamento da decisão de 2007.

Fonte: Elaborado pela pesquisadora com base na análise de discurso do Mandato de Segurança nº 30260/2011.

Quadro 5 - Análise de discurso do Mandado de Segurança nº 33033/2013

Identificação do mandado de segurança	Nº 33033/13 Data de julgamento: 20/06/13 Relator: ministro Gilmar Mendes Presidente do STF: ministro Joaquim Barbosa
Relatório	Senador procurava proteção contra projeto de lei que determinava a migração partidária durante a legislatura não geraria a transferência de recursos do fundo partidário e outros benefícios.
Características diferenciadas	Há muito debate sobre questões de caráter procedimental, relativas ao desenvolvimento processual do caso; referências à recepção negativa dos meios de comunicação ao julgamento da liminar;
Observações na análise de discurso	Argumentos construídos com base em doutrina, leis e jurisprudência; manifestações de apoio à interferência de 2007;
Conclusão quanto aos critérios	Prevaleceu o direcionamento ativista, sustentado pelo acompanhamento da decisão de 2007.

Fonte: Elaborado pela pesquisadora com base na análise de discurso do Mandato de Segurança nº 33033/2013.

3.5 A dinâmica Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior Eleitoral e Congresso Nacional: o argumento da inércia legislativa e do dever de efetivação dos direitos pelo Judiciário

Verificou-se com a análise das decisões do STF, em 2007, a realização de ativismo judicial. Dentre as várias justificativas do Supremo Tribunal Federal, para uma conduta mais proeminente em direção ao espaço do Congresso Nacional se destaca a inatividade legislativa. Nos julgamentos referidos, esse motivo não foi abordado diretamente, porém, pode ser extraído expressamente de alguns votos, ou ainda a partir da constatação de sua presença implícita.

A inatividade legislativa é a situação de inércia do Poder Legislativo, ou seja, o Congresso, que tem como função principal criar leis, não o faz. Tal circunstância, por vezes, é utilizada pelo Judiciário, especialmente o STF, na justificação de ativismo judicial, disfarçado de judicialização da política. É preciso que as duas situações sejam observadas de perto para um diagnóstico mais exato.

O Tribunal Superior Eleitoral, posteriormente apoiado pelo STF, como foi visto, regulamentou a fidelidade partidária com base em seu poder regulamentar, e o fez tendo em vista que as frequentes migrações partidárias fizeram aquele tribunal receber consulta acerca da titularidade dos mandatos, e isso o impulsionou a estabelecer regras para a situação.

Entretanto, a premissa de que o Congresso Nacional seja inativo, e aqui se ressalta na questão da fidelidade partidária, parece não ser coerente.

Em procura livre no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, encontrou-se 58 projetos de lei relacionados a “fidelidade partidária”. Eles datam, inclusive, a anos anteriores a 2007. A mesma procura no sítio eletrônico do Senado Federal aponta 5 projetos. É importante

ressaltar que, em 2015, a perda imediata de mandato político, em razão de desrespeito à fidelidade partidária, foi aprovada, e será inserida no texto constitucional, por meio de um conjunto de alterações nas instituições políticas, conhecida por “reforma política”, a ser ainda implementada.

Portanto, a justificativa da inércia legislativa não parece ser motivo justo para a realização de ativismo judicial, como aconteceu no caso da fidelidade partidária. Em verdade, é um recurso utilizado no intuito avançado de se exercer funções além do espaço pertinente ao Judiciário.

4 SEPARAÇÃO DE PODERES: A NOVA IDEIA PERANTE A CLÁSSICA

4.1 Separação de poderes: implicações da teoria clássica e argumentações a favor de uma nova teoria

O tema da judicialização da política e do ativismo judicial está necessariamente associado a outro tema mais abrangente, o da separação de poderes. Aspectos controvertidos ficam ainda mais evidentes se considerar-se apenas a teoria clássica da separação de poderes. No centro da temática se encontra a separação dos poderes que, ficou tradicionalmente estruturada pela divisão do poder do Estado entre três órgãos responsáveis por funções específicas: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e que desempenham controle recíproco entre si para garantir o equilíbrio entre eles. Duas questões, no entanto, turvam essa aparente organização e efetividade do esquema idealizado pela divisão do poder. Trata-se do estabelecimento das funções de cada poder e dos limites do controle que eles exercem uns com os outros. Implicações que, como demonstrado no capítulo primeiro, são observadas no fenômeno da judicialização da política, assim como no ativismo judicial.

Ackerman (2007) apresenta uma ideia diferenciada da perspectiva clássica, não só em formato, mas, principalmente, na concepção do que significa cada atribuição. Dentre uma das características do novo modelo proposto está a ausência de rigidez nas definições relativas às duas dificuldades que a separação de poderes tradicional expõe. Diante desta nova perspectiva, é pertinente se indagar acerca da possibilidade de essa nova configuração resolver a problemática já conhecida. A resposta a tal pergunta ainda demonstrará como a judicialização da política no Brasil é realizada, se em consonância com a clássica separação dos poderes ou se em conformidade com a ideia de Ackerman (2007), comprovação possível em razão da análise do caso da fidelidade partidária, realizada no segundo capítulo.

Verifica-se, principalmente no Brasil, trabalhos acerca da temática da separação de poderes mais voltados às relações entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Em linhas gerais, a separação de poderes é entendida como um mecanismo de arranjo institucional da conformação política do Estado. A Constituição apresenta as atribuições de seus órgãos, a cooperação entre eles e a sua interdependência, o que possibilita o controle recíproco. (APOLINÁRIO, 2013).

Bonavides (2007) apresenta o conceito de divisão dos poderes como um mecanismo fundamental à proteção dos direitos da liberdade. E ressalta a necessidade de retificação desta teoria e a sua não aceitação pela moderna teoria política do constitucionalismo democrático. O

autor afirma que a separação de poderes foi muito aceita no início do constitucionalismo moderno, e o reconhecimento à sua importância para aquele contexto é uma realidade, pois, auxiliou o pensamento ocidental na implementação dos direitos e garantias individuais, por meio do combate ao absolutismo. Atualmente, o autor entende que a teoria está em declínio e será substituída por novos meios de promoção do equilíbrio político. A razão é que a organização democrática, segundo ele, foi modificada por situações econômicas e sociais diferentes das que sustentavam a teoria em seu surgimento e posterior ascensão. A teoria não é compatível com os atuais fins do Estado, visto que foi elaborada para proteger a liberdade do indivíduo contra aquele, o que felizmente já não precisa ocupar as principais preocupações de um governo.

À teoria consagrou-se o uso de termos como “separação” e divisão”, o que é criticado por Bonavides (2007), que prefere usar expressões como “distinção”, “coordenação” e “colaboração”. Além disso, o autor menciona a utilização, por outros expositores, da palavra “funções” ao invés de “poderes”. Ainda sobre terminologia, oportuno ressaltar certa tendência sobre o assunto. Apolinário (2013), explica que alguns autores defendem que a teoria de Montesquieu (2010) se refere à “divisão dos poderes”, ao invés de “separação dos poderes”, tendo em vista que a teoria aborda as diferenciadas funções do Estado, e que os órgãos estatais são autônomos e não separados. A distinção inicial é a de que o Estado possui funções que não são as mesmas de seus órgãos e agentes. Tais funções pertencem aos órgãos de soberania popular, ou seja, os que recebem suas atribuições pela Constituição, trata-se das suas competências, ou seja, o que eles podem, e em muitas situações, devem fazer, e de suas definições.

Apolinário (2013) aponta como exemplo a não similaridade entre a função de governo e a função administrativa. Além disso, ele salienta dois elementos que estruturam a divisão de funções. O primeiro é a especialização funcional, isto é, o órgão é especializado em desempenhar a atividade; o segundo é a independência orgânica, o que implica na inexistência de subordinação entre os órgãos.

Bonavides (2007) observa que a teoria separatista já recebeu certas correções, e cita como uma delas o sistema de freios e contrapesos, que constitui formas de equilíbrio e de interferência, por meios de instrumentos como o veto e o indulto, por exemplo. Ele defende o parlamentarismo como o sistema político que melhor proporciona a comunicabilidade entre os poderes, e vê o presidencialismo atrelado a uma separação tradicional e rígida.

4.2 Fundamentos da separação de poderes

4.2.1 Montesquieu e a separação de poderes

O desenho tradicionalmente conhecido da divisão de poderes, e suas principais características, não foi estabelecido propositadamente por Montesquieu (2010)³², ou seja, ele não criou a ideia de separação de poderes como erroneamente ainda se afirma. Além disso, verifica-se ainda muitos equívocos originados de diferentes interpretações da teoria, especialmente em razão de seu autor não a ter desenvolvido de forma precisa. Porém, pode-se creditar a ele a estruturação nos moldes do que ficou conhecido como clássico, embora ele sequer se referisse a ela como “separação de poderes”. O diferencial de sua obra é a nova estrutura proposta entre órgãos do Estado que dividem seus poderes e a independência dada ao poder de julgar.

A estrutura clássica foi determinada a partir da obra de Montesquieu (2010), chamada “Do espírito das leis”, de 1748. Todavia, não era essa a intenção do autor francês quando procurou escrever sobre o sistema político da Inglaterra, pois ele entendia que este era o modelo que mais respeitava a liberdade individual.

Sua proposição é exposta no Livro XI, capítulo VI de sua obra, onde o francês trabalha a Constituição da Inglaterra. Logo no início do capítulo, Montesquieu (2010) organiza a formação do Estado em três tipos de poderes: o Legislativo, o Executivo que depende do direito das gentes e o Executivo que depende do direito civil. Cada um deles é responsável pela realização de determinadas atividades, cabendo ao Legislativo a criação de leis e a correção das que já existem, ao Executivo que depende do direito das gentes, ou simplesmente Executivo, tratar das relações estrangeiras e executar as resoluções públicas, e o Executivo que depende do direito civil, ou poder de julgar, a punição de crimes e o julgamento de litígios.

Montesquieu (2010), em linhas gerais, afirma que tais poderes devem se manter separados, para que a liberdade do cidadão seja preservada. Ele apresenta o Poder Judiciário³³, seu poder de julgar, embora entenda que ele seja nulo, que os juízes não interpretem a lei e apenas funcionem como “a boca” que a emite. Para que esta engenharia funcionasse,

³² Alguns trabalhos, na construção histórica da teoria, fazem referência a certos autores clássicos que trabalharam ideias não correspondentes à separação de poderes. Trata-se de Aristóteles (2013), Bodin (2011) e principalmente Locke (2002). Este trabalho considera a obra de Montesquieu (2010) o marco inicial da temática, especialmente em moldes mais estruturados, e por isso a análise inicia a partir dela.

³³ Apenas na Constituição dos Estados Unidos, de 1776, o poder de julgar recebeu a denominação de Judiciário, assim como os outros poderes passaram a ser chamados de Legislativo e Executivo.

Montesquieu (2010) orientou que cada poder realizasse suas próprias atribuições, respeitando o que foi definido como função dos outros poderes; além disso, eles deveriam fiscalizar uns aos outros na realização de suas atividades.

De início é importante ressaltar que a teoria elaborada por Montesquieu (2010) não se confunde com o princípio jurídico da separação de poderes. Segundo Matos (2010), o princípio pode englobar cinco significados: a distinção das funções estatais, a independência dos órgãos dos poderes do Estado, os controles entre poderes do Estado e entre órgãos da função legislativa e a não acumulação de cargos em poderes diversos.

Outro aspecto que pode ser problemático do ponto de vista interpretativo é o entendimento errôneo de que a ideia de Montesquieu (2010), seja uma teoria racionalista, pois, em verdade, mostra-se ser republicana. Para se diferenciar as duas concepções, é preciso antes definir as circunstâncias nas quais o autor francês elaborou seu livro.

O entendimento da questão exige que se busque uma explanação acerca do instituto do “constitucionalismo”. Simões (2014) afirma que o termo quer dizer, de forma simplificada, o estabelecimento de regras por uma Constituição para limitar o poder e organizar o Estado a fim de que se evite o prevalecimento de interesses particulares sobre o bem comum. O constitucionalismo tem sofrido algumas modificações em razão das diversas mudanças sociais e políticas que ocorrem.

Montesquieu (2010), publicou “Do espírito das leis” na metade do século XVIII, portanto, sob a influência do que se chama “constitucionalismo antigo”, também considerado “descritivo”, na expressão de Matos (2010), e que consistia em normas de estrutura política e social, as quais ligavam o cidadão ao Estado. Representa a teoria republicana da separação de poderes. Todavia, as constituições modernas, responsáveis pela mudança na estrutura do Estado, surgiram no fim do século XVIII, trazendo uma visão diferente, o “constitucionalismo moderno”, entendido como “prescritivo”, também expressão de Matos (2010), voltado para direitos individuais, participação popular e separação de poderes, com regras que protegem as liberdades e possibilitam ao cidadão realizar o que lhe for permitido por lei, sem a interferência do Estado; está ligado à perspectiva liberal de limites do poder. Representa a teoria racionalista.

