



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 3250 - PGR-AF

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.603 - 1

IMPETRANTE : PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA – PSDB

IMPETRADO : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

RELATOR : Exmo. Sr. Min. **CELSO DE MELLO**

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DA PRESIDÊNCIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, “INFIDELIDADE PARTIDÁRIA”. MUDANÇA DE PARTIDO. TITULARIDADE DO MANDATO. CONSULTA TSE Nº 1.398. PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR E ILEGITIMIDADE ATIVA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ADICIONAL. NÃO CONHECIMENTO. SISTEMA PARTIDÁRIO. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. TEORIA DO MANDATO REPRESENTATIVO. ART. 55, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ROL TAXATIVO. DIRETRIZ REDEMOCRATIZANTE. EC N.24 DE 1985. IMPOSSIBILIDADE DE PREENCHIMENTO DE LACUNA IDEOLÓGICA DE IURE, CONDENDO. MATÉRIA SUBMETIDA À RESERVA CONSTITUCIONAL. JURISPRUDÊNCIA DESSA CORTE NESSE SENTIDO.

1. O interesse de agir e a legitimidade ativa ad causam do representante decorrem da redução de sua representatividade na Câmara dos Deputados.

2. A Constituição Federal não admite, expressa ou implicitamente, a perda de mandato parlamentar como penalidade por mudança de

partido político. Consagração do mandato representativo popular.

3. O direito comparado e a tradição constitucional brasileira respaldam a força representativa da soberania do povo para reforçar a irrevogabilidade do mandato.

4. Necessidade de respeito ao artigo 16 da Constituição Federal na hipótese da mudança de orientação jurisprudencial em homenagem à segurança jurídica.

Parecer preliminar pelo não conhecimento do writ e, no mérito, pela denegação da ordem. Eventualmente, no caso de mudança de orientação dessa egrégia Corte, opina pela modulação dos efeitos temporais da decisão para a próxima legislatura.

1. Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, interposto pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, em face de ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Arlindo Chinaglia, que negou provimento ao pedido administrativo formulado pelo impetrante no sentido de declarar a vacância dos mandatos dos parlamentares que se desfiliaram do PSDB, sob o fundamento de ausência de previsão no § 1º do art. 239 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

2. Sustentam os impetrantes, com base no entendimento esboçado na Consulta nº 1398, formulada ao Tribunal Superior Eleitoral, o direito de reaver as cadeiras ocupadas por parlamentares que mudaram de partido durante o mandato, sob alegação de que:

- (a) a impetração do *mandamus* não ofende o princípio constitucional da separação dos poderes, pois o Supremo Tribunal Federal reconhece a plena atuação do Poder Judiciário quando se constatar a ofensa de qualquer direito assegurado pela Constituição da República, o que se revela no presente caso;
- (b) o impetrante, na qualidade de partido político, tem o direito líquido e certo de manter as vagas obtidas nas eleições e ocupadas por candidatos a ele filiados, como veio a proclamar o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral;

- (c) os partidos não poderiam ter por encampado o direito de representação em face da conduta de mandatários que adotaram outras ideologias político-partidárias, pois o melhor entendimento prescreve que o partido político pode preservar, em face dos pressupostos do sistema representativo proporcional, a vagas obtidas em decorrência do quociente eleitoral .

3.O Ministro Relator (fls. 65) determinou a intimação da apontada autoridade coatora para manifestar-se quanto ao pedido liminar, bem como a citação dos litisconsortes passivos necessários.

4.O Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Arlindo Chignaglia, nas informações de fls.78-84, apresentou os fundamentos da decisão ora combatida e consignou a interpretação da Câmara dos Deputados no sentido de que é defeso à Presidência da instituição acolher o pleito do impetrante, por inexistir amparo legal ou jurisprudencial, porquanto não há no direito positivo brasileiro norma constitucional que abrigue a pretensão manifestada nos presentes autos. Sustentou ainda, que a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral não se reveste do atributo da executoriedade, porquanto não teria força para sujeitar a Câmara dos Deputados a sua observância.

5.Os litisconsortes citados apresentaram contestação, conforme brevemente será resumido a seguir:

A) Djalma Vando Berger

Aduz às fls. 86-98:

- que o Supremo Tribunal Federal, após o advento da Constituição Federal de 1988, por mais de uma vez já examinou a hipótese da possível perda de mandato por infidelidade partidária, tendo concluído pela impossibilidade dessa decretação, em face da previsão contida no artigo 55 da Constituição;
- que acolher a impetração significaria integrar, por decisão do Judiciário, que não tem poderes para emendar a Constituição, ao elenco exaustivo previsto no artigo 55 da Carta, mais uma hipótese de perda de mandato;
- que não há que falar em renúncia tácita ou presumida do parlamentar que se desliga de agremiação partidária para ingressar em outra, já que, nesse caso, há o claro elemento volitivo de prosseguir no exercício do

mandato, e não a vontade de renunciar a esse exercício.

B) Átila Freitas Lira

Alega às fls.166-183 :

- que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a troca de legenda partidária não acarreta a automática perda de mandato eletivo;
- que o rol do artigo 55 da Constituição Federal, que prevê as causas de perda de mandato parlamentar, é taxativo, não cabendo, portanto, ao Judiciário estabelecer outras hipóteses que não aquelas expressamente previstas;
- que o ordenamento jurídico pátrio abarcou o preceito clássico do “*exceptiones sunt strictissime interpretationis*”, segundo o qual a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica. Desta forma, as restrições ao direito dos parlamentares ao exercício de seu mandato não podem receber do Judiciário interpretação ampliativa, de modo a alterar o próprio intuito do Legislador Constituinte Originário.

C) Vicente Ferreira de Arruda Coelho, Antônio Marcelo Teixeira Sousa, Vicente Alves de Oliveira e Leonardo Rosário de Alcântara

Os Parlamentares, às fls. 255-298 apresentaram suas razões, no sentido de que:

- a consulta foi respondida fora dos limites da competência do Tribunal Superior Eleitoral, que não deve responder sobre tema de índole constitucional;
- a consulta é desprovida de qualquer efeito vinculante para o Supremo Tribunal Federal, justamente por ter sido respondida fora da competência constitucionalmente prevista;
- a consulta, ao ser respondida, inovou no ordenamento jurídico, o que é defeso ao Poder Judiciário;
- não há qualquer consequência estabelecida no estatuto do impetrante para os casos de desfiliação partidária;
- os deputados que deixaram o Partido para se filiar a outra sigla o fizeram por conta das exceções previs-

tas pelo Tribunal Superior Eleitoral, em especial a perseguição política;

- a mudança de partido foi justificável, uma vez que esta decorreu de inequívoca alteração do ideário político-partidário na disputa eleitoral e nas condutas partidárias, bem como de intensa perseguição interna sofrida no âmbito do partido.

D) Partido Socialista Brasileiro-PSB

Traz os seguintes argumentos às fls. 440-452:

- o rol estabelecido na Constituição Federal para as hipóteses de perda de mandato é taxativo, não comportando interpretação extensiva;
- o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência sedimentada no sentido de que a troca de legenda partidária não acarreta a perda do mandato político;
- não há como se afirmar, no caso, que os deputados que deixaram a legenda ora impetrante queriam deixar, na verdade, o exercício dos mandatos parlamentares para os quais foram eleitos; portanto, não há que se falar em renúncia tácita.