Como a ideia de Montesquieu (2010), só foi aplicada quando já se estava sob a influência do constitucionalismo moderno, é comum que se associe sua perspectiva à visão racionalista, quando em verdade ela é republicana. Eis o problema relacionado à compreensão do que o autor francês escreveu.

Para esclarecer a teoria republicana, afirma Matos (2010), que ela diz respeito à discussão sobre governo misto, governo da lei e governo moderado, o que induz ao pensamento

sobre limites, equilíbrio e fiscalização recíproca e também é observada no sistema de freios e contrapesos norte-americano; enquanto a teoria racionalista analisa a separação de poderes pela ótica da divisão de funções, da independência dos órgãos e da harmonia, valorizando a soberania popular, é rígida quanto à separação dos poderes e é o formato presente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, além de representar o princípio da separação de poderes já mencionado acima.

Matos (2010) alerta ainda sobre outro engano relacionado à má interpretação da obra de Montesquieu (2010), e provocada, na verdade, pela própria teoria racionalista. Refere-se aos recortes que esta teoria realizou na obra de Montesquieu (2010), especificamente no que tange à afirmação deste autor de que não pode o criador das leis executá-las. O resultado de se afastar o trecho do contexto em que seu autor o inseriu é a interpretação de que a separação deve ser rígida entre os poderes, o que não é a opinião de Montesquieu (2010), conforme se percebe com a sua preferência por um governo moderado, como adiante será visto. A rigidez, explica Matos (2010), muitas vezes justificada como uma simples atribuição preferencial das funções aos órgãos, não é um aspecto verdadeiramente considerado. Pode ser justificada pelos elementos que compõem a teoria racionalista. É extraída, portanto, da ideia francesa de concentrar o poder nas mãos do parlamento e da natureza de princípio jurídico, que autorrestringe os membros do Judiciário evitando decisões que interfiram no espaço dos outros poderes, o que explica as críticas à judicialização da política.

Após tais explanações, pode-se concentrar na teoria que demonstra a ideia de separação de poderes de Montesquieu (2010), a republicana. O governo misto é uma composição de características da monarquia, aristocracia e democracia, cada uma dessas formas sendo representada na estrutura do Estado. Pretende-se, desta maneira, que essa diversidade proporcione várias perspectivas e nenhum aspecto escape aos cuidados do Estado, que ela instigue à fiscalização entre os seus componentes, o que gera uma eficiência comum e que as relações políticas se tornem estáveis.

O governo moderado procura produzir decisões que atinjam o bem comum, sem favorecer quaisquer segmentos sociais. Instrumentaliza-se por meio do controle recíproco. É a perspectiva identificada na teoria republicana. O governo das leis proclama a obediência do direito natural, termo cujo significado possui variações diversas (costumes, ensinamentos da Igreja, o que a lei traz em seu conteúdo).

Matos (2010) aponta a existência de três teorias da separação de poderes na obra de Montesquieu (2010). A primeira delas é a teoria jurídica, que apenas descreve os atos dos poderes, e pela qual, atos legislativos são os que produzem normas jurídicas, atos executivos

aplicam tais normas e atos jurisdicionais consistem no julgamento de litígios e crimes. O autor entende que Montesquieu (2010) não descreve satisfatoriamente a função executiva, e ressalta a crítica do austríaco Hans Kelsen (1934) à definição de três tipos de atos, quando apenas existem dois, os executivos e os legislativos, segundo o autor austríaco. A teoria social considera como poderes as três forças (potências sociais) que formavam a sociedade europeia da época: o rei, a nobreza e o povo. A soberania (a legislação) é exercida pelas três forças por meio de um processo desenhado pelo autor francês, que consiste em um poder legislativo bicameral formado por uma câmara alta (nobres) e uma câmara baixa (povo) e com o veto ou sanção do rei. A teoria política diz respeito à necessidade de controle do poder, de forma mútua, o que obriga a não concentração do poder em um único segmento, o que ameaçaria a liberdade.

4.2.2 Federalistas: a adaptação americana da separação de poderes

Era necessária a ratificação de alguns dos Estados para que a Constituição de 1787 fosse aceita. Com o fim de que isso acontecesse, James Madison³⁴, Alexander Hamilton³⁵ e John Jay³⁶ reuniram artigos de sua autoria em uma obra denominada “O Federalista”, de 1787. Dentre outros assuntos, a coletânea abordava a temática do federalismo, do presidencialismo, da democracia representativa, da separação de poderes. Esta última será analisada a partir de então.

A obra possui oitenta e cinco artigos publicados na imprensa de Nova York, sob a assinatura de *Publius*, pseudônimo coletivo dos três autores. A autoria de cada artigo não possui consenso, porém, Limongi (2004) afirma que há uma concordância entre os mais autorizados na abordagem desta perspectiva, de que são 51 artigos da autoria de Hamilton, 29 de Madison e 05 de Jay. Na primeira seção (artigos 1-37) são examinados os problemas dos Artigos da Confederação e das confederações de forma geral; na segunda seção (artigos 38-51) são apresentados os princípios gerais da Constituição e é feita uma explanação quanto à capacidade de eles atenderem à União; nos artigos 52-61 trata-se da Câmara dos Representantes; artigos 62-65 dissertam sobre o Senado; artigos 66-77 trabalham a Presidência; artigos 78-83 observam o Judiciário federal e os dois últimos artigos são conclusivos.

³⁴ É considerado o “pai da Constituição”, por ter contribuído consideravelmente, de forma individual, na sua elaboração. Foi Secretário de Estado dos Estados Unidos, participou ativamente da Convenção Constitucional e de negociações estrangeiras do país, liderou a formação do Partido Republicano e foi Presidente dos Estados Unidos.

³⁵ Foi o primeiro secretário do Tesouro dos Estados Unidos e conselheiro político de George Washington.

³⁶ Primeiro Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A estrutura de separação de poderes que Montesquieu organizou determinava que houvesse limitação entre os poderes, o que segundo Cezario (2010) foi denominado de *checks and balances*³⁷ pelos federalistas. Este autor destaca que os freios correspondem ao limite que os poderes impõem uns aos outros para evitar que haja excessos na execução das atividades pelas quais cada um fica responsável. Essa interação, entretanto, deve acontecer de forma harmoniosa. Cezario (2010) entende que Madison, Hamilton e Jay (1957) aperfeiçoaram a separação de poderes, tendo em vista que a explicaram de forma mais ampla e democrática. De fato, a aproximação entre os federalistas e Montesquieu (2010) está apenas na separação orgânico-funcional.

Desta forma, Cezario (2010) defende que os federalistas se diferenciaram do barão francês em outras nuances. Eles consideraram a república como a organização de muitas pessoas em grande território e a necessidade de um governo representativo, ao contrário das cidades-estados de Montesquieu (2010), do poder para todos na república, que significava uma democracia, e da existência de um Executivo mais forte que o Legislativo. Penna (2011) descreve a separação de poderes apresentada pelos federalistas como uma renovação da teoria e dos arranjos institucionais propostos pelo autor francês.

A maior diferença entre as duas perspectivas, entretanto, talvez seja a forma como o Poder Judiciário foi considerado. Como abordado anteriormente, Montesquieu (2010) o acreditava como poder nulo, exercido por pessoas do povo em situações específicas, quando seriam convocados para formar um tribunal temporário e punir e julgar crimes. Os federalistas estruturaram o Poder Judiciário a ser composto por uma Suprema Corte, com membros vitalícios, que também cuidavam de conflitos entre a União e Estados-membros, ou de conflitos entre Estados-membros (PENNA, 2011).

No entanto, a independência do Poder Judiciário e sua possibilidade de realizar controle nos outros poderes foi efetivamente vislumbrada, conforme descreve Maldonado (2003, p.7), com o caso *Marbury versus Madison*, de 1803. A decisão deste caso foi emitida pelo Presidente da Suprema Corte, o juiz John Marshall, e estabeleceu a *judicial review* (revisão judicial), pela qual o Poder Judiciário declara o que é ou não é lei, por meio de uma comparação da suposta disposição legal e a Constituição. Trata-se de uma das formas do que se chama “controle de constitucionalidade”, um dos mais fundamentais meios de realização de controle do Poder Judiciário às atividades dos outros poderes.

³⁷ A expressão *checks and balances* é geralmente traduzida ou recepcionada como “freios e contrapesos”.

A obra dos federalistas, ainda, formulou uma estrutura de aplicação mais pragmática do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), cujo objetivo é estabelecer um mecanismo de controle entre os poderes. É preciso dizer que a ideia de contrapeso (equilíbrio) já existia na Inglaterra, representada pelas ações da Câmara dos Lordes no sentido de impedir propostas legislativas da Câmara dos Comuns voltadas ao povo. Maldonado (2003) salienta que outros dois mecanismos também eram utilizados com o fim de gerar equilíbrio naquele país, o veto e o *impeachment*. O primeiro era uma forma de o rei controlar o Poder Legislativo ao impedir que legislações entrassem em vigor. O segundo era um meio de o Parlamento controlar os atos dos ministros do rei. Portanto, moderação entre dois poderes.

A ideia de freio, aponta Maldonado (2003), é estabelecida nos Estados Unidos, por meio da decisão acima mencionada, e que instituiu o controle de constitucionalidade pelo Judiciário dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo. Todavia, o freio é, segundo os federalistas no artigo nº 51, o veto absoluto do Poder Executivo às disposições do Poder Legislativo, como forma de evitar abuso deste poder.

A concentração excessiva de poderes e seu indispensável controle mostrava o caráter de entranhamento que os poderes possuíam na ideia de Montesquieu (2010), uma concepção ambígua que, nas palavras de Penna (2011), possibilitou aos federalistas e a seus opositores manifestações próprias quanto à divisão de poderes. Do lado anti-federalista, a autora destaca a crítica acerca de um Poder Executivo que intervém no Poder Legislativo, o que se mostra contrário à separação que o barão francês havia construído. Na verdade, trata-se de uma das vertentes da ideia de pesos e contrapesos, o veto do executivo como forma de garantir o não abuso de poder por parte do Legislativo. Os federalistas, por sua vez, defendem que em “Do Espírito das Leis” não há proibição ao controle mútuo entre os poderes, o que efetivamente é o que ocorre quando o Executivo interfere na ação do Legislativo, utilizando-se do seu poder de veto para evitar que este último cometa abusos.

Entende-se que a maior contribuição dos federalistas tenha sido a estruturação do Judiciário, que deixou de ser um poder nulo e passou a também exercer controle às ações dos outros poderes, por meio da revisão judicial de seus atos.

4.3 Parlamentarismo e presidencialismo: aplicações distintas da separação de poderes

A abordagem desta temática se faz oportuna neste momento em razão de a divisão de poderes proposta por Ackerman (2007) trabalhar as duas perspectivas a partir de uma concepção já avançada de conhecimento. Não se quer dizer, entretanto, que será realizada uma

extensiva explanação acerca do tema, até mesmo por não haver espaço neste trabalho para isso. Trata-se, desta forma, de uma discussão geral para pontuar as principais características de cada sistema, sem a menor intenção de se esgotar o assunto.

4.3.1 Parlamentarismo

O parlamentarismo é construído em várias formas, entretanto, especificamente, será examinada a do modelo de Westminster³⁸, pois foi o sistema mais observado por Ackerman (2007) na proposição de sua ideia sobre a divisão de poderes. Este é um sistema democrático difundido no Reino Unido e também é conhecido como modelo majoritário. Lijphart (2008) destaca que esse é um sistema bastante elogiado por políticos, cientistas políticos e autoridades no assunto em todo o mundo, e muitas de suas perspectivas foram implantadas em diversos países como Canadá, Austrália, Nova Zelândia e colônias britânicas. O modelo foi criado na Grã-Bretanha, porém o autor defende que sua melhor faceta está na Nova Zelândia, apesar de uma boa estrutura ser observada em Barbados.

Como o objetivo neste trabalho é apresentar uma concisa abordagem do parlamentarismo, serão apenas citados os principais elementos do sistema Westminster no Reino Unido, conforme Lijphart (2008), prestigiado autor na temática dos modelos de democracia.

Em resumo, os elementos são: concentração do Poder Executivo em gabinetes unipartidários e de maioria mínima, se o gabinete é formado por líderes de um partido majoritário no Parlamento, o Poder Executivo normalmente tem suas propostas aprovadas pelo Legislativo; sistema bipartidário, há dois grandes partidos, o Conservador e o Trabalhista, os quais obtém a maior quantidade de cadeiras no Parlamento, assim, é comum que as diretrizes sejam diferentes exceto nas questões socioeconômicas; sistema de eleições majoritário e desproporcional, cada membro da Câmara dos Comuns é eleito em um distrito por maioria simples (mais de cinquenta por cento ou com maior minoria), isso faz com que haja desproporção nos resultados, o que prejudica partidos menores como os liberais e os liberal-democratas; pluralismo de grupos de interesse, há um sistema competitivo entre governo e oposição; governo unitário e centralizado, os governos locais dependem do governo central (pode-se ver exceções como a Irlanda do Norte, a Escócia e o País de Gales); concentração do

³⁸ A denominação se refere ao Palácio de Westminster, local onde o Parlamento britânico se reúne em Londres.

Poder Legislativo em uma legislatura unicameral³⁹, em uma única câmara, a Câmara dos Comuns, embora a Câmara dos Lordes exista; flexibilidade constitucional, não há Constituição escrita, e ela pode ser modificada de forma mais simples pelo Parlamento; ausência de revisão constitucional, o que deriva da inexistência de documento constitucional escrito; banco central controlado pelo Poder Executivo.

Portanto, no sistema parlamentarista, existe relação próxima entre os Poderes Executivo e Legislativo, e embora os poderes deste sejam muito grandes, como há a possibilidade de o Executivo solicitar sua dissolução, o controle entre eles funciona bem, pois produz equilíbrio. Acerca do Judiciário, pode-se afirmar o seguinte. Masterman (2011) realizou um estudo sobre a separação de poderes no Reino Unido a partir da edição de duas importantes reformas constitucionais que ali aconteceram: o Ato de Direitos Humanos (1998) e o Ato de Reforma Constitucional (2005). O primeiro deles, segundo o autor, coloca os juízes próximos aos atores políticos e o segundo ressalta a emergência de um Judiciário independente.

O Ato de Direitos Humanos providenciou soluções judiciais para agressões a direitos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, enquanto o Ato de Reforma Constitucional instituiu a Suprema Corte, que apenas começou a funcionar efetivamente em 2009, e criou um comitê judicial independente, diminuindo o controle do Executivo ao Judiciário. As duas reformas modificaram o equilíbrio tradicionalmente existente entre os três poderes no Reino Unido. Esse panorama anterior garantia supremacia ao Legislativo e o domínio da Câmara dos Comuns ao Executivo. A separação de poderes se aproximava da divisão em dois poderes apenas, o que gerava um entendimento de que a Constituição do Reino Unido não tinha a divisão de poderes como uma de suas preocupações. De certa forma, percebe-se que o Legislativo tem mais força política e exige-se respeitar a soberania parlamentar. Existe uma relação mais próxima e de comunicabilidade entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, e Masterman (2011) ressalta que a independência do Judiciário pode impedir a arbitrariedade. Tal independência antes se focava no comportamento dos juízes e não do poder em si, como instituição, que é o refletido pelo autor.

³⁹ O sistema parlamentar puro, conforme Lijphart (2008), é formado por duas câmaras, a Câmara dos Comuns, formada por eleitos pelo voto popular, e a Câmara dos Lordes, formada por membros da nobreza hereditária, cujo poder é atrasar a entrada em vigor das disposições legais.

4.3.2 Presidencialismo

Certa obra editada por Duignan (2010) acerca da organização e funcionamento do Poder Executivo no sistema presidencialista, em especial o norte-americano, é satisfatória para que se possa entender tal sistema e como Ackerman (2007) o aborda em sua nova ideia de separação de poderes. Consoante aquele autor, a Constituição enumera os poderes do chefe do Executivo, tais como o de fazer tratados com governos estrangeiros, nomear juízes federais, e outros agentes, desde que haja concordância do Senado. Ele comanda as forças armadas, mas é o Congresso quem decide se declara ou não guerra.

Com o passar dos anos, desde a independência dos Estados Unidos, quando foi estabelecido o presidencialismo como sistema político, as atribuições do Presidente mudaram bastante. Ele formula políticas domésticas e estrangeiras, nomeia diversos ocupantes de cargos importantes no governo, resolve determinadas controvérsias sobre a aplicação da lei.

Duignan (2010), ressalta que nos Estados Unidos o presidente é chefe de governo⁴⁰ e chefe de Estado⁴¹ ao mesmo tempo. Há uma grande preocupação com a opinião pública acerca de seu trabalho, mas é essencial que ele desenvolva cooperação com o Legislativo, muitas vezes sendo necessária a intervenção de um negociador para que seu programa legislativo seja aprovado, principalmente quando ele não possui maioria no Congresso. Há uma completa separação entre o presidente, e, portanto, chefe do Executivo, assim como o pessoal que compõe este poder e o Congresso, ou seja, o Legislativo, e o pessoal que compõe este poder. Ainda é possível que o presidente nomeie pessoas para o Gabinete, que é responsável por ele.

O presidente é eleito diretamente pelo povo, como informa Duignan (2010), e possui certa autoridade legislativa, como a possibilidade de assinar leis e de vetá-las, notadamente um instrumento de controle do Poder Executivo ao Poder Legislativo. Ele é retirado do poder por meio de *impeachment* e é necessária uma grande maioria do Legislativo para que se sobreponha seu veto. Os deveres e poderes do presidente são escritos resumidamente pela Constituição, e em geral tratam da aplicação das leis, produção de políticas que atendam às necessidades públicas, nomeação de cargos e realizar tratados internacionais.

⁴⁰ É o chefe do Executivo e exerce as funções deste poder.

⁴¹ É o representante público do Estado, mas não desempenha funções administrativas.

4.4 A nova separação de poderes: adequações ou modificações da teoria clássica

O sistema de separação de poderes aplicado nos Estados Unidos tem servido de modelo para muitos países, especialmente na América Latina, onde se tem assistido um retorno ou um advento da democracia após período ditatorial. Entretanto, Ackerman (2007) discorda do que ele chama de “uma das piores exportações dos Estados Unidos”, por considerar problemática a divisão de poderes deste país. Diante disso, o autor elaborou uma teoria sobre a separação de poderes que destoa da tradicionalmente conhecida, dividida em uma tríade formada pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A proposta de Ackerman (2007) é a criação de um modelo chamado “parlamentarismo limitado”, cujo objetivo é evitar um governo ditatorial e respeitar os interesses do povo. Este item procura realizar o desmembramento desta teoria e sua aceitação e negativa por outros autores.

4.4.1 Ackerman e a nova ideia de separação de poderes

A teoria da nova separação de poderes surgiu da discordância de Ackerman (2007) com o modelo de divisão de poderes que seu país de origem, os Estados Unidos, desenvolveu, e, principalmente, da adoção deste modelo por países com uma realidade social diferenciada da norte-americana. A partir disso, o autor descreveu os problemas que observa na divisão que critica e propôs um novo regime político, o “parlamentarismo limitado”, no qual há três novos poderes baseados em princípios de poder popular e de justiça social. Em sua obra, Ackerman (2007) aborda três ideais de legitimidade política, sem a pretensão de esgotar a temática, conforme ele mesmo alerta, porém, como tentativa de elucidar de que maneira as regras institucionais transformam os princípios fundamentais em realidade. Portanto, trata-se de uma teoria normativa.

O livro “A nova separação de poderes”, de Ackerman, publicado em 2007, é dividido em introdução e quatro capítulos; cada ideal é trabalhado em um capítulo, sendo o primeiro dedicado à democracia, o segundo à competência profissional e o terceiro à proteção e implementação dos direitos fundamentais, restando o último capítulo para uma organização das ideias principais apresentadas no livro. Embora Ackerman (2007) tenha elaborado uma boa estrutura de apresentação de sua teoria, a abordagem da obra realizada neste trabalho começará pelo final ao invés do começo, no entanto, quase todo o restante da explanação seguirá a ordem exposta pelo autor. A justificativa da inversão é apresentar a ideia do autor e posteriormente as explicações que ele apresenta para cada perspectiva.

A nova ideia de separação de poderes que Ackerman (2007) apresenta deve ser organizada dentro de um sistema político que ele sugere produzir os melhores resultados quanto ao desenvolvimento constitucional, o parlamentarismo limitado. No centro deste modelo há uma Câmara democraticamente eleita, e que tem duas funções: escolher o governo e produzir legislação. Os três ideais de legitimidade política, acima mencionados, trabalham como contrapeso de poderes específicos sobre a atividade da câmara. Na tabela a seguir estão arranjados cada ideal que serve de contrapeso ao centro, o responsável pela limitação ao centro e o objetivo que cada limitação possui.

Quadro 6 - Os contrapesos e as limitações que exercem na nova forma de separação de poderes proposta por Ackerman (2007)

Contrapeso	Limitação	Objetivo
Legitimidade democrática	Referendo/Tribunal Constitucional/Senado Federal subordinado/2ª Câmara mais poderosa	Garantir a participação popular na tomada de decisões públicas/Converter as decisões eleitas pelo povo em realidades operacionais
Especialização funcional	Sistema de tribunais independentes	Revisão judicial
	Poder supervisor da integridade burocrática	Auxilia o governo sobre corrupção e similares
	Poder supervisor da regulação	Fiscaliza a (necessidade da) criação de regras novas pela burocracia
Direitos fundamentais	Poder supervisor da democracia	Protege os direitos de participação do cidadão
	Poder de justiça retributiva	Garantir a provisão econômica mínima dos cidadãos não capazes de proteger seus direitos politicamente
	Tribunal constitucional	Proteção dos direitos humanos fundamentais

Fonte: Elaborado pela pesquisadora com base em Ackerman, 2007.

Ackerman (2007), só apresenta sua teoria, no formato acima organizado, após uma exposição acerca de cada item que a compõe. Porém, sua primeira abordagem é quanto à divisão de poderes norte-americana. Antes de apontar suas críticas a este modelo, o autor ressalta a sua numerosa exportação para outros países, especialmente na América Latina. As razões para que isso tenha acontecido, segundo ele, consistem no fato de os Estados Unidos terem se tornado a grande potência mundial após a Segunda Guerra Mundial, assim como a propaganda que estudiosos estadunidenses fazem em congressos anualmente, pelo mundo, dos resultados que o modelo produz dentro do país. Sobre a exportação, o autor ressalta a problemática envolvendo a separação de poderes do sistema norte-americano, enfatizando o reconhecimento da sua insatisfação até mesmo por países vencidos, como Japão e Alemanha. Estes dois, por exemplo, não adotaram a divisão de poderes nos moldes dos Estados Unidos, apesar da influência das ideias constitucionais deste país.

Ackerman (2007) entende que o parlamentarismo limitado surgiu no Japão. A formação do quadro estatal consiste na limitação dos poderes legislativos por uma Constituição escrita, uma carta de direitos e uma Corte suprema. Há duas câmaras, a dos Representantes e a dos Conselheiros, mas é aquela quem decide quem participa do gabinete, enquanto está mais pertence à oposição. Consiste no que o autor chama de “solução de câmara e meia”, termo que será analisado adiante. Na Alemanha, Ackerman (2007) afirma que houve a mesma adoção de sistema que no Japão, assim como a Espanha, que segue o exemplo alemão, e o mesmo tendo acontecido na Itália, entretanto, nesta o autor observa que a solução de câmara e meia é diferenciada. Além desses países, ele cita ainda o Canadá, a Índia e a África do Sul como exemplos de países que podem se adequar ao parlamentarismo limitado, o melhor sistema para acolher a nova separação de poderes. Ainda assim, é evidente que o presidencialismo e a divisão de poderes dos Estados Unidos possuem mais adeptos.

A teoria é construída a partir de três alicerces legitimadores para se entender a necessidade de se dividir o poder. O primeiro deles é a democracia, vista como o autogoverno popular cujo progresso pode ser alcançado pela separação de poderes; o segundo é a competência profissional, que exige um comportamento imparcial para a efetivação das leis; e o terceiro é a proteção aos direitos fundamentais.

Na análise da democracia, Ackerman (2007) constrói duas teses, uma que demonstra seu posicionamento desfavorável à adoção do sistema de separação de poderes dos Estados Unidos por outros países, e outra que, embora ainda apresente tal contrariedade, demonstra alternativa ao problema.

A separação de poderes, segundo Ackerman (2007), é uma doutrina de legitimidade política, que exige mais que uma vitória eleitoral para a determinação do possuidor do poder legislativo. Ao contrário do que acontece com o modelo parlamentarista de Westminster, pelo qual o movimento político vencedor na eleição possui o poder legislativo. Porém, a divisão de poderes norte-americana é diferenciada, apesar de seguir aquela premissa acima. O autor aponta as razões.

A primeira delas é o que ele denomina “impasse”. Este aspecto normalmente surge quando a Câmara e a Presidência estão ocupadas por partidos diferentes. Em tal situação, três situações podem se desenvolver: a de negociação, chamada pelo autor de “A esperança Madisoniana”⁴²; a de ruptura constitucional, chamada de “O pesadelo linziano”⁴³, que consiste

⁴² Ackerman (2007) se refere a James Madison, um dos autores da obra “O Federalista”, de 1787.

⁴³ Ackerman (2007) utiliza esta terminação em homenagem a Juan Linz, estudioso que compartilha com ele o posicionamento sobre a exportação do modelo de divisão de poderes dos Estados Unidos para outros países.

na troca de sistema constitucional e na produção de nova legislação, muitas vezes, como mostra o autor, pela associação do presidente com os militares e na formação de uma ditadura, a exemplo de vários países latino-americanos, como o Brasil; e a situação chamada de “crise de governabilidade”, que surge quando presidente e câmara usam instrumentos constitucionais para atingir seus objetivos, inclusive o de tornar complicada a atividade de seu rival político. Ele exemplifica com o uso exacerbado de decretos pelo presidente e muitas reformas na Constituição, o Brasil e a Argentina são exemplos que ele utiliza para ilustrar a situação.