E) Armando Abílio Vieira

Em suas razões, o Deputado Federal aduziu, às fls. 527:

- que a consulta respondida pelo Tribunal Superior Eleitoral trouxe modificações de entendimento de lei sobre fatos costumeiros, com intenções retroativas, os quais somente poderiam ser expressos mediante reforma política, com alterações na Carta Magna via Emenda Constitucional;
- que a previsão de perda de mandato em caso de infidelidade partidária, prevista originalmente na Constituição Federal de 1969, foi “revogada” pela atual Carta Política, com o que não há mais que falar em sanção por mudança de legenda partidária;

F) Partido Trabalhista Brasileiro-PTB

Em breve manifestação, o Partido Trabalhista Brasileiro - PTB, às fls. 544, reiterou as manifestações trazidas pelos demais litisconsortes passivos e acrescentou:

- que o Constituinte Originário outorgou autonomia de funcionamento e gestão aos partidos políticos, ficando a critério destes a definição de sua estrutura, organização e funcionamento, devendo os seus estatutos estabelecer as normas de disciplina e fidelidade partidária;
- que todas as hipóteses que possam acarretar perda de mandato de Deputado ou Senador estão previstas exhaustivamente na Constituição Federal, e que, pela literalidade do rol constitucional, não há espaço para interpretações extensivas;

G) Partido da República

Em sua peça contestatória, o Partido da República sustentou, às fls. 565-590 :

- que a manifestação do TSE, quando da análise da consulta formulada, extrapolou o âmbito de sua competência e, justamente por esse motivo, não tem qualquer força vinculante;
- que o Supremo Tribunal Federal possui remansosa jurisprudência, calcada na possibilidade de mudança de partido pelo parlamentar, sem que isso enseje a perda de seu mandato;
- que não há, no caso, o pressuposto legal do *fumus boni iuris*, apto a ensejar a concessão da medida liminar requerida, por ausência de fundamento legal expresso que ampare a medida pleiteada;
- que, de igual modo, verifica-se ausente o requisito do *periculum in mora*, pelo contrário, a periculosidade inversa faz-se presente, haja vista que o afastamento, em caráter liminar, de membros do Congresso Nacional, repercutirá negativamente no funcionamento do Parlamento;
- que o tema é disciplinado de forma expressa, em sentido contrário do pretendido, no próprio texto constitucional, que não prevê a hipótese de perda de mandato em decorrência de mudança de partido político pelo parlamentar.

O Ministro Relator (fls. 616-620), lastreado na jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, indeferiu a liminar, *in verbis*:

“Não obstante todas essas considerações que venho de expor – e embora atribuindo especial relevo resolução, pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, da consulta nº 1938/DF, relator Ministro Cesar Asfor Rocha -, não posso, contudo, deixar de ter presentes, ao menos neste juízo de sumária cognição, as decisões emanadas do plenário do Supremo Tribunal Federal (MS 20.916/DF), no sentido da inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados.

Sendo assim, em face das razões expostas, e sem prejuízo do reexame da controvérsia em questão, quando do julgamento final do presente mandado de segurança, indefiro o pedido de medida cautelar formulado pelo PSDB.”

6. Em seguida, foram os autos remetidos a esta Procuradoria-Geral da República, com vistas à emissão de parecer sobre a matéria.

7. Importa, antes de adentrar ao mérito, proceder à análise das preliminares invocadas, quais sejam: ausência de interesse de agir e ilegitimidade ativa do impetrante.

8. O interesse de agir e a legitimidade ativa do impetrante encontram-se demonstrados nos autos. O Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, ora impetrante, demonstrou a redução de sua representatividade na Câmara dos Deputados, com o pedido de desligamento dos parlamentares indicados (fls.46-47).

Não obstante, feitas essas considerações, é necessário trazer à apreciação a preliminar de não conhecimento do presente *mandamus*, por demandar instrução probatória adicional ao que simplesmente consta dos autos.

9. É que a Consulta do Tribunal Superior Eleitoral não imputou à desfiliação partidária de forma absoluta ou objetiva a declaração de perda do mandato partidário. Chega a prever, inclusive, hipóteses em que a mudança de partido não acarretaria a perda do mandato, como por exemplo, no caso de mudança de orientação programática do partido e nos casos de perseguição política, causas suscitadas pelos litisconsortes para justificar a mudança de legenda.

Nesse sentido, ainda que se permitisse a sanção de perda de mandato com base no entendimento acima, a questão demandaria, no mínimo, instrução

probatória, observada a ampla defesa e o contraditório, o que, conforme entendimento já pacificado, é insuscetível de avaliação no rito sumário do *Mandamus*. Sintéticas e ilustrativas as observações feitas pelo Ministro Carlos Brito em outra oportunidade:

“cabe lembrar que, a teor da Súmula 625/STF, ‘controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança’. Logo, a contrario sensu, a controvérsia sobre matéria de fato - quando necessária ao desfecho da causa - representa, sim, empecilho ao deferimento da ordem requestada. Sendo este, patentemente, o caso dos autos.”(STF. 1ª Turma. RMS n. 26199-MS).

10. Superadas as preliminares, impõe-se a adução de argumentos de cunho de política constitucional, de direito constitucional positivo estrito e formal-metodológico que revelam o desacerto da pretensão.

I. Argumentos de política constitucional

A democracia representativa, embora seja o melhor regime político já conhecido pela experiência histórica humana, apresenta uma série de déficits de legitimidade, decorrentes de promessas não cumpridas, para usar a expressão de Norberto Bobbio¹, mas também da superveniência de desafios que têm levado não só à apatia e pessimismo do eleitorado como a um divórcio significativo entre a sua vontade e valores e aqueles defendidos por seus representantes eleitos.²

Os ganhos de complexidade dos sistemas sociais e a perda de referenciais substantivos a pautar projetos de vida compartilhada, aliados a um contínuo processo de colonização econômica nos domínios da política, explicam parte do drama. A política, especialmente de cunho partidário, tornou-se um lugar vazio, um lócus sem a expressão no imaginário e na prática dos agentes políticos, deixando de ser a instância do bem-comum para transformar-se no palco de atores à procura de seus próprios interesses e roteiros.³

¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Tradução : Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 22.

² PASQUINO, Gianfranco. *Degenerazioni dei Partiti e Riforme Istituzionali*. Roma: Laterza Ed., 1982; LEIBHOLZ, Gerhard. *La Rappresentazione nella Democrazia*. Milano: Giuffrè, 1989; LEFORT, Claude. *L'invention démocratique: Les limites de la domination totalitaire*. 2e. ed. Paris: Fayard, 1994; GAUCHET, Marcel. *La Démocratie contre elle-même*. Paris: Gallimard, 2002; NORTH, David. *The Crisis of American Democracy: The Presidential Elections of 2000 and 2004*. Mehring Books, 2004; ROGER, Antoine. *Des partis pour quoi faire?: La représentation politique en Europe centrale et orientale*. Paris: Bruylant, 2004 SULEIMAN, Ezra. *Le démantèlement de l'Etat démocratique*. Trad. William-Olivier Desmond. Paris: Seuil, 2005.