A segunda razão que diferencia a separação de poderes dos Estados Unidos é a autoridade absoluta. Neste caso, o mesmo partido toma as decisões mais importantes, pois ganhou as eleições necessárias para tal. O autor, então, apresenta diferenciações do modelo da autoridade absoluta, na França e nos Estados Unidos, Estados que se opõem, neste sentido, em razão da condição de complexidade que oferecem aos movimentos políticos de exercerem autoridade absoluta. No caso francês, verifica-se que a Constituição permite que o presidente convoque eleições na tentativa de conseguir a autoridade absoluta, quando a Assembleia Nacional não for composta por muitos aliados políticos. Isso demonstra uma divisão de poderes frágil, pois não se exige uma grande quantidade de eleições para que um movimento político possa tomar as decisões mais importantes do estado. Tal entendimento se consolida ainda, pela existência de um Judiciário francês fraco, justificada, principalmente, pelo curto mandato dos juízes da Suprema Corte francesa. Nos Estados Unidos, tem-se uma situação diferente. O Judiciário é forte e exige-se que um movimento político vença muitas eleições para que possa tomar as principais decisões.

Ainda sobre a autoridade absoluta, Ackerman (2007), ressalta a importância da divisão de poderes em um Estado que se encontra governado nesta situação. A separação de poderes permite que a autoridade absoluta não seja perdida, ao mesmo tempo, nos Poderes Legislativo e Executivo, e assim, as leis podem continuar a ser observadas pelo presidente, que permanece ainda no poder. O resultado é uma configuração diferente da autoridade absoluta, pois o governo se torna mais preocupado com ações que possam produzir efeitos a longo prazo, tendo em vista que o governo percebe a impossibilidade de permanente controle sob os poderes divididos. Em um sistema como Westminster, já se está acostumado com a iminente perda do controle das decisões mais importantes, advinda com a convocação de novas eleições, portanto, já se prepara programas com essa característica, e estatutos que proporcionem alcances mais coerentes com a realidade prática.

Ackerman (2007), observa outro sistema parlamentarista além de Westminster, o modelo ítalo-francês (1945-1996), cuja fragilidade é a representação proporcional, segundo o

autor, que identifica os diversos partidos e pactos que esse sistema produzia como a razão do problema. O desmembramento disso é que a negociação para a coalizão diminui, pois com muitos partidos pequenos, exige-se deles uma manifestação popular expressiva para ganharem assento no parlamento. Importante dizer ainda que a oposição deve selecionar novo primeiro ministro antes que o atual seja destituído, é o que se chama de “voto construtivo de não confiança”. O autor entende ser a pior separação de poderes a formada por um Executivo popularmente eleito e um Legislativo eleito por representação proporcional. A particularidade de o presidente ser popularmente eleito, aliás, o autor observou com mais cuidado.

Referiu-se, especificamente, ao culto da personalidade. Considera ser uma característica prejudicial do presidencialismo, por causa das políticas que possam surgir a partir de um presidente que é eleito pelo povo, e pela forma como este sistema político lida com isso. A eleição pelo povo, é claro, envolve em grande parte o carisma do candidato. No presidencialismo, a retirada do chefe do Executivo, quando mostrar-se este ineficiente, não é tão fácil, em razão da separação de poderes. A relação com o Legislativo também pode ser conturbada. Ao prever período exato da duração do mandato, a Constituição dá ao chefe do Poder Executivo o entendimento de que poder chegará ao fim. No parlamentarismo, se o primeiro ministro não realiza com eficiência seu trabalho, o parlamento o retira do poder, pois precisam manter maioria na Câmara. Foi o que aconteceu, por exemplo, com Margareth Thatcher. A relação com o Legislativo é mais fácil, pois o primeiro ministro precisa do gabinete e de força no parlamento. Embora a Constituição não limite o período de duração do mandato, o chefe do Executivo é fiscalizado com uma verificação constante acerca de sua atuação, por plebiscitos de seu partido. Porém, a grande aversão de Ackerman (2007) ao culto da personalidade é que essa forma de eleição coloca toda a confiança do povo em uma só pessoa, ao contrário dos ideais democráticos. Isso é o que acontece no sistema estadunidense.

Após a estruturação do autor quanto às características negativas da separação dos poderes, especificamente, do presidencialismo nos Estados Unidos, ele apresentou seu modelo de sistema político, o parlamentarismo limitado. Este não é um parlamentarismo imaculado, ao contrário do modelo de Westminster, ao qual o autor dirige a crítica de implementação da autoridade absoluta ao movimento político vencedor de uma eleição. No parlamentarismo limitado há duas rotas legislativas: a que se volta para uma maioria mobilizada, por meio do referendo, e a que trata de assuntos considerados mais ordinários. Esta última é a rota normal, realizada por uma Assembleia que cuida de assuntos diversos por meio de um processo legislativo superior.

O referendo é uma importante ferramenta popular neste sistema. O autor entende que ele deve ser utilizado dentro de critérios cuidadosamente estabelecidos pela Constituição, para não se tornar desvalorizado. Além disso, ela deve providenciar fundos para uma discussão ampla e prática entre os dois lados, e prever ações afirmativas para a melhor execução do mecanismo. Todo o processo de realização do referendo, consoante o autor, deve ser construído e executado com bastante atenção.

Ackerman (2007), reconhece a necessidade de se criar um tribunal constitucional na separação de poderes, pois a revisão judicial funciona, segundo ele, como uma forma de o parlamento obedecer à vontade popular em todas as circunstâncias. No entanto, ele ressalta a complexidade de se criar tal tribunal, citando a dificuldade de se nomear juízes para sua composição, pela confiança que se tem ou não na capacidade para a interpretação das leis, e o processo de nomeação e o período dos mandatos dos juízes. Em verdade, o autor admite a existência de um tribunal constitucional no parlamentarismo limitado, o que será melhor explanado adiante, e que parece ser uma forma de mostrar como o autor aceita uma nova separação de poderes, que seja estruturada para aceitar uma democracia dualista.

O autor entende que a Alemanha expressa na prática um bom exemplo do parlamentarismo limitado, observadas as diferenças, pois um chanceler possui fortes poderes legislativos e respaldo no parlamento, e um tribunal constitucional exerce limites a esse poder. Ele só destaca a não existência do referendo.

Para analisar ainda mais acuradamente a legitimidade democrática, o autor aborda o federalismo, apenas neste momento e não anteriormente, por entender que este é o procedimento mais acertado, para não tornar o exame mais complexo. Ackerman (2007) destaca que o federalismo funciona como um fundamento para a separação de poderes, para em seguida trabalhar como o federalismo e a divisão de poderes se relacionam na prática.

Ele começa sustentando a fraqueza do senado. No primeiro momento mostra a situação de um sistema parlamentar em que haja duas câmaras eleitas e com poderes iguais, sem uma presidência independentemente eleita. O formato enfraquece o senado. Para ilustrar, o autor cita o caso da Austrália, onde há uma presidência que não é eleita independentemente, e há duas câmaras (um senado federal e a câmara de representantes). Em 1975 houve uma crise constitucional, e como cada câmara pertencia a um lado da questão ideológica, e a presidência não era independentemente eleita, não pode esta resolver a questão. Na Austrália houve um agravamento da situação, pois as regras quanto à legitimidade não eram tratadas pela Constituição, de forma escrita. Quando isso acontece, normalmente o senado federal é subordinado à câmara, e o autor chama tal circunstância de “solução da câmara e meia”.

Em seguida, o autor aborda a existência de uma presidência independente, no sentido de proporcionar maior força ao senado. É uma perspectiva não apoiada por Ackerman (2007), pois ele observa a possibilidade de que o presidente destine mais recursos à sua região.

A título exemplificativo, o autor apresenta o caso da Suíça, que deve ser visto com cautela, pois é um Estado composto de várias características diferenciadoras. No sistema suíço não há presidência independente, nem simetria de poder das câmaras. Geralmente, o sistema suíço não é considerado parlamentar, pois o governo não precisa de aval das câmaras, e é formado por sete conselheiros, o que também não o torna presidencial. Exige-se desse sistema uma publicidade constante dos atos do Conselho, o que acontece e que mostra como a Suíça é um caso tão particular.

Após tratar dos dois casos, o autor afirma que uma presidência independente prejudica o fortalecimento do senado, mas a simetria de poderes também o faz. Assim, os poderes das câmaras deveriam ser limitados, em uma configuração que não precisasse de uma presidência independente. Conforme Ackerman (2007), esse formato não desrespeitaria os princípios do federalismo, e o parlamentarismo limitado parece se adequar bem a esse objetivo.

Outro aspecto tratado pelo autor para abordar o federalismo é o que se refere a possibilidade de os governos nomearem representantes para instituições federais, o que ele chama de “opção de embaixadores”, e que ocorre no senado da Alemanha. Os funcionários levam à capital da federação os votos de seus governos estatais. Trata-se de um expediente inexistente no governo democrático. O federalismo não concorda com essa prática, pois quer que os interesses nacionais não sirvam de desvio para os interesses de suas unidades de governo.

Ackerman (2007) finaliza seu exame da primeira base legitimadora para a divisão dos poderes, a democracia, afirmando que os princípios da democracia deliberativa estão no parlamentarismo limitado. O referendo, no formato proposto pelo sistema que ele defende, ou seja, como um instrumento de debate de interesses pelo povo, comprova tal asserção. Porém, quanto à existência de um senado forte, ele alerta para a possibilidade de um problema no que tange à simetria das câmaras, o que pode criar problemas de empate na legitimidade, tal como no caso australiano.

É preciso perceber que o autor observa a separação de poderes como teoria de legitimidade democrática, e por isso ele aborda toda esta temática antes da construção de sua ideia. Em verdade, ao começar a apresentar o parlamentarismo limitado, ele mostra a impossibilidade de instituições legislarem sozinhas (como em Westminster), o povo participando das decisões de seus interesses por referendo, um tribunal constitucional para garantir que o parlamento respeite a soberania popular e um senado federal poderoso.

O segundo alicerce que legitima a divisão de poderes, para Ackerman (2007), é a especialização funcional, que representa, de fato, a nova razão fundamental para a divisão de poderes, pois mesmo uma teoria de legitimidade democrática que aceite se repartir o poder entre presidência, senado e câmara pode discordar da separação de poderes. Ao trabalhar este aspecto, o autor cuidou especificamente de novas formas de divisão de poderes que ofereçam uma atividade judicial e civil mais eficiente, e analisou a separação de poderes na discussão entre parlamentarismo e presidencialismo.

A especialização funcional foi trabalhada pelo autor em três partes: a) a deficiência nas atividades dos políticos, que buscam seus próprios interesses, não possui capacidade técnica necessária para decidir certos assuntos e criam regras dispensáveis sobre assuntos em geral; b) “cultura weberiana”, que consiste no aproveitamento de recursos humanos e culturais para um melhor serviço no Estado; c) a pouca exploração da capacidade criativa das Constituições. Sobre este último aspecto, entretanto, o autor ressalta a diferença nos Estados Unidos e na Europa. Naquele país, a Constituição permitiu que o Poder Executivo fosse dirigido de forma discricionária, o que pode ameaçar a separação de poderes, e consideraram esta uma responsabilização democrática. Na Europa, entretanto, a preocupação com a especialidade funcional esteve mais presente, com os tribunais administrativos, por exemplo.

Como forma de tornar o Estado mais efetivo, o autor sugere a criação de alguns novos poderes pela Constituição, que estão relacionados com a especialidade funcional. O primeiro é o poder supervisor da integridade. De caráter autônomo, seus servidores devem ganhar altos salários e incentivos na carreira, dentre outros estímulos, para investigar e fiscalizar a corrupção. Funcionários eleitos de alto nível não devem ser objeto da atividade deste poder, para não incentivar o abuso partidário. Aliás, este é um aspecto negativo seu, a possibilidade de ser usado para represálias políticas.

O segundo é o poder supervisor da regulação. Os parlamentos são desprovidos de conhecimento técnico para produzir soluções reguladoras mais eficientes diante de dados que o exigem, além de não se ter muito tempo para isso. Por meio deste poder, então, poder-se-ia haver uma legislação suplementar que regulamentasse tais situações específicas. O autor reconhece que a divisão funcional valoriza o conhecimento e a técnica, todavia, estão afastados das realidades social e econômica objetos de sua ocupação. É necessário que essa regulação aconteça dentro de uma estrutura de legitimação diferenciada, como a participação popular.

Após apresentar os dois poderes acima mencionados, Ackerman (2007) examina algumas formas de divisão dos poderes. Ele observa que a separação tradicional está subdesenvolvida, e para demonstrar isso, divide-a em partes. Na verdade, ele considera que a

separação de poderes é melhor entendida e possui maior capacidade de funcionamento quando é avaliada como teoria da especialização funcional, ao invés de legitimação democrática.