³ SAMPAIO, José Adércio L. Democracia, Constituição e Realidade. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.1, jan./jun. 2003, p. 741 et seq

Essa análise é feita tanto por correntes do pensamento liberal quanto por teóricos marxistas.

Na primeira vertente, lembro, por exemplo, Duverger que, ao analisar a influência das doutrinas nas estruturas partidárias, tece severas críticas à organização oligárquica dos partidos, porquanto entende que

*“os partidos tornam-se totalitários, exigindo dos seus membros uma adesão mais íntima, constituindo sistemas completos e fechados e explicação do mundo. O ardor, a fé, o entusiasmo e a intolerância reinam nessas igrejas dos tempos modernos: as lutas partidárias transformam-se em guerras religiosas.”*⁴

Em relação à segunda corrente de pensadores, cite-se Gramsci, para quem a burocracia

*“encobre um regime de partidos da pior espécie, que atuam ocultamente, sem controle; os partidos são substituídos por camarilhas e influências pessoais inconfessáveis, sem contar que restringem as possibilidades de opção e embotam a sensibilidade política e a elasticidade tática.”*⁵

Os riscos desse quadro para a própria democracia têm levado à agenda pública, em quase todos os cantos do mundo, propostas de reformas políticas que visam a uma rematerialização da política, por meio da introdução de mecanismos que apelem para o resgate do humanismo cívico perdido e para a correção dos desvios da representação política.⁶ Diversos projetos de uma “neopolis”, de uma “democracia deliberativa” ou “discursiva” são apresentados no campo teórico,⁷ enquanto os Parlamentos discutem mudan-

⁴ DUVERGER, Maurice. Os Partidos Políticos. Trad. Cristiano Monteiro Oiticica. 3 ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987, p.456.

⁵ GRAMSCI, Antonio. Maquiavel, a Política e o Estado Moderno. Trad. Luis Mário Gazzaneo. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988, p.58.

⁶ DISKIN, Abraham; DISKIN, Hanna. “The Politics of Electoral Reform in Israel.” *International Political Science Review*, v. 16, n. 1, 1995; HUANG, David W.F. “Electoral reform is no panacea: An assessment of Japan’s electoral system after the 1994 reform.” *Issues & Studies*, v. 32, n. 10, 1996; DUNLEAVY, Patrick; MARGETTS, Helen. “From majoritarian to pluralist democracy? Electoral reform in Britain since 1997”. *Journal of Theoretical Politics*, v. 13, n. 3, 2001; CRISP, Brian F.; REY, Juan Carlos. “The sources of electoral reform in Venezuela.” In SHUGERT, Matthew S; WATTENBERG, Martin P. (eds). *Mixed-Member Electoral Systems: The Best of Both Worlds?*. Oxford: Oxford University Press, 2001; KATZ, Richard S. “Reforming the Italian electoral law, 1993.” In SHUGERT, Matthew S; WATTENBERG, Martin P. (eds). *Mixed-Member Electoral Systems: The Best of Both Worlds?*. Oxford: Oxford University Press, 2001

⁷ MUSSO, Juliet; WEARE, Christopher; HALE, Matt. “Designing Web Technologies for Local Governance Reform: Good Management or Good Democracy?” *Political Communication*, v. 17, n. 1, 2000, p. 1-19; ELSTER, Jon (ed). *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998; RÖMMELE, Andrea. *Political Parties, Party Communication and New Information and Communication Technologies*. *Party Politics*, v. 9, n. 1, 2003, p. 7-20; GLEASON, Gregory. *Markets*

ças sistêmicas na legislação eleitoral, acompanhadas de um redirecionamento de políticas públicas para o estímulo de uma cultura participativa cidadã⁸

No Brasil, essa discussão se tem reproduzido anos seguidos sem êxitos práticos importantes até o momento.⁹ Em geral, identifica-se a reforma política como a mãe de todas as reformas, mas os obstáculos previsíveis de alterações profundas ao *status quo* político têm adiado o consenso em torno das soluções mais importantes que se apresentam. Nesse ambiente, a constante migração de quadros partidários de uma para outra agremiação tem chamado a atenção da mídia, dos acadêmicos e dos próprios parlamentares como um dos pontos nodais a serem enfrentados por qualquer reforma.

Ocorre, sem embargo, que a chamada “infidelidade partidária” é apenas um sintoma de uma síndrome crônica que acomete o sistema político-partidário e representativo no País. As competições intrapartidárias, as normas sobre a duração dos vínculos partidários, os critérios de recrutamento, as peculiaridades e comportamentos do eleitorado local, o sistema eleitoral proporcional puro, listas abertas, quocientes eleitorais, o déficit de democratização interna dos partidos, loteamentos partidários de cargos e funções públicas essenciais, extensão dos distritos eleitorais e as deficiências programáticas do partidos políticos estão entre as suas principais causas.¹⁰

and Politics in Central Asia: Structural Reform and Political Change. London: Routledge, 2003; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros, 2003; GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Why Deliberative Democracy? Princeton: Princeton University Press, 2004; LEIB, Ethan J. Deliberative Democracy In America: A Proposal For A Popular Branch Of Government. Pennsylvania State University Press, 2005; STIEGLER, Bernard; CRÉPON, Marc. De la démocratie participative: Fondements et limites. Paris: Mille et une nuits, 2007; SUNSTEIN, Cass R. Republic.com 2.0. Princeton: Princeton University Press, 2007; SAMPAIO, José Adércio L. Democracia, Constituição e Realidade, cit., p. 776 et seq

⁸ CASTILLO, Pilar; ZOVATTO, Daniel G. La financiación de la Política en Iberoamerica. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998; MONOD, Alain. Le financement des campagnes Electorales. Paris: Berger-Levrault, 2000; CENTRE D'ÉTUDE D'AFRIQUE NOIRE. Afrique politique 2001: Réforme des États africains. Karthala, 2003; VENTURINO, Fulvio. Riforma elettorale e cambiamento partitico. Un'analisi delle elezioni maggioritarie in Itália. Franco Angeli, 2004; BASÍLICA, F. (a cura di). Prospettive di riforma del sistema elettorale italiano. Ed. Scientifiche Italiane, 2004; NARDELLA, D. (a cura di). Legge elettorale e forma di governo: ipotesi per una riforma condivisa. Polistampa, 2007

⁹ TAVARES, Jose Antonio G. Reforma política e retrocesso democrático: agenda para reformas pontuais no sistema eleitoral e partidário brasileiro. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1998; CAGGIANO, Monica Herman S. “Corrupção e Financiamento das Campanhas Eleitorais”. In O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política. São Paulo: Atlas, 2004; FLEISCHER, David. Reforma política agora vai ?. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2005; AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org.). Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006; KLEIN, Cristian. O desafio da reforma política. Consequências dos sistemas eleitorais de listas. São Paulo: Mauad, 2007

¹⁰ A bibliografia a respeito é farta, destacando-se TAAGEPERA, Rein. “The effect of district magnitude and properties of two-seat districts”. In LIJPHART, Arend; GROFMAN, Bernard. Choosing an electoral system. New York: Praeger, 1984; BLAIS, André; MASSICOTTE, Louis. “Electoral Systems”. In LE DUC, Lawrence; NIEMI, Richard; NORRIS, Pippa (eds). Comparing democracies. Elections and voting in global perspective. Sage, Thousand Oaks, 1996; MAIR, Peter. Party system change. Approaches and interpretations. Oxford: Oxford University Press, 1997; SHUGART, Matthew. “The inverse relationship between party strength and executive strength: a theory of politicians' constitutional choices”. British Journal of Political Science, v. 28, 1998. LAMOUNIER, Bolívar & CARDOSO, Fernando Henrique (orgs). Os partidos e as eleições no Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975; PERES, Paulo S. “Sistema partidário e instabilidade eleitoral no Brasil”. In PINTO, C.; SANTOS, A. (orgs). Partidos no Cone Sul: Novos Ângulos de pesquisa. Rio de Janeiro:

É destacado nos estudos politológicos até mesmo o impacto diferenciado da legislação eleitoral sobre o comportamento de candidatos de diferentes unidades federativas. Estudos realizados entre 1997 e 2002 demonstraram que os eleitores do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina escolheram predominantemente candidatos ao Legislativo que possuíam vínculos partidários estáveis à diferença daqueles de Alagoas, Maranhão, Paraná e Pernambuco que não se importaram tanto com histórico de infidelidade partidária.¹¹

Por outro lado, há elementos empíricos que contrariam a versão generalizada, pelos menos no âmbito da Câmara dos Deputados, de que os Deputados agem sem respeito à disciplina partidária. Em pesquisas feitas por diversos cientistas políticos, dentre eles Figueiredo, Limongi e Nicolau, no período entre 1989 e 1998, aparece um índice médio de disciplina partidária muito acima do que se verificou entre 1946 e 1963 e durante o regime militar. Não se trata de uma fidelidade espontânea, mas pressionada por uma série de fatores e jogos de poder dentro da Casa e entre relações que passam pelo partido, pelos Deputados e pelo Executivo.¹²

Há, nesse ambiente, quase um mandato imperativo partidário de fato, movido por diversos elementos, dentre os quais se destacam: a) a concentração de poder nas mãos das lideranças partidárias como, por exemplo, para indicações de nomes às comissões parlamentares; b) as votações nominais; c) a necessidade de fortalecer as negociações em bloco ou partido com o Executivo, de modo a alcançar objetivos específicos; d) novos e eficazes poderes à disposição do Presidente da República para definir a agenda parlamentar, para livre nomeação de Ministros e para execução orçamentária, abrindo espaços para a patronagem e o clientelismo, com liberações de recursos pertinentes a emendas orçamentárias feitas por parlamentares leais, assim como a disponibilidade de cargos públicos em contra-partidas a apoios sistemáticos; e) maior ou menor dependência eleitoral dos Deputados a seus

Konrad-Adenauer Stiftung, 2002; NICOLAU, Jairo Marconi. Multipartidarismo e democracia. Um estudo sobre o sistema partidário brasileiro (1985-94). Rio de Janeiro, FGV, 1996; SCHMITT, Rogério. Migração partidária e reeleições na Câmara dos Deputados. *Novos Estudos Cebrap*, v. 54, Julho 1999; SANTOS, Wanderley Guilherme (org). *Votos e partidos: Almanaque de dados eleitorais. Brasil e outros países*. Rio de Janeiro, FGV, 2002.

¹¹ DOS SANTOS, André M. “Nas fronteiras do campo político: raposas e outsiders no Congresso Nacional”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 33, fevereiro 1997; idem. Eleitorados estaduais inibem deputados infiéis? XXV Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu, Outubro 2001; NICOLAU, Jairo Marconi. *Dados eleitorais do Brasil. (1980-1996)*. Rio de Janeiro, Revan, 1998; idem. *Disciplina partidária e base parlamentar na Câmara dos Deputados no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998)*. *Dados*, v. 43, 2000; MELO, Carlos R. *Migração partidária, estratégias de sobrevivência e governismo na Câmara dos Deputados*. XXVI Encontro Anual da ANPOCS, Outubro 2002; PINTO, Céli; SANTOS, André M. (orgs). *Partidos no Cone Sul: Novos ângulos de pesquisa*. Rio de Janeiro, Konrad-Adenauer Stiftung, 2002; SANTOS, Wanderley Guilherme (org). *Votos e partidos: Almanaque de dados eleitorais. Brasil e outros países*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

¹² FIGUEIREDO, Angelina C; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo*; SANTOS, Fabiano. “Patronagem e Poder de Agenda na Política Brasileira”. *Dados*, v. 40, n. 3, 1997; SANTOS, Maria Helena C. “Governabilidade, Governança e Democracia: Criação de Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil pós-Constituinte”. *Dados*, v. 40, n. 3, 1997; NICOLAU, Jairo M. “Disciplina Partidária e Base Parlamentar na Câmara dos Deputados no Primeiro Governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998)”. *Dados*, v. 43, n. 4, 2000; SAMUELS, David J. *Ambition, Federalism and Legislative Politics in Brazil*. New York: Cambridge University Press, 2003

reduzidos; f) contextos estaduais diversificados; e g) projetos ascensionais que tornam os vínculos parlamentares frágeis e provisórios, em vista de projetos eleitorais para o Executivo de seu Estado ou Capital.¹³

11. As ponderações anteriores estão a demonstrar que modificações pontuais no sistema de normas eleitorais não são suficientes para enfrentar seriamente o problema. Não deve pesar o argumento de que toda longa caminhada se inicia com o primeiro passo. Na verdade, a menos que se cuide de mero apelo retórico, o chavão pressupõe, para além da coragem, a necessidade de que o passo inaugural seja dado de forma correta e segura, sob pena de comprometer todo o projeto. O que tais estudos revelam, ancorados sempre na realidade, é que a adoção de medida única que enrijeça o sistema de vínculo partidário, de maneira a punir a infidelidade com a perda do mandato combate os efeitos e não as causas da crise de representação política no Brasil.

Não se há de perder ainda de vista que isoladamente a medida pode comprometer duramente a democracia, ao invés de promovê-la. Referimo-nos à possibilidade de tornar o processo eleitoral e parlamentar refém das lideranças partidárias. Diferentemente do desvio da democracia, anotado pela literatura política na análise empírica de sistemas constitucionais demoliberais, em direção à “partitocracia” ou ao “Estado de partido” (**Parteienstaat**),¹⁴ teríamos um “Estado oligárquico” ou uma “democracia personalizada”, pior, um “personalismo democrático” com reforço aos mecanismos de exercício do poder à semelhança do caudilhismo ou, mas proximamente à realidade histórica brasileira, do coronelismo.