O autor aborda alguns vínculos teóricos da especialização funcional. Inicia com o vínculo que possui com o parlamentarismo. Ele ressalta a necessidade de se entender que os burocratas profissionais trabalham sem se ingerir nos governos de forma particular, pois a alternância de administradores é um fato. Desta forma, os burocratas seguem a “ética weberiana”, buscando agir de forma neutra. No sistema parlamentar esse comportamento funciona bem melhor que no presidencialismo, em que o burocrata precisa, muitas vezes, lidar com movimentos políticos. O autor, então, traz a questão da politização da burocracia junto à possibilidade de mudança de leis. Para proteger a legislação que lhe interessa, um presidente buscará manter seus aliados na burocracia, criando agências executivas que ele possa controlar, estabelecendo formas de que as decisões burocratas dependam de um formato que lhe sirva, fortalecerá suas alianças nos níveis burocratas menores. Esse profissionalismo politizado, conforme Ackerman (2007), é incentivado pela separação de poderes, e enfraquece o presidente, pois são diversos nichos burocráticos que ele formará e com os quais terá que lidar. No parlamentarismo, é complicado manter a neutralidade funcional, da mesma forma, até mesmo pela grande quantidade de significados que a sabedoria necessária dos burocratas possui.

Neste aspecto, o autor verifica um problema. Essa sabedoria necessária, que ele chama de convencional, está ultrapassada, o que faz os burocratas serem enviados para atualizações ou que sejam formadas comissões sobre assuntos específicos que possam ter contato com o conhecimento externo. No presidencialismo, portanto, observa-se um cenário mais complexo para a especialização funcional, neste sentido, pois há mais desacordos entre os burocratas e o presidente, por meio de seus seguidores.

Ackerman (2007) identifica alguns motivos para que o presidencialismo estadunidense seja associado às manifestações negativas da burocracia. O primeiro deles é a forma diferenciada como os burocratas nos Estados Unidos entendem suas funções em comparação com os dos sistemas parlamentares. Naquele país, há uma busca para generalizar todas as situações, em razão da separação dos poderes. O segundo é a forma como presidente e primeiro ministro lidam com suas realidades burocráticas. As nomeações realizadas pelo presidente nos Estados Unidos demonstram essa diferença. Neste país, os nomeados demoram pouco nas colocações que alcançam, pois eles querem atingir uma função superior, e a ocupação das vagas demora a acontecer novamente. Segundo o autor, este é um problema decorrente da engenharia

institucional de 1787, e ele entende, entretanto, que a separação dos poderes dos Estados Unidos não pode existir sem especialização funcional.

A problemática da divisão de poderes norte-americana, todavia, ameaça ainda o próprio Estado de Direito, conforme o autor. Ele faz essa observação analisando o interesse do presidente em alcançar um objetivo que dependa de legislação. Ele pode realizar pactos no parlamento ou utilizar a autoridade legislativa que possui. É comum que o presidente politize a burocracia, usando-a para conquistar seus interesses por meio de seus aliados. No parlamento, o autor afirma que o uso da burocracia no mesmo sentido é menor, e a revisão judicial pode proteger mais ainda o Estado de Direito. Por isso, ele sugere a revisão judicial nos moldes dos Estados Unidos para a observância das regras burocráticas dentro do parlamento limitado.

O último alicerce que legitima a divisão de poderes, na visão de Ackerman (2007), são os direitos fundamentais, especificamente, como a separação de poderes os protege. O autor procura mostrar limites à autoridade legislativa e os motivos para isso. A necessidade de que os direitos fundamentais relacionados às eleições sejam protegidos, conforme ressalta o autor, é uma decorrência da democracia. A questão é quem irá garantir tal proteção. Diversas agências autônomas e não judiciais são criadas para tal fim, e se envolvem na interpretação das leis, na manutenção da ordem no dia das eleições, dentre outras atividades. É o caso da Comissão Federal Eleitoral, criada pelo congresso norte-americano após Watergate. O autor explica que essas agências funcionam como contrapesos, porém, fora do sistema tradicional e tricotômico. Na verdade, elas exercem um poder supervisor da democracia, com variados encargos, dependendo do tipo de democracia constitucionalmente escolhido.

A Constituição da Índia, segundo o autor, é um bom exemplo para se verificar tal possibilidade. O país possui uma Comissão Eleitoral que cuida da independência democrática. O comissionado é eleito pelo presidente, trabalha por seis anos com prerrogativas de um juiz da Suprema Corte, supervisionando e controlando listas eleitorais para as eleições.

Porém, a proteção aos direitos fundamentais não se limita aos direitos que tratam das eleições. E Ackerman (2007), aborda um aspecto de desrespeito a eles que se constitui uma forma de liberalismo, trata-se da redução dos direitos individuais, quando imprescindível, para que se garanta o direito do povo de autogovernar-se. Tal aspecto é trazido por ele para se observar a divisão de poderes dentro de um formato constitucional que diminua o exercício do autogoverno para que se mantenham protegidos os direitos fundamentais.

A primeira perspectiva examinada pelo autor é o liberalismo de *laissez-faire*, que imagina o *status quo* como satisfatório para a criação dos direitos fundamentais e rechaça o governo que interfere na liberdade. Entretanto, o *status quo* pode gerar situações indesejadas

como o pesadelo de Linz, já analisado anteriormente. No parlamentarismo limitado, uma corte constitucional protege os direitos fundamentais com a revisão judicial. Quem apoia o liberalismo *laissez-faire* precisa pensar se a troca de cenário é válida.

A segunda perspectiva examinada é a dos liberais ativistas. São estes conscientes da tirania que o governo pode lhes impor por meio de ignorância e pobreza. Assim, o liberal ativista analisa a divisão de poderes por outro aspecto, o do poder de justiça distributiva, para combater as omissões e negligências na política democrática. Na separação de poderes tradicional, os direitos positivos e de bem-estar não possuem espaço para serem concretizados de forma efetiva. Ackerman (2007) poderia ter explicado melhor quais as características da divisão tricotômica ele considera justificadoras dessa falta de espaço, porém, limitou-se a induzir que isso ocorre pela falta de acesso de pobres e ignorantes a um espaço onde possam manifestar seus interesses políticos.

Acrescentou ainda, a dificuldade que os juízes possuem para concretizar os direitos políticos em realidades, o que incita o ativismo do Judiciário. Ackerman (2007) afirma que é preferível modificar a estrutura trinitária da separação dos poderes a deixar para os tribunais os direitos positivos. Esclarece que um poder de justiça distributiva poderia firmar os direitos positivos. A constituição deveria garantir a formação e o sustento desse direito, protegendo uma porcentagem para os fundos que o manteriam. Algum êxito tem sido visto, conforme o autor, com as pensões de seguridade social.

Ackerman (2007) entende que o modelo de separação dos poderes dos Estados Unidos se adapta ao comportamento de seu povo, e uma brusca mudança talvez provocasse mais danos do que contribuições. Porém, ele sustenta a necessidade de se repensar como a distribuição dos poderes pode atuar positivamente para o povo, e defende que o modelo estadunidense não deveria ser aplicado em outros países, pois ele faz com que a separação se torne muito rígida, o que faz os poderes muito independentes, impedindo o prevalecimento da soberania popular. Ele não se limita a criticar, apresenta um modelo de sistema político e uma teoria, que enriquece o debate e o questionamento de instituições democráticas. Sua ideia influenciou outros autores, como se passará a ver a seguir.

4.4.2 Novas ideias de separação de poderes: a partir da alteração da teoria clássica

Autores brasileiros e de outras nacionalidades apresentam uma nova perspectiva a acerca da separação de poderes. Alguns analisaram a ideia de Ackerman (2007), apresentada acima. Enquanto uns manifestaram concordância com os aspectos mostrados por aquele autor,

outros, no entanto, criticaram sua perspectiva. Em uma ou na outra situação, é possível verificar sugestões de melhoria ou até observações diferenciadas sobre a nova ideia do autor norte-americano acerca da divisão dos poderes. Além disso, a proposta deste item é não se limitar ao que foi organizado por Ackerman (2007) e abordar outras formas atuais de se observar a divisão de poderes, encontradas principalmente em publicações estrangeiras.

4.4.2.1 A perspectiva brasileira sobre uma nova ideia de separação de poderes

No Brasil, pode-se citar Apolinário (2013) como um crítico moderada da teoria proposta por Ackerman (2007), pois ele especificamente discorda que essa seja uma ideia nova. Entende aquele autor que Ackerman (2007) apenas reorganizou a antiga teoria, apesar de sugerir novos poderes. Tal posicionamento é justificado pelo seu próprio ponto de vista, que é o seguinte. Apolinário (2013) observa que há muito a concepção de democracia não é mais a mesma de períodos históricos anteriores. O Estado se tornou responsável pela implementação do bem-estar dos cidadãos. Desta forma, os poderes do Estado não podem mais ser rígidos e independentes, pois tais características os tornam arbitrários, o que compromete a democracia. O autor esclarece que a complexidade em torno da separação de poderes é, hoje, justamente, a persistência do formato original. Nas proposições acerca de uma nova divisão de poderes, o autor ressalta um outro ponto comum, elas procuram se fundamentar com o respeito à democracia e aos direitos fundamentais, situação em que se encontra, inclusive, a teoria de Ackerman (2007).

Apolinário (2013) destaca que, no desenvolvimento do Estado social, começou-se a olhar a separação de poderes como uma formação rígida. O autor não aponta evidências para fundamentar sua afirmação, entretanto, é fácil perceber que seu raciocínio é pertinente, e até observar algumas situações que podem comprová-lo. Carvalho e Marona (2010), autores já abordados no capítulo introdutório, afirmaram que o *Welfare State* ofereceu maior espaço ao direito, ao instalá-lo no debate acerca da vida social. Desta forma, o Judiciário foi inserido em uma arena política, e a judicialização da política é uma forma de atuação que demonstra o envolvimento daquele Poder nas suas novas responsabilidades. A realização da judicialização da política é o reconhecimento de que a separação dos poderes não pode mais ser considerada de forma rígida.

Assim, a necessidade de uma nova forma de os poderes do Estado se relacionarem exigiu uma divisão de poderes mais flexível. Os poderes se tornaram autônomos e coordenados, no entendimento de Apolinário (2013). O autor afirma que os poderes precisam estar mais

ligados, pois não estão mais limitados à realização de suas funções predominantes ou típicas, devendo realizar, quando imprescindível, as realizações dos outros poderes, consideradas atípicas ou acessórias.

Apolinário (2013) demonstra, no caso brasileiro, situações que exprimem a aceitação, segundo ele, de uma configuração mais flexível da separação dos poderes. Ele cita artigos da Constituição de 1988, nos quais se verifica a destinação de funções atípicas a cada um dos três poderes. Antes, ele ressalta o formato constitucional padrão, a adoção de três poderes, o Executivo, o Judiciário e o Legislativo⁴⁴, desenho protegido como cláusula pétrea pela Constituição, ou seja, sem possibilidades de ser modificado, nem mesmo por emenda constitucional⁴⁵. Os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si, o que implica, consoante o autor, no que tange à independência, na liberdade de preenchimento do quadro pessoal, na realização de suas funções e na estruturação de suas atividades, sem a necessidade de aprovação dos outros poderes para isso. A harmonia diz respeito ao relacionamento entre os poderes, à promoção de ligações respeitadas e veladas pela ética, com a obediência dos princípios e direitos que regulamentam cada poder.

Para garantir a harmonia, e o equilíbrio entre os poderes, cita o autor o sistema de freios e contrapesos, evidenciado na Constituição de 1988 na nomeação dos ministros dos tribunais superiores pelo Poder Executivo, porém, após indispensável sabatina pelo Poder Legislativo⁴⁶.

Como exemplos de que a Constituição permite a realização de funções atípicas pelos poderes, o autor cita algumas situações. No artigo 51, está determinado que apenas a Câmara dos Deputados regulamentará sua organização, funcionamento, extinção de cargos, dentre outras peculiaridades, o que de forma predominante é função legislativa, do Poder Legislativo, portanto, em comum. O artigo 52, inciso I, da mesma forma, prevê uma atividade diferenciada para o Senado Federal, a de processar e julgar o Presidente da República e o Vice-Presidente

⁴⁴ Art. 2º da Constituição de 1988: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴⁵ Art. 60, § 4º da Constituição de 1988: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes; Cláusulas pétreas é um termo reconhecido no mundo jurídico que designa os artigos ou as regras constitucionais que não podem ser modificados. Os assuntos declarados como cláusulas pétreas estão enumerados no art. 60, §4º da Constituição, e são chamados de cláusulas explícitas, pois, ainda se consideram cláusulas pétreas implícitas, outras temáticas espalhadas pelo corpo constitucional.

⁴⁶ Art. 84 da Constituição de 1988: Compete privativamente ao Presidente da República: XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; Art. 52 da Constituição de 1988: Compete privativamente ao Senado Federal: III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição.

da República, o que, em geral, caberia ao Judiciário. As Medidas Provisórias, formas de legislação usadas em casos de relevância e urgência, pelo Presidente da República, conforme o artigo 62; as leis delegadas, no artigo 68, manifestações legislativas do Presidente da República, em determinados assuntos e após solicitação ao Congresso Nacional, típicas funções do Legislativo a cargo do Poder Executivo. Além disso, pode-se citar, ainda o artigo 96, inciso I, alínea “a”, com a determinação de que o Poder Judiciário, e não o Poder Legislativo, elabore seus regimentos internos.

Sobre este último, o Judiciário, Apolinário (2013) destaca seu novo papel, consequência de modificações históricas e de outros aspectos, e com relação reconhecida com a configuração atual da separação dos poderes. Alguns motivos sistemáticos são mencionados pelo autor para explicar como o Judiciário se tornou um ator político mais atuante. Ele ressalta, em suma, circunstâncias já expressas no primeiro capítulo, como a maior amplitude de assuntos e competências dados ao Judiciário pela Constituição, assim como a responsabilidade de realizar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Dentro deste quadro, o autor defende a execução da judicialização da política, como uma necessidade condizente com as obrigações que o Judiciário recebeu da Constituição Federal, e em consonância com os princípios que um Estado Democrático de Direito protege, o que se assemelha ao exposto no primeiro capítulo.

Apolinário (2013), defende a imprescindibilidade de se repensar a clássica teoria da separação dos poderes, para que ela possa se adequar às novas realidades. A forma rígida em que as funções típicas estão designadas a cada poder não contribui, ao contrário, dificulta, o Estado Democrático de Direito. Deve-se entender, segundo o autor, que os poderes devem trabalhar coordenados, o que exige a aceitação de que a maneira como os poderes estão divididos mudou.

Pelicioli (2006), também, defende uma nova observação da separação de poderes:

A separação dos poderes deve ser encarada como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político no interesse da paz e da liberdade, **modificando-se**, como tudo “no entre-os-homens”, **de acordo com as condições históricas de cada povo**. (PELICIOLI, 2006, p.28, grifo nosso).

Para Morgado (2011), a separação de poderes é um paradigma em crise⁴⁷, o que aconteceu após mudanças históricas e sociais que reclamaram (e continuam a fazê-lo) uma nova

⁴⁷ “No mundo das ciências, paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma. E enquanto aquele modelo for aceito, pode-se dizer que os problemas surgidos receberão soluções possíveis. No entanto, a sucessão de anomalias

forma para se adequar às perspectivas de uma sociedade diferente da que existia na época em que as primeiras ideias acerca da divisão de poderes surgiram. Morgado (2011), afirma que o formato tradicional da teoria não consegue mais apontar as soluções a questionamentos, além de produzir, por vezes em razão disso, fenômenos insustentáveis na concepção inicial. Seguindo o pensamento da autora, pode-se invocar a judicialização da política como um exemplo desta sua última declaração.

As mudanças surgidas às quais a autora se referem ocorreram principalmente no século XX, e decorreram das consequências da industrialização como as dificuldades sociais e financeiras, que exigiram do Estado o envolvimento em questões de justiça social. Algumas constituições, como a Mexicana de 1917 e a de Weimar, de 1919, conforme a autora, representam marcos da mudança na perspectiva do papel do Estado. De fato, ela indica que não havia mais uma relação Estado-sociedade, pois, o Estado se transformou em responsável pela implementação de direitos sociais. Além disso, os direitos fundamentais estavam modificados, o que exigia do Estado uma postura ativa, diferenciada da ideia de comportamento negativo do Estado produzida pela teoria clássica da separação dos poderes, cujo objetivo é evitar o abuso do poder.

Morgado (2011) aborda algumas teorias jurídicas que podem contribuir para o avanço no entendimento acerca das modificações da separação de poderes. A primeira delas é a teoria da efetividade, cujo escopo é tornar as normas constitucionais aplicáveis à realidade, tendo em vista que muitas regras trazidas pela Constituição não possuem uma correlação direta com os fatos, o que restou ao Judiciário a tarefa de implementar os direitos que não estavam sendo obedecidos, segundo a autora; a segunda é a teoria da normatividade dos princípios, que ensina como os princípios passaram de figuras abstratas a normas jurídicas, o que os tornou fundamentos que guiam os institutos jurídicos e as relações que possuem repercussão jurídica, inserindo mais generalidade a essas relações e permitindo que a Constituição alcance situações não expressas e se adapte a novas realidades; a terceira teoria é a da ordem objetiva dos valores, que busca mostrar que os direitos fundamentais não servem apenas aos interesses individuais, mas devem proteger os direitos da sociedade. A autora entende que diante da necessidade de o Judiciário trabalhar para a efetivação do que essas três teorias significam, ele passou a ser essencial para a efetivação da Constituição.

e questões não respondidas de forma satisfatória pode levar à crise do paradigma vigente, abrindo espaço para o surgimento de teorias revolucionárias, que propõem a substituição do objeto e da forma como as perguntas devem ser feitas, revendo as premissas de um modelo". (MORGADO, 2011, p.64).

As instituições também estão diferentes em relação ao que representavam na concepção clássica, afirma Morgado (2011). Ela ressalta que o Legislativo vivenciou uma crise da função legislativa, traduzida em uma mudança das características das normas, que, deixaram de ser genéricas e ganharam um caráter individualizado. Além disso, tal crise demonstra ausência de conhecimento técnico dos parlamentares, dificuldade de adaptação às necessidades atuais, a frequência de medidas de urgência, dentre outros aspectos. A autora descreve uma outra crise do Legislativo, a de legitimidade, causada por partidos fragmentados em consequência da não fidelidade partidária, produto de interesses individuais colocados à frente das vontades do povo.

O Executivo sofreu transformações, diante das necessidades sociais que passaram a ter de implementar. Assim, a autora descreve um poder encurralado pela inércia de um Legislativo e pelo próprio dever de atuação, o que o fez regulamentar administrativamente, ou com o uso de medidas provisórias, temas que se relacionavam ao atendimento dos interesses indispensáveis da sociedade. O Judiciário, como já adiantado, passou a desempenhar uma atividade diferenciada, pois a interpretação das leis começou a exigir uma coerência com uma Constituição com valores mais amplos. As decisões precisavam acompanhar um novo formato da realidade, que atendesse aos direitos sociais, temática, inclusive, já abordada no capítulo preliminar.

Diante de uma configuração tão diversa dos poderes, Morgado (2011) entende que não há espaço para uma concepção clássica da teoria. A autora ressalta a sua imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito, mas afirma que ela já não pode possuir o mesmo sentido de antes. Por isso, a autora sugere um novo formato, fundamentado em três pilares, sendo o primeiro deles pertencente à ideia de Ackerman (2007).

A especialização funcional determina as funções específicas de cada poder na separação original dos poderes. Como as circunstâncias lhes obrigaram a realizar funções atípicas, perdeu o sentido se manter a ideia primária de especialização funcional. A autora entende que existe uma “especialização funcional temperada”, que possibilita a realização das funções atípicas. Diante do desequilíbrio entre os poderes, originado pela inércia dos poderes políticos e pela interferência do Poder Judiciário, ela alerta, entretanto, que há limites para a execução de funções acessórias, que ela identifica presentes nas capacidades institucionais. Trata-se de observar o profissionalismo com o qual as atividades são desenvolvidas por cada poder. Já se trabalhou neste capítulo a ideia de profissionalismo que Ackerman (2007) empreende a sua proposta de nova separação de poderes, e é o mesmo sentido que Morgado (2011) adota. No entanto, ela adiciona a sua própria percepção voltada à capacidade

institucional ao profissionalismo abordado pelo autor norte-americano. A capacidade, diz a autora, está relacionada à habilidade do poder. Ela cita algumas deficiências do Poder Judiciário, tais como prazos pequenos e falta de conhecimento técnico sobre assuntos, para exemplificar situações em que, na falta de capacidades a ele, sua interferência deve ser a mínima possível, devendo ser observado, entretanto, situações em que direitos sociais são atingidos ou ameaçados e exigem uma urgente intervenção.

O controle recíproco para a prática dos poderes é outro aspecto da nova ideia que Morgado (2011) defende, e já foi explanado anteriormente. Não há mais espaço para um Estado de conduta negativa, como antes a separação de poderes exigia para que não houvesse abuso de poder. E essa exigência, junto à ineficiência dos poderes políticos na implementação dos direitos sociais e à responsabilização constitucional do Judiciário para a proteção dos direitos colocam este poder como protagonista no cenário político, em ações que, normalmente, seriam exercidas pelos outros poderes.

Diante disso, Morgado (2011) sugere o diálogo entre os poderes, para somar as capacidades institucionais e minimizar a necessidade de intervenção de um poder na esfera do outro para realização de controle. A autora condena a perspectiva de fragmentação, separação, e aposta em uma cooperação entre os poderes. Para ilustrar sua proposta, ela cita uma reprogramação da jurisprudência, por meio da qual o Legislativo edita ou corrige lei para contrastar ou reproduzir interpretação judicial; os sistemas brandos de controle de constitucionalidade estrangeiros, que apenas declaram a inconstitucionalidade do ato, mas é o Legislativo que determina se ele será anulado ou não.

O formato da nova teoria da separação de poderes sugerido por Morgado (2011) é apenas normativo, assim como o de Ackerman, e possui diferenças pontuais em relação ao deste. É mais uma ideia que demonstra a insatisfação com a clássica divisão de poderes.

4.4.2.2 A nova ideia de separação de poderes: perspectivas além da esfera nacional

Vile (1998) entende que os conceitos da teoria da separação de poderes são diferenciados dos de quando ela surgiu. Antes o foco era a ação do monarca, hoje é o risco à liberdade. O autor ressalta a existência do formato puro da teoria, que dividia as funções do Estado como tradicionalmente se conhece e exige que cada uma delas seja exercida por pessoas diferentes. Ele critica a desconsideração de um poder arbitrário, o que se mostrou impróprio por meio do reconhecimento de que algumas atividades exigem um governo mais impositivo, como as que cuidam de atividades coletivas. O autor explica que a separação pura exige total

divisão das funções, e a realidade exige que hoje as funções possam ser exercidas pelos três poderes.

As críticas de Vile (1998) à divisão de poderes também permeiam a análise funcional do governo. Da forma que estão descritas as funções do Estado, é claro que quaisquer de seus servidores realiza cada uma delas e todos os atos do governo são formados pela junção dessas atividades. Além disso, quanto à visão de rigidez, presente na perspectiva pura de separação, o autor aponta a necessidade de certa discricionariedade exigida pelas decisões políticas. Em verdade, ele dispensa a organização em dois poderes e defende uma própria ideia, que possui dois níveis de funções. No nível primário há quatro funções básicas: a de fazer regras; a função discricionária (que tem crescido especialmente nas relações estrangeiras); a atividade de aplicar as regras, e a de interpretá-las. Esse nível cuida dos relacionamentos estabelecidos entre o governo e o cidadão e entre governo e Estados estrangeiros. No nível secundário, que observa as relações internas das partes do governo, há controle (exige equilíbrio entre os poderes e os grupos que exercem pressão a suas atividades) e coordenação (as funções são combinadas).

O equilíbrio buscado pela teoria de separação de poderes, explica Vile (1998), deve ser uma procura não só entre os três conhecidos poderes, mas também entre o governo e os grupos que o controlam por meio de pressão a suas atividades, por exemplo, como a imprensa e os partidos políticos.

A justificação que Vile (1998) oferece para a uma nova ideia de separação de poderes é bastante próxima da que Ackerman (2007) elaborou. Trata-se do surgimento da justiça social como um valor dos novos ideais ocidentais, o que força o Estado a oferecer mais aos indivíduos, tornando a formatação de três poderes insuficientes.

Masterman (2011) observa uma separação de poderes contemporânea a partir do Reino Unido. O autor discorre sobre a edição de dois instrumentos normativos que significaram reformas constitucionais àquele sistema de governo, o Ato de Direitos Humanos (1998) e o Ato de Reforma Constitucional (2005), que instituiu a Suprema Corte do Reino Unido. A perspectiva inicial sobre o que representou cada uma desses atos já foi trabalhada anteriormente, o que permite um avanço ao caso específico da divisão de poder. Antes de chegar a um arranjo recomendado, o autor analisa aspectos conhecidos da separação pura. Assim, reconhece a dificuldade de se esclarecer o que significa cada função, enfatizando a impossibilidade de se prever certas atividades do governo e quem efetivamente as realiza, o que também não pode ser questionado por falta de possibilidade. O controle que um poder exerce em relação aos outros pode parecer interferência e a rigidez da divisão é impossível de ser alcançada.

O arranjo que circunda a separação contemporânea pontuada por Masterman (2011) é a independência institucional do Poder Judiciário no Reino Unido, projetada pela criação da Suprema Corte, e a determinação de direitos individuais por esse poder. É importante, entretanto, que as cortes observem os processos de produção das decisões realizados pelos poderes políticos, trabalhando com deferência a eles e com proporcionalidade na intervenção que inevitavelmente realizem por meio da revisão judicial. Além disso, o autor afirma que os direitos humanos produzem distinções rígidas entre os poderes, mas que se direcionam à observação da expertise institucional.

Um aspecto final é apresentado por Masterman (2011) sobre a separação de poderes contemporânea. Descreve ele que a aceitação da possibilidade de o Judiciário definir requerimentos de lei em determinadas situações, em que isso é negado aos poderes políticos, significa que os julgamentos possuem força normativa. Se o Ato de Direitos Humanos for revogado e ainda assim o raciocínio jurídico se mostrar sustentável diante disso, a separação contemporânea consiste em características materiais da Constituição.