12. A esses inconvenientes se somam dois elementos jurídicos estritos importantes. Um, de natureza material, identifica a ausência de base constitucional sólida para amparar a medida. Outro, de cunho formal e metodológico, apela para a impossibilidade de o Judiciário promovê-la no lugar do Congresso Nacional.

II. Argumento de direito constitucional estrito

13. O sistema proporcional brasileiro, adotado na eleição de deputados e vereadores, é orientado pelo quociente eleitoral e pelo quociente partidário, de maneira que número de vagas é distribuído entre as legendas e não entre os candidatos mais votados nas eleições. Com base nessas premissas, muitos sustentam que a titularidade da vaga ocupada pelos parlamentares pertenceria ao partido.

¹³ CINTRA, Antônio O.; LACOMBE, Marcelo B. A Câmara dos Deputados na Nova República: A Visão da Ciência Política. In AVELAR, Lúcio; CINTRA, Antônio O. (orgs.). Sistema Político Brasileiro: Uma Introdução. Rio de Janeiro; São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Shiftung; Fundação Unesp Ed., 2004, p. 152 et seq

¹⁴ PASQUINO, Gianfranco. La Partitocrazia. In PASQUINO, Gianfranco (a cura di). La Política Italiana. Dicionario Critico 1945-1995. Bari: Laterza, 1995; LEIBHOLZ, Gerhard. Problemas Fundamentales de las Democracias Modernas. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1971; VON BEYME, Klaus. Los Partidos Políticos en las Democracias Occidentales. Madrid: Alianza, 1995

14. Todavia, ao meu ver, há um equívoco nessa interpretação.

A Constituição brasileira afirmou de maneira incisiva o princípio da soberania popular. Dispõe o seu art. 1º, parágrafo único: “*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

Sem muitos rodeios, lê-se no enunciado que não há poder político que não tenha por fonte e limite o povo. Por outro lado, não há um povo fora da Constituição, tanto que o exercício de sua máxima competência se dará pela forma representativa ou direta, *sempre* nos *esquadros* constitucionalmente definidos.

O artigo 14 da Constituição, por sua vez, proclama os meios de exercício da soberania popular: o sufrágio universal, o voto direto e secreto, com valor igual para todos, além do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, estes nos termos da lei. Recordo que o sistema representativo é elevado à qualidade de “princípio federal sensível”, cujo descumprimento dá ensejo à intervenção federal (art. 34, VII, **a**).

Já os partidos políticos têm reconhecimento expresso no artigo 17 da Constituição como expressão da liberdade associativa (para sua criação, fusão, incorporação e extinção), embora haja de respeitar sempre a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, além de outros preceitos enumerados nos incisos e parágrafos daquele artigo. A importância dos Partidos no processo democrático-representativo é denotada pelo inciso V, parágrafo 3º do artigo 14 que impõe a filiação partidária como condição de elegibilidade. Não há candidato independente, senão “candidato partidário”.

Assegura-se aos partidos autonomia para definir sua estrutura interna, organização, funcionamento, adoção dos 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 (art. 17, § 1º).

15. O funcionamento parlamentar é definido por lei, embora a Constituição já estabeleça que a composição das Mesas Diretoras de Casas Legislativas e de suas Comissões deve obedecer, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa (art. 58, § 1º).

16. Temos, então, definidos os elementos que caracterizam a titularidade do mandato parlamentar? Ou, dito de outro modo, não haverá mandato independente, mas sempre “mandato partidário”? Não creio.

É de conhecimento geral, e já anotei, que os partidos políticos desempenham importante e, para alguns, central papel nas democracias contemporâneas, funcionando como correia de transmissão entre os anseios populares

ou os “questionamentos políticos da sociedade” e os poderes constituídos, interferindo tanto na agenda política quanto no processo de formação da vontade legislativa ou na vontade popular e na vontade do Estado.¹⁵

Também é comum, como precedentemente destaquei, em vista da diferenciação dos subsistemas sociais por um lado e do carreirismo ou, quando menos, da burocratização profissional da política por intermédio dos partidos, por outro, a constante referência à crise do sistema de representação partidária, com o deslocamento da definição da agenda política e da expressão de reivindicações individuais, de grupos e coletivas para formas extra-partidárias.¹⁶

Esses problemas por que passam os partidos políticos nas democracias são agravados, nos países emergentes, como o Brasil, pela baixa representatividade que possuem perante o corpo eleitoral, mais propenso a identificar como veículo de suas reivindicações pessoais, independente de seu vínculo partidário. O déficit de representatividade dos partidos brasileiros, objeto de inúmeros estudos, tem levado a repetidos projetos de fortalecimento institucional.¹⁷ A aprovação da cláusula de barreira é um exemplo nítido desse esforço com vistas a afastar as legendas de aluguel.

17. Não se pode, entretanto, violar a Constituição, mesmo com esse nobre propósito.

18. Por mais importantes que sejam os partidos políticos para a democracia, eles não podem ser vistos como fins em si mesmos. Ao contrário, são instrumentos de catálise do pluralismo social com o objetivo de fornecer alternativas para definição de prioridades políticas que atendam aos interesses amplos desse próprio pluralismo. À parte os acertos para o projeto de acesso ao poder e eventuais carências programáticas, têm eles a função de inter-

¹⁵ GRIMM, Dieter. Los Partidos Políticos. In BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. Manual de Derecho Constitucional. Trad. Antonio López Piña. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 395 et seq; OPPO, Anna. Partidos Políticos. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs). Dicionário de Política. 12a ed. São Paulo; Brasília: Imprensa Oficial SP; Editora UnB, 2002, v. 2, p. 904

¹⁶ v.g. PASQUINO, Gianfranco. Degenerazioni dei Partiti e Riforme Istituzionali. Roma: Laterza Ed., 1982; LACLAU, Ernest. “Os novos movimentos sociais e a pluralidade do social”. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 2, v. 1, 1986; GUINIER, Lani. The Tyranny of the Majority. New York: Free Press, 1994; ELSTER, Jon (ed) Deliberative Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1998; DRYZEK, John S. Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations. Oxford: Oxford University Press, 2000; GAUCHET, Marcel. La Démocratie contre elle-même. Paris: Gallimard, 2002; SANTOS, Boaventura de Sousa (org). Democratizar a Democracia. Os Caminhos da Democracia Participativa; São Paulo: Civilização Brasileira, 2002; SULEIMAN, Ezra. Le démantèlement de l'Etat démocratique. Trad. William-Olivier Desmond. Paris: Seuil, 2005; RAUBER, Isabel. Movimientos sociales, género y alternativas populares en Latinoamérica y El Caribe. Genève: IUED, 2005; LAVALLE, Adrián Gurza, HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. “Representação política e organizações civis: novas instâncias de mediação e os desafios da legitimidade”. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v.21, n.60, 2006.

¹⁷ Os partidos políticos, em pesquisa realizada pela organização Latinobarómetro, contaram apenas com apoio de 19% dos entrevistados, revelando-se como as instituições com mais baixos índices de credibilidade cidadã: www.latinobarometro.org; ZOVATTO, Daniel. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. Opinião Pública, Campinas, Vol. XI, nº 2, Outubro, 2005, p. 287-336

mediários entre o povo e o Estado. Tão intermediários quanto os nomes que oferecem à escolha do eleitorado para a representação.