Möellers (2013) defende que a ideia atual de separação de poderes é sustentada por uma ideia errônea, baseada na ascensão de um Executivo político e no declínio do parlamentarismo; na ascensão do Estado administrativo e na proliferação de revisões constitucionais; na privatização de estruturas reguladoras e etc. Qual é o problema, segundo o autor? A princípio, a ideia contemporânea não descreve sua antecessora, apenas a descarta, e se detém a um dos poderes quando conceitua a separação. Quanto ao conceito, ele insere três significados comuns: a divisão estrutural das partes da política; *checks and balances*; ramos do Estado e a proibição da usurpação de poder entre eles. O autor entende que eles não são suficientes para definir a divisão de poderes, pois não observam a autodeterminação. Ele então incorpora essa perspectiva normativa conceitual, tendo em vista que a autodeterminação representa a possibilidade de tomar decisões livremente e é conceito básico de legitimidade. O autor considera a divisão de poderes um modelo de legitimidade.

Vibert (2007) insere a ideia de reformular a separação de poderes em razão da ascensão da importância de organismos não eleitos em nossas vidas, chamados pelos cientistas políticos de “instituições não-majoritárias”, ou ainda pela sociedade em geral, “agências, organizações não governamentais quase autônomas, paraestatais, organismos da administração pública indireta, autoridades, escritórios, comissões, centros, institutos e tribunais. Trata-se de bancos centrais independentes, gerenciadores de risco, auditorias. Tais organismos são prestadores de serviços, assessores de risco que monitoram os riscos de investimento, observadores das

relações entre mercado e Estado, os que exercem auditoria, uma nova geração de tribunais voltada para o aspecto da arbitragem.

Sua justificativa é a de que a grande importância de tais organismos em nosso cotidiano faz com que eles sejam vistos como um novo poder do governo. As vantagens são a de que eles fornecem informações mais confiáveis e conhecimento de qualidade, pois produzem seus resultados a partir do componente empírico e da realização de testes, ao contrário dos políticos, que apresentam juízos de valor, tendo em vista a estrutura ruim do Estado e o objetivo que eles possuem, o da reeleição, ao contrário dos não eleitos, que buscam a credibilidade entre seus beneficiários.

A nova separação de poderes, na visão de Vibert (2007), mostra duas mudanças, ela se volta aos interesses do eleitor e produz um choque nas tradicionais instituições eleitas. Além disso, o povo consegue perceber melhor a responsabilidade de cada instituição envolvida na produção de decisões políticas. Os organismos não eleitos trabalham com a expertise funcional, portanto, produzem resultados especializados. Além disso, são independentes para nomear os melhores procedimentos para a análise dos fatos e são mais motivados a difundir os fatos e suas avaliações. Desta forma, o povo ganha com essa nova ideia de separação de poderes, conforme Vibert (2007), pois a independência dos não eleitos fornece informações confiáveis e mais caminhos para a responsabilização dos atores políticos, visto que suas ações se tornam mais definidas.

É notória a insatisfação de autores com a ideia ou a interpretação tradicional da separação de poderes. As justificativas para a proposição de novos modelos vão desde a necessidade de adequação da estrutura de organização do Estado às novas realidades sociais e políticas até o aumento da atuação de certas instituições e a melhor responsabilização dos eleitos.

A ideia de Ackerman (2007) se propõe a formular mecanismos em que o povo possa participar mais dos processos de produção da decisão política, a prescrever melhores formas de proteção dos interesses públicos, e a fornecer um arranjo mais flexível e cooperativo entre os três poderes, diferente do modelo tradicional de divisão baseado em uma interpretação errada da teoria produzida por Montesquieu (2010).

5 CONCLUSÃO

A pesquisa foi desenvolvida em torno do problema de se entender a natureza da separação de poderes brasileira evidenciada na realização da judicialização da política pelo STF no caso da fidelidade partidária de 2007. A questão era perceber se, ao praticar judicialização da política no Brasil, a separação de poderes considerada era a tradicional ou se ela se adequava à nova ideia de separação de poderes apresentada por Ackerman em obra sobre o tema. Para desenvolver a pesquisa, foram analisadas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da fidelidade partidária.

A construção do trabalho se iniciou a partir da consideração de que a judicialização da política é um fenômeno que lida com a dificuldade de se compreender como é possível que o Judiciário intervenha em espaços que tradicionalmente não lhe foram destinados, e execute atividades tipicamente desenvolvidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. A razão dessa dificuldade são implicações da separação de poderes que aquele fenômeno evidencia de forma inquestionável: a complexidade de se estabelecer os limites para o controle que cada poder exerce em relação ao outro e a de se definir quais funções podem ser exercidas por cada um deles.

Portanto, o capítulo primeiro cuidou de examinar a judicialização da política, enfrentando determinações conceituais, por vezes problemáticas, estabelecendo as condições em que se vislumbra uma facilitação de seu acontecimento até a possibilidade da sua realização, diante das implicações mencionadas. A ocorrência do fenômeno no Brasil foi trabalhada a partir da observação de como essa conduta do Judiciário acontece em diversas esferas até se chegar ao STF, grande expoente na prática de judicialização da política. O objetivo deste capítulo foi apresentar o fenômeno da judicialização da política, demonstrando como ele torna perceptíveis as imprecisões de limites de exercício de funções e de controle aos outros poderes, e como ele ressalta a insuficiência da teoria clássica da separação de poderes, para entender a dinâmica política contemporânea.

A expressiva realização de judicialização da política no Brasil, especialmente pelo STF, tornou clara como esse fenômeno não atende aos requisitos de rigidez que uma separação de poderes clássica expressa. De fato, sempre que se estuda separação de poderes é possível se perceber a sua incoerência, em especial a partir da judicialização da política. A ideia de um poder intervindo em um espaço que rigidamente foi destinado a outro poder consequentemente é interpretada como desrespeito à separação de poderes que, a princípio, surgiu para estabelecer limites para cada um dos poderes do Estado. O primeiro capítulo atingiu seu objetivo.

No segundo capítulo, procurou-se entender como o STF realizava a judicialização da política, considerando-se as duas implicações já mencionadas e a separação de poderes em si. Foi selecionada a atuação do Tribunal ao julgar a fidelidade partidária em 2007, em razão da grande quantidade de questões que evidenciam como o STF enfrentou a problemática envolvendo os limites e as funções dos poderes. Desta forma, o objetivo era verificar se o STF praticou judicialização da política ou ativismo judicial, demonstrando por meio de um caso prático a discussão quanto aos limites das funções dos poderes e aos limites ao controle de um pelo outro. O intuito foi provar que a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 22.602/2007 é representativa do ativismo judicial, demonstrando como o Poder Judiciário atua de forma incompatível tanto com a concepção clássica, como com a nova separação de poderes. Como a decisão modificou entendimento anterior do STF sobre a matéria, foi imprescindível analisar também a decisão diferenciadora, segundo a literatura, quanto ao que a o Tribunal decidia antes.

As decisões foram reunidas, além de outras que também tratavam do tema, e, posteriormente, selecionadas. Optou-se pela utilização do método da análise de discurso com o intuito de se procurar mensagens ocultas, ideologias, excessos na execução de funções, respeito à atividade legislativa, dentre outros elementos que pudessem explicar como o tribunal atuou naquele momento. Houve uma definição já explanada acerca da forma de seleção das decisões e do período temporal.

O discurso de cada ministro, concretizado em forma de voto, demonstrou que, de forma geral, na primeira decisão (MS nº 20927/1989), a maioria do STF adotou uma conduta autorestritiva, com uma preocupação em decidir dentro dos limites da função de julgar, realizando interpretação positivista, ou seja, baseada na lei. A Constituição de 1988 não havia tratado da fidelidade partidária, e o caso a ser julgado tratava de questões de perda de mandato diante de migração partidária. O STF, portanto, decidiu por deixar que o Legislativo cuidasse das regras sobre esse instituto, estabelecendo o entendimento de que o mandato pertencia ao eleito.

A mudança desse entendimento ocorreu em 2007, quando o STF já se mostrou ativista, avançando na atividade de produção de normas ao aceitar a conduta do TSE de criar situação de perda de mandato e regulamentar, por meio de resolução, a fidelidade partidária. O cenário tornou impossível que se percebesse separação de poderes, não se via limites entre o Judiciário e o Legislativo, e o STF, como a corte suprema, última palavra da Justiça brasileira, segundo a Constituição, colaborou com a formação caótica presente.

Aliás, a existência de uma corte tão poderosa, que emite a palavra final sobre as questões de constitucionalidade, que decide se interfere ou não em assuntos políticos, demonstra que a separação de poderes brasileira se encontra perdida em meio a uma observação atenta da ideia que se consagrou para a organização das tarefas do Estado. O capítulo conseguiu alcançar seu objetivo, portanto.

No terceiro capítulo, finalmente, procurou-se averiguar a possibilidade de existência de uma nova separação de poderes, na qual se identifica a flexibilidade do exercício das funções dos poderes para que se possa atender à nova perspectiva democrática. Trabalha-se com a hipótese de que existe uma nova separação de poderes atualmente, em que a divisão das funções dos poderes é mais flexível, com o fim de atingir à nova concepção de Estado.

A separação de poderes precisava ser examinada, desde a sua concepção mais famosa, a de Montesquieu, até a nova ideia que Ackerman apresenta. Desta forma, foi construída a descrição histórica sucinta dessa teoria.

A nova ideia de Ackerman mostra uma forma criativa de se maximizar as potencialidades de divisão das funções do Estado. O objetivo de separar o poder não é mais o de evitar a tirania, em uma meta mais direta, mas sim o de concretizar os direitos dos cidadãos a partir da perspectiva surgida com o *Welfare State*, e herança da Segunda Guerra Mundial. Os interesses mudaram em razão de uma nova configuração social, o que exige do Estado uma atuação mais conjunta e flexível. Não há mais espaço para a rigidez de outrora, os poderes podem assumir as funções que antes apenas eram exercidas pelos outros. Não sem limites, e em sua integridade, é claro.

O modelo de Ackerman é diferente desde o sistema político no qual ele vislumbra a nova formatação, algo que ele chama de “parlamentarismo limitado”. Os poderes sugeridos são outros, com atividades modificadas, diante do que a sociedade quer e precisa, e a perseguir três ideais essenciais ao bom funcionamento do Estado: a democracia, a competência profissional e a proteção dos direitos fundamentais.

É uma ideia nova, criativa e que, em comparação com a literatura, brasileira e estrangeira, examinada neste capítulo último, ganha destaque quanto às suas possibilidades de se atingir um resultado mais completo, tendo em vista que alguns problemas persistem na formatação daqueles autores, se houver apenas uma modificação do papel dos poderes já existentes. O capítulo atingiu seu objetivo.

A análise permitiu compreender que o Brasil também não aceita uma separação de poderes nos moldes de Ackerman, pois ainda trabalha com a possibilidade de expansão da atuação dos poderes, o que continua a esbarrar na problemática gerada por aquelas implicações

e que a judicialização da política tão bem demonstra. A separação de poderes brasileira não se ajusta à separação clássica, apesar de se apegar a ela, nem se adequa à ideia de Ackerman, um referencial de perspectiva teórica que tem se destacado ao longo dos últimos anos. Assim, persistem as dificuldades de se compreender a judicialização da política, em especial no que se refere a sua realização.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. Trad. José Manuel Salazar. México: FCE, 2007.

_____. Adeus Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/18909/17652>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 2004. p. 178. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/68489>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. Malheiros Editores Ltda: São Paulo, 2005.

ALMEIDA NETO, Manuel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. **Revista Caribeña de Ciências Sociais**, 2013. Disponível em: <<http://caribeña.eumed.net/separacao-funcoes-poderes/>>. Acesso em: 16 dez. 2014.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 14, n. 39, fev., 1999, p.83-102.

_____. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC, Editora Sumaré, FAPESP, 2002.

_____. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antônio Octávio. **Sistema político brasileiro: uma introdução**. 2 ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Fundação Konrad Adenauer, Editora UNESP, 2007. cap. 3, p.81-108.

_____. Cortes constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

ARAÚJO, Gisele Silva. Participação através do direito: a judicialização da política. In: **VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, Martin Claret: 2013.

AVRITZER, Leonardo. Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BAKER, Andy. Reformas liberalizantes e aprovação presidencial: a politização dos debates dapolítica econômica no Brasil. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v.45, nº 1, 2002, p.77-98.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz; REGIS, André. Por que o Supremo Tribunal Federal é tão poderoso? uma análise sobre a agenda Executivo-Legislativo. In: VIII Encontro da ABCP, 2012. **Anais do VIII Encontro da ABCP**, Gramado: ABCP, 2012. p. 1-19.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. 4 ed. janeiro/fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEZERRA, Gabriele E. **O STF ante a separação de poderes: diálogo institucional no caso fidelidade partidária**. São Paulo: SBDP, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Moura. Trad. e notas Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BODIN, Jean. **Os seis livros da república**: volume três. Ícone Editora: São Paulo, 2011.