19. Lembro que no Brasil se pode votar tanto na legenda do partido, quanto no candidato, sendo aquela alternativa de baixa expressão numérica comparativamente aos votos dados a candidatos. Começa, por esse comportamento dos eleitores, a distância entre a representação política por meio dos partidos e aquela por meio dos eleitos.

Atente-se para o fato de que a filiação partidária é uma condição de **participação no processo eleitoral**, e **não de permanência no cargo**. Essa afirmação tem amparo bastante no art. 45 da Carta Magna ao dispor que a Câmara dos Deputados é composta de representantes do povo, e **não de representantes dos partidos**. A Constituição da República adota, portanto, a teoria do mandato representativo, diferentemente da teoria do mandato vinculado e partidário.

Todos sabem que o eleito não defende (ou não deveria defender) os interesses apenas daqueles que o elegeram. A representação política (*Repräsentation*), desde a Modernidade, afastou-se da figura privatista da *repraesentatio* medieval (*Vertretung*), com o vencimento dos laços orgânicos em vista da perseguição de projetos de bem comum, independente de que grupo ou pessoas seriam mais beneficiados ou, eventualmente, atingidos pelas políticas adotadas.¹⁸

Abandonou-se a figura do mandato imperativo ou delegatário, usual nas práticas medievais desde os nominalistas, preferindo-se, como, aliás, na quase totalidade das democracias ocidentais, o mandato livre ou fiduciário. Nem mesmo o povo pode, durante o mandato, destituir o representante de seu posto.¹⁹

20. De fato, a história da política no Ocidente está diretamente relacionada com afirmação de câmaras representativas sem mandato imperativo.

Na Inglaterra, a prática remonta, com altos e baixos, ao Século XV pelo menos.²⁰ Do ponto de vista teórico, começou-se a firmar a idéia de que a representação política não poderia estar jungida apenas aos interesses de quem escolhia os representantes. Já em 1583, Sir Thomas Smith escrevia:

“O Parlamento da Inglaterra representa todo o reino e tem sobre ele o poder, tanto a cabeça quanto o corpo. Pois, entende-se que todo inglês está presente ali, seja em pessoa, seja por procuração ou por meio de delega-

¹⁸ SARTORI, Giovanni. La rappresentanza política. *Studi Politici*, v. IV, n. 4, 1957, p. 584

¹⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 462

²⁰ CHRIMES Stanley B. *English Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 1936, p.131

*dos (...) e o consentimento do Parlamento é considerado como o consentimento de todos os homens”.*²¹

Pouco mais de meio século depois, Sir Edward Coke vinha a declarar que, embora o integrante do parlamento fosse escolhido por um condado ou comunidade particular, “ele serve[ria] ao país como um todo, pois a finalidade de sua ida para lá [era a defesa do interesse] geral.”²² Até mesmo o controvertido E. Burke abraçara a idéia, escrevendo cem anos depois de Coke.

*“O Parlamento não é um congresso formado por embaixadores de diferentes e contraditórios interesses, que cada um deve defender como agente e advogado contra outros agentes e advogados. O Parlamento é uma assembléia deliberativa da nação, com um interesse, o interesse do todo, de modo que os preconceitos locais não sirvam de guia, mas sim o bem comum, que resulta do juízo geral do todo. É verdade que os senhores escolhem um membro; mas ele, uma vez escolhido, não é um membro de Bristol, é um membro do Parlamento”.*²³

Não foi por acaso que no *Agreement of the People*, de 1647, estauía-se que os representantes do povo, embora inferiores a quem os escolhera, detinham o poder [a suprema confiança] para adoção das medidas de governo necessárias à gestão do Estado, independente do consentimento ou concorrência de qualquer outra pessoa ou pessoas, inclusive de seus representados, ressalvadas as competências que fossem reservadas, expressa ou implicitamente, ao corpo eleitoral (“*the power of this, and all future Representatives of this nation is inferior only to theirs who choose them, and doth extend, without the consent or concurrence of any other person or persons to the enacting, altering, and repealing of laws; to the erecting and abolishing of Offices and Courts; to the appointing, removing, and calling to account Magistrates and officers of all degrees; to the making War and peace; to the treating with foreign States; and generally to whatsoever is not expressly or impliedly reserved by the represented to themselves*” (IV)).

Os *framers* norte-americanos seguiram a inspiração inglesa, com a previsão de um Legislativo dual, tendo a *House of Representatives* como centro da

²¹ SMITH, Thomas. *De republica Anglorum*. Cambridge: Cambridge University Press, 1906 [1583], p. 49

²² COKE, Edward. *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clarke and Sons, 1809 [1644], p. 14

²³ BURKE, Edmund. “Speech on the State of the Representation”. In HOFFMAN, Ross J.S.; LEVACK, Paul (eds). *Burkes Politics*. New York: Alfred A. Knopf, 1949, p. 116; WILLIAMS, Melissa S. “Burkean “Descriptions” and Political Representation: A Reappraisal. *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, v. 29, n. 1, 1996

vontade popular (art. I, Sec. 2). Os Federalistas eram firmes defensores da democracia representativa, definida como República, a seu ver, superior à democracia direta como alternativa para promoção do “bem público” sem os riscos de cair na tentação do mero conflito dos interesses particulares e do facciosismo.²⁴

Mesmo com as teses rousseauianas favoráveis à democracia direta (a incluir a simpatia de Marat e Mirabeau), prevaleceu entre os revolucionários franceses a representação sem mandato imperativo, defendida por Montesquieu, seguido depois por Sieyès, Constant e Guizot.²⁵ Nas palavras de Charles de Secondat:

*“Uma vez que, em um Estado livre, todo homem que supõe possuir uma alma livre deve ser governado por si próprio, é necessário que o povo, em seu conjunto, exerça o poder legislativo; mas como isso é impossível nos grandes Estados, e nos Estados pequenos estaria sujeito a muitos inconvenientes, é preciso que o povo exerça pelos seus representantes tudo o que não pode exercer por si mesmo.”*²⁶

A propósito, dispunha a Lei francesa de 22 de dezembro de 1789: “Les représentants nommés à l’Assemblée Nationale par les départements ne pourront être regardés que comme les représentants de la totalité des départements, c’est-à-dire de la nation entière”(art. 8º). Não se aceitava que os eleitores dessem instruções aos eleitos ou revogassem os seus mandatos. A Constituição de 1791 seguiu tal orientação (Título III, cap. I, seção III, art. 7º).

21. Essa narrativa sucinta serve para demonstrar como surgira o princípio assemblear como expressão da soberania do povo ou da nação sem a pressão de recall, mas sujeito periodicamente ao controle das urnas.

Ora, se o povo, fonte de todo o poder, não pode destituir seu representante durante o mandato, poderá o partido político, fenômeno que viria a se firmar tempos depois? A resposta só pode ser negativa.²⁷ Não cabe ao parla-

²⁴ MADISON, James. Paper n. 10. In HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The Federalist Papers. New York: Penguin, 1961 [1787], p. 81-82; Idem. Paper n. 39, cit., p. 241; Idem. Paper n. 52, p. 327; Idem. Paper n. 54, p. 336 et seq; Idem. Paper n. 56, p. 346 et seq; HAMILTON, Alexander. Paper n. 35. In HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The Federalist Papers, cit., p. 214 et seq

²⁵ JAUME, Lucien. Représentation. In RAYNAUD, Philippe; RIALS, Stéphane. Dictionnaire de Philosophie Politique. Paris: Puf, 1996, p. 651 et seq

²⁶ “Comme, dans un État libre, tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative. Mais comme cela est impossible dans les grands États, et est sujet à beaucoup d’inconvénients dans les petits, il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu’il ne peut faire par lui-même”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. De l’esprit des lois. 2e. Partie. Gêneve: BaniLot, 1758, Livro XI, Cap. VI [edição brasileira: Do Espírito das Leis. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 168]

²⁷ O povo é fonte e limite de todo poder, inclusive do constituinte. A Constituição se autovalida na

mentar, depois de eleito, a defesa do partido, senão do povo em geral, nem está ele sujeito a uma vontade política externa de abreviação de seu mandato. A inter-relação entre povo e Estado, estabelecida pela representação política, não admite juridicamente que os eleitos, ainda que integrantes de listas partidárias, percam a sua qualidade de representante do povo ou da nação. Por outro modo, a sua investidura popular não pode ceder a deveres de coerência política ou de mando partidário.²⁸

22. Konrad Hesse, analisando o artigo 38, alínea 1, frase 2, da Lei Fundamental de Bonn, afirma que “os deputados são representantes de todo o povo, não estão vinculados a ordens e instruções e estão submetidos apenas à sua consciência”. Essa afirmação enfrenta a tese de contradição dentro da própria Lei Fundamental com o disposto no artigo 21(1) que estabelece os partidos como instrumento concorrente à formação política da vontade popular, sendo livre sua criação, e democrática a sua estrutura e funcionamento.

Diz o ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão que a conciliação dos dois dispositivos levam à adequada compreensão de que a *“situação do deputado não pode ser entendida sem a atuação dos partidos políticos e que, ao contrário, para a cooperação dos partidos políticos no parlamento, o mandato livre do deputado é essencial”*. Em outros termos, o mandato livre não exclui nem a cooperação dos partidos na formação da vontade política no parlamento nem uma vinculação dos deputados aos seus partidos e diretrizes. Por outro lado, a liberdade parlamentar limita as vinculações do deputado a seu partido, não admitindo imputação de sanção jurídica: *“Nenhum deputado (...) pode ser constrangido juridicamente a uma determinada conduta no parlamento”*.²⁹ Se a candidatura à vaga parlamentar depende juridicamente do partido, o exercício do cargo depende apenas politicamente dele:

“Os limites jurídico-constitucionais da vinculação do deputado são reforçados pelo status de deputado, que fundamenta o mandato livre, ser independente de sua filiação partidária (...). Separação ou exclusão do partido ou fração, assim como a passagem para um outro partido ou fração não tocam o mandato”.³⁰

“legitimidade apurada pelo consentimento popular e formação no seio do próprio povo, único titular do poder constituinte e autor do processo histórico constituinte”: ROCHA, Cármen Lúcia A. Constituição e Constitucionalidade. Belo Horizonte: Ed. Lê, 1991, p. 53.

²⁸ FODERADO, S. *Manuale di Diritto Pubblico*. Padova: Cedam, 1971, p. 110

²⁹ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20o Aufl. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 1995, § 600 [edição brasileira: *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 446]

³⁰ *Ibidem*, § 601 (edição brasileira: p. 447)

Contraria-se, como essa leitura, a tese realista de um Estado de partido que exige um mandato imperativo³¹ em face da agremiação partidária e não mais do povo, indicando-se o mandato inteiramente livre (em vista do povo e principalmente do partido) como resíduo liberal-burguês e impraticável com o nível de profissionalização determinada pelo ganho de complexidade social e política.³²

Sem embargo, o realismo é, na verdade, a sucumbência à oligarquia partidária, definida pela elite profissional do partido³³, e à homogeneização coisificante da sociedade, imaginada, segundo Grimm, apenas como “sociedade de partido” ou, sob outro ângulo”, manifestada em “partidos da sociedade”.³⁴

Resultam dessa compreensão duas graves conseqüências: a redefinição da dicotomia sociedade/Estado em “partido na sociedade”/“partido no Estado” e a negação do pluralismo de mundos-da-vida, de formas e conteúdos sociais, bem como da criatividade de exteriorização de reivindicações e projetos alternativos de *common good*. É, por isso mesmo, uma interpretação sócio-política reducionista e opressiva às minorias e diferenças. Conclusivamente, os deputados alemães gozam de uma posição invulnerável durante o seu mandato,³⁵ sendo o mandato livre uma condição necessária para a democracia parlamentar.³⁶

Também na Itália, mesmo com o drama da fragmentação partidária, Pietro Virga salienta a primazia da democracia sobre os interesses partidários.

“Na verdade algumas legislações estrangeiras sancionaram expressamente a perda do mandato pelo deputado no caso de desligamento do partido em cuja lista foi eleito. Mas em nosso ordenamento não existe nem uma norma explícita, nem um costume nesse sentido. Por outro lado, a perda do mandato parlamentar por desligamento do partido não é uma consequência segura da representação proporcional, porque no sistema proporcional com voto preferencial (que é o adotado na Itália), ao eleitor é oferecida seja a escolha pela legenda, seja a escolha pelo candidato. Até que a eleição se concretize, além da adesão a um programa e um juízo de idoneidade sobre a pessoa dos candidatos, nenhuma

³¹ Ver a respeito durante o regime militar: BRITTO, Luiz Navarro de. O Mandato imperativo partidário. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.20, n. 77, p. 253, jan./mar. 1983.

³² MÜLLER, Christoph. Das imperative und das freie Mandat, Überlegungen zur Lehre von der Repräsentation des Volkes. Leiden: A.W. Sijthoff, 1966, p. 2, 73 et seq

³³ Sobre a tendência histórica de a Democracia ser elitista: SOARES, Orlando. Origens das organizações partidárias e os partidos políticos brasileiros. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 26, n. 103, p. 163, jul./set.

³⁴ GRIMM, Dieter. Los Partidos Políticos, cit., p. 424

³⁵ BADURA, Peter. In DOLZER, Rudolf Dolzer; VOGEL, Klaus; GRAßHOF, Karin (Hrsg.). Bonner Kommentar zum Grundgesetz. Art. 38. Zweitbearbeitung, 1966, § 72

³⁶ GRIMM, Dieter. Los Partidos Políticos, cit., p. 413, 426

*norma consuetudinária ou punitiva poderá impor ao parlamentar, que se demitiu ou venha a ser expulso do próprio partido, que entregue o mandato político*³⁷.

23. O mesmo nível de argumentação já era sustentado por diversos constitucionalistas brasileiros. De acordo com Sampaio Dória, por exemplo, os governantes eleitos, ao aceitarem a incumbência e assumirem seus postos, deveriam cumprir os deveres de fidelidade à opinião de seu partido, ou de seus eleitores.