BÖLTER, Serli Genz. Judicialização dos conflitos sociais: das demandas individuais para a produção da ordem jurídica. In: **XIV Congresso Brasileiro de Sociologia**. 28 a 31 jul. 2009, Rio de Janeiro: UCS, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. Tradução Henrique A. Rego Monteiro. 2 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. Código Eleitoral (1965). **Lei nº 4737 de 15 de julho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. Constituição (1967). **Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. **Emenda Constitucional nº 25 de 15 de maio de 1985**. Altera dispositivos da Constituição Federal de 1988 e estabelece outras normas constitucionais de caráter transitório. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em 20 jul. 2015.

_____. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/hpsenado>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?>>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Fidelidade partidária**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/fidelidade-partidaria>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BULYGIN, Eugenio. Los jueces crean derecho? In: **Isonomía**. n.º 18. Buenos Aires. abr./2003, p.7-25.

CANELLO, Júlio. Comentários à organização dos poderes: aspectos da teoria política, Direito Constitucional e a institucionalidade brasileira. In: **Revista Sociais e Humanas**, v. 21, n.1, 2008. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/768/527>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

CAMPBELL, T. **Separation of powers in practice**. Stanford-California: Stanford University Press, 2004.

CAREGNATO, Rita Catalina Aquino; MUTTI, Regina. Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo. In: **Texto Contexto Enfermagem**. Florianópolis, 2006 Out-Dez, p. 679-684. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/tce/v15n4/v15n4a1>. Acesso em: 25 jul. 2014.

CARTAXO MELO, Thiago da Costa. **O itinerário jurisprudencial do instituto da fidelidade partidária**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/o-itinerario-jurisprudencial-do-instituto-da-fidelidade-partidaria/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. A judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. In: IV Encontro Nacional da ABCP, Rio de Janeiro, 2004. **Anais do IV Encontro da ABCP**. Rio de Janeiro, 2004.

_____; MARONA, Marjorie Côrrea. Por um conceito operacional de judicialização da política. In: VII Encontro da ABCP, Recife, 2010. **Anais do VII Encontro da ABCP**. Recife, 2010. p.1-30.

CARVALHO, Franklin Ramos de. O poder normativo conferido às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral e a perda do cargo eletivo por infidelidade partidária. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10837&revista_caderno=28>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CARVALHO E SILVA, Rodrigo Freire. Fidelidade partidária: um imperativo para a consolidação da democracia brasileira. **Revista Espaço Acadêmico**, n 63, ago./2006. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/063/63silva.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, 12 (34), 1997.

CASTRO, José Augusto Dias de. **Separação de poderes e exercício da função política no Brasil**. Brasília, 2010. 164f. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público.

CEZARIO, Leandro Fazollo. O espírito das leis (l'esprit des lois) e o Federalista (the federalist papers): características correlacionais em ambas as obras e as influências de Montesquieu sobre os pensamentos de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 30 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27341>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goitacazes, ano II, n. 2 e ano III, n. 3, p. 135-144, 2001-2002.

_____; COLODETTI, Helena. Separação de poderes no Brasil Contemporâneo. In: **Boletim CEDES**. abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.cis.pucRio.br/cis/cedes/PDF/abril_2013/Separacao_de_Poderes_no_Brasil_Contemporaneo.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2015.

DA ROS, Luciano. Poder de decreto e *accountability* horizontal: dinâmica institucional dos três poderes e medidas provisórias no Brasil pós-1988. In: **Revista de Sociologia e Política**. v. 16, n. 31, nov., 2008, p. 143-160.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS (1948). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

DICIONÁRIO DA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 22 ed., 2010. Disponível em <<http://lema.rae.es/drae/?val=transfugismo>>. Acesso em: 18 de setembro de 2014.

DICIONÁRIO DE EXPRESSÕES LATINAS. São Paulo: Rideel, 2009.

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Trad. Sandra Guardimi Teixeira Vasconcelos. São Paulo: USP, 1999.

DUARTE, Fernanda; GODINHO, Marcello S. The rule of law and democracy. In: **Revista JC**, 2010. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2010/07/the-rule-of-law-e-a-democracy/>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

DUIGNAN, B. **The Executive Branch of the federal government: propose, process and people**. New York: Britannica Educational Publishing, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América (1787)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. In: **Revista Direito GV**, 2013, vol.9, n.1, p. 23-45. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000100002>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise de discurso**. 14 ed. São Paulo: Contexto, 2008.

FREITAS, Andréa. Migração partidária na Câmara dos Deputados: 1987 a 2009. In: **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 55, n. 4, 2012, p. 951-986.

FURCHTGOOTH-ROTH, H.W. **A tough act to follow?** The telecommunication act of 1996 and the separation of powers. Washington DC: American Enterprise Institute, 2006.

GARGARELLA, Roberto. Crisis de representación y constituciones contramayoritarias. In: **Isonomia, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 2, abr., 1995, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.], p. 89-108.

_____. La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. In: **Pensamiento Jurídico Contemporáneo**, n 3, Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GERANGELOS, P. **The separation of powers and legislative interference in judicial process: constitutional principles and limitations**. Portland-Oregon: Hart Publishing, 2009.

GILL, Rosalind. Análise de discurso. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. 12 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 244-270.

GOMES, Carlos Frederico de Sousa Costa. **A dinâmica da separação de poderes nas constituições brasileiras e os contornos de uma possível reconfiguração**, 2013. Disponível em: <<https://idag.com.br/site/artigos.php?sc=6&id=1558>>. 2013. Acesso em: 17 dez. 2014.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 11 de julho de 2015.

GUEDES, Juliana Santos. **Separação dos poderes? o poder executivo e a tripartição de poderes no brasil**. Salvador, 2012. Disponível em: <www.unifacs.br/REVISTAJURIDICA/.../dis16.doc>. Acesso em: 17 dez. 2014.

GUEDES GOMES, Fábio. Conflito social e Welfare State: Estado e desenvolvimento social no Brasil. In: **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, p.201-36, mar./abr, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n2/v40n2a03.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

JARDIM-ROCHA JÚNIOR, José. Problemas com o governo dos juízes: sobre a legitimidade democrática do judicial review. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n 38. 151. jul-set/2001. p. 155-278.

KELSEN, Hans. **Teoria general del estado**. Barcelona: Labor, 1934.

LAX, Jeffrey R.; MCCUBBINS, Mathew D. **Courts, congress, and public policy, Part I: The FDA, the courts, and the regulation of tobacco**. San Diego Legal Studies Paper, p. 07-42, 2006.

LEITE, Gisele. **Judicialização e democracia**. Jus Brasil. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <<http://giseleleite2.jusbrasil.com.br/artigos/138167858/judicializacao-e-democracia>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

LEMBO, Claudio. **A fenomenologia dos trãnsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro**. 2007. Disponível em: <http://www.cepes.org.br/home/index.php?option=com_content&view=article&id=168:a-fenomenologia-dos-transfugas-o-cenario-politico-eleitoral-brasileiro&catid=35:artigos&Itemid=55>. Acesso em: 20 jul. 2014.

LIMA, Rogério de Araújo. Os artigos federalistas: A contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 48, n. 192, p. 125-136, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242934/000936215.pdf?sequence=3>> . Acesso em: 08 fev. 2016.

LIMONGI, Fernando Papaterra. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. v. 1. Editora Ática: São Paulo, 2004.

LIJPHART, Arendt. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, Constituição e Justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. In: **Revista de Sociologia e Política**, n. 17, 45-52, nov., 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Martin Claret: São Paulo, 2002.

LOPES, Leonardo Gomes. Contradição entre judicialização e ativismo judicial. In: **Debates culturais: debates de ideias e opiniões**. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.debatesculturais.com.br/contradicao-entre-judicializacao-e-ativismo-judicial/>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. In: **Lua Nova**, n. 57, 2002. p. 113-134.

MADISON, James; JAY, John. HAMILTON, Alexander. **Os federalistas**. Belo Horizonte. Editora Líder, 2003.

MAIA, Clarissa Fonseca. **O ativismo judicial no âmbito da justiça eleitoral**. Fortaleza, 2010. Disponível em: <<https://uol01.unifor.br/oul/conteudosite/F106634103/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2013.

MAINGUENEAU, Dominique. **Novas tendências em análise do discurso**. 3 ed.. Campinas: Pontes, 1997.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. In: **Revista Jurídica "9 de Julho"**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, v.2, jul. 2003, p. 235-256.

MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. In: **Opinião Pública**, Campinas, vol. 15, n. 2, nov., 2009, p.422-450.

MASTERMAN, R. **The separation of powers in the contemporary Constitution**: judicial competence and Independence in the United Kingdom. United Kingdom: Cambridge University Press, 2011.

MATOS, N. J. C. Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes: Montesquieu republicano e a exegese de a Constituição da Inglaterra. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza-CE. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. p. 4614-4626. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3547.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da judicialização da política do Brasil: As ADINS dos partidos políticos. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, jul.-set/2004, p. 31-50.

MELO, Carlos Ranulfo Felix. Partidos e migração partidária na Câmara dos Deputados. In: **Dados**. vol.43, n.2, 2000. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582000000200001>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. Migração partidária, estratégias de sobrevivência e governismo na Câmara dos Deputados. In: TAVARES, José Antonio Giusti (Org.). **O sistema partidário na consolidação da democracia brasileira**. 1 ed. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2003, v. 1, p. 163-226.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MÖELLERS, C. **The three branches**: a comparative model of separation of powers. Great Britain: Oxford University Press, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Roque; GALIAZZI, Maria do Carmo. **Análise textual discursiva**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.

MORGADO, Cíntia. A nova face da separação de poderes- capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. In: **Revista Direito Processual Geral**. Rio de Janeiro, 2011, pp 64-93. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1170287/DLFE-58413.pdf/REVISTA6664.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança: mandado de injunção, ação civil pública, ação popular, habeas data**. 2 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. 8 ed. Campinas: Pontes, 2009.

PÊCHEUX, Michel. **O discurso: estrutura ou acontecimento**. Tradução Eni Puccinelli Orlandi. 3 ed. Campinas: Pontes, 2002.

PENNA, Camila. Uma análise da influência de Locke, Montesquieu e Rousseau no pensamento federalista estadunidense. In: **Pensamento Plural**. Pelotas, p. 65-83. Janeiro-junho/2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/pensamentoplural/article/view/69/2971>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

PELICIOLI, Angela. C. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 43, n. 169. jan/mar 2006. p. 21-30. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92742/Pelicioli%20Angela.pdf?sequence=2>>. Acesso em 17 dez. 2014.

PETRACIOLI, Rafael da Silveira. Ativismo judicial, democracia e direito eleitoral. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2281, 29 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13579>>. Acesso em: 20 de ago. 2014.

ROESLER, Claudia Rosane; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Judicialização do direito: análise de decisão de controle concreto de constitucionalidade abstrativizada como base para a possibilidade de avaliação de sua racionalidade. In: **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 14, n. 2, p.240-254, jan.jul/2009.

ROJAS, Rodrigo Anaya. Ministério público. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. 1 ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

RUGGERO J. Aldisert. Judicial declaration of public policy. In: **The Journal of Appellate Practice and Process**, v. 10 2009. Disponível em: <<http://lawrepository.ualr.edu/appellatepracticeprocess/vol10/iss2/2>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SAMUELS, D. J.; SHUGART, M.S. **Presidents, parties and prime ministers**: how the separation of powers affects party organization and behavior. New York: Cambridge University Press, 2010.

SANTOS, Leticia Pimenta Madeira. A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1748, 14 abr., 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11156>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

SILVA, Valdeonne Dias da. Ativismo judicial e judicialização da política: meios de concretização dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 19, n. 4002, 16 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28333>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

SIMÕES, Bruna Carvalho Alves. A evolução do constitucionalismo. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47359&seo=1>>. Acesso em: 01 fev.2016.

SIN, G. **Separation of powers and legislative organization**: the president, the senate and political parties in the making of house rules. New York: Cambridge University Press, 2015.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M.. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v.50, n. 2, 2007, p. 229-257.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre e racionalidade jurídica e decisão política. In: **Revista Direito GV**. São Paulo, 2012, jan-jun. p. 37-58.

THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VALE, Tereza Cristina de Souza Cardoso. Justiça eleitoral. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. 1 ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras Da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**. São Paulo. p. 389-406, jul-dez, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2>>. Acesso em: 15 de set. 2014.

VIA, Alberto Dalla. Los jueces frente a la política. In: **Isonomía**. n. 22, Buenos Aires, abril/2005, p. 20-38.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. In: **Revista Tempo Social**, 2007, v.19, n.2, p. 39-85. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

_____. A judicialização da política. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

VIBERT, F. **The rise of unelected**: democracy and the new separation of powers. New York: Cambridge University Press, 2007.

VILAMALA, Josep Maria Reniu. In: **Diccionario Crítico de Ciências Sociais**. 2009. Disponível em: <<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/transfuguismo.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2 ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

ZAULI, Eduardo Meira. Justiça eleitoral e judicialização das eleições no Brasil. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 102, p. 255-289, jan./jun. 2011.