*“Mas, no âmbito de suas atribuições legais, são, na maneira de proceder, inteiramente livres. Só à própria consciência, ainda que desagradem a opinião, prestam contas da técnica com que cumprem o mandato”*³⁸.

A irrevogabilidade do mandato era, para ele, uma das características do mandato representativo. No sistema presidencial, como não há a hipótese de dissolução antecipada da câmara como sucede no parlamentarismo, o controle do agir parlamentar acaba sendo a eleição, impondo, portanto, a brevidade do mandato.³⁹

Não será, no caso brasileiro da atualidade, apenas pelo sistema proporcional que se justificará outra resposta, pois haveria a introdução de um elemento diferencial entre os dois sistemas eleitorais previstos na Constituição, proporcional e majoritário, que escapa do mesmo enquadramento constitucional. **O quociente eleitoral e partidário é critério de distribuição de vagas, não de vínculo definitivo entre eleito e partido. Se a regra valesse para Deputados haveria de valer também para os Senadores.** E não só.

Por mais especificidade que as agremiações partidárias possuam, não podem elas vazar o gênero da liberdade de que se desdobram: a de associação. Está escrito no art. 5º, XX: *“ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”*. Impor tão drástica sanção de perda do mandato popular é violar esse comando magno. E não apenas isso.

Admitir que se extraia das entrelinhas da Constituição uma penalidade, além de violar o princípio da legalidade de toda função sancionatória, ainda

³⁷ “Invero alcune legislazioni straniere hanno espressamente sancito la decadenza dal mandato in caso di uscita dal partito nella cui lista il deputato è stato eletto. Ma nel nostro ordinamento non esiste nè una norma esplicita, nè una consuetudine in tal senso. D'altro lato, la decadenza del mandato parlamentare per uscita dal partito non è una conseguenza immancabile della proporzionale, perchè, nel sistema proporzionale com voto preferenziale (quale è quello adottato in Italia), all'elettore viene offerta sia la scelta della lista che la scelta del candidato. Finchè l'elezione si concretarà, oltre che nell'adesione ad un programma, anche in un giudizio di idoneità sulle persone dei candidati, nessuna norma consuetudinaria o di correttezza potrà imporre al parlamentare, che si dimetta o venga espulso dal proprio partito, di rassegnare il mandato politico.” In: VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. 9 ed. Milano: Giuffrè editore, p.153.

³⁸ DÓRIA, A. de Sampaio. *Direito Constitucional. Curso e Comentários à Constituição*. 3a ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953, p. 321

³⁹ DÓRIA, A. de Sampaio. *Direito Constitucional. Curso e Comentários à Constituição*, cit., p. 325

reduz a incidência da imunidade material dos parlamentares em face de quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53).

Segundo Pimenta Bueno, a imunidade era “*condição concomitante e inseparável do caráter de representante da nação, que começa e acaba com êle.*”⁴⁰ Carlos Maximiliano repetia lição antiga, também expressa em Vincenzo Miceli,⁴¹ de que a imunidade não era privilégio incompatível com o regime igualitário, nem direito subjetivo ou pessoal. Ao contrário, seria ela

*“prerrogativa universalmente aceita por motivos de ordem superior, ligados intimamente às exigências primordiais do sistema representativo e ao jogo normal das instituições nos governos constitucionais; relaciona-se com a própria economia da divisão dos poderes, assegurando a liberdade e a independência do Legislativo; sanciona o direito impreterível que tem a nação de manifestar a própria vontade pelo órgão de seus mandatários, não deixando estes à mercê de agentes do Judiciário que às vezes não passam de instrumentos do Executivo”*⁴²

24. Essa última nota estaria a indicar que a garantia não valeria (como não vale hoje) contra os partidos políticos? É duvidoso imaginar-se tamanho disparate, pois como prerrogativa, ela vale contra o Executivo, Judiciário, Legislativo, cidadãos e grupos sociais como se impõe igualmente contra os partidos políticos. Poder-se-á alegar que seu escudo se dirige à responsabilização civil e penal, não à jurídico-política. Mas então voltamos à inexistência de enunciado expresso determinando que da infidelidade partidária decorra a renúncia tácita ou a perda do mandato. É possível extrair esse limite a partir da interpretação sistemática pretendida? Não pode ser.

25. Não só por que não é juridicamente legítimo extrair do silêncio normativo sanção, mas também pela indagação irretorquível sobre a racionalidade instrumental de conciliação de comandos antinômicos entre posições subjetivas (mesmo garantias institucionais) e bens constitucionais diversos: que proporcionalidade haveria de justificar plausivelmente a delimitação da prerrogativa cara aos múnus parlamentar?

26. Alguém poderá dizer, sem embargo, que ela atende às máximas da adequação e da necessidade, como medida apta (em tese) e adequada à moralidade do mandato, ao fortalecimento dos partidos (e com eles da democracia) e ao reconhecimento público da correção no exercício da função públi-

⁴⁰ PIMENTA BUENO, José Antônio. Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Typografia Imp. e Const. de J. Villeneuve, 1857, p. 129, n. 147

⁴¹ MICELI, Vincenzo. Le Immunità Parlamentari. Enciclopedia Giuridica Italiana, 1898, v. VII, p. 29

⁴² MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição Brasileira. 5a. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1954, vol. II, p. 45

ca do Deputado. Se essas observações se podem sujeitar a críticas particulares, parecem ainda mais refutáveis pela seqüência do processo de ponderação ou de adequabilidade prática, que recorra àquele juízo de meios e fins, especialmente diante da pergunta: a limitação atenderá às pesadas exigências da proporcionalidade em sentido estrito?

Admitir essa possibilidade seria como assumir abstratamente, aos moldes do *tatbestand* reduzido, que haveria uma cláusula funcional, ao estilo do interesse da comunidade, a subtrair substância da norma garantidora da prerrogativa, convertida a mandado ou dever-ser *prima facie*, sujeito a contingenciamentos semanticamente indeterminados (pelo conteúdo aberto das limitações imanentes) e, assim, logicamente derrotáveis (*defeasible rules*), comprometendo a seriedade normativa de seus ditames.⁴³

27.A desfiliação, como causa de “perda” do mandato, sequer deveria ser discutida sob o enfoque da titularidade do mandato representativo, até porque não se estaria falando de perda de mandato, mas simplesmente de sua vacância, com base na teoria do mandato partidário, ou de renúncia tácita, caso entendesse que o mandato pertencesse ao parlamentar.

Alguém lembrará logo do que giza o art. 17, § 1º, acima descrito, sobre o reconhecimento para os regimentos partidários disporem sobre normas de disciplina e fidelidade partidária. Poderão prever a pena de perda do mandato por infidelidade partidária de um de seus membros? Por tudo argumentado até aqui, evidentemente que não. José Afonso da Silva escreve com a tradicional clareza:

*“[A] Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no art. 15, declara vedada a cassação dos direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo.”*⁴⁴

28.O argumento é ainda mais reforçado pela vontade democrática e democratizante do constituinte de 1988.

No regime militar, havia previsão constitucional expressa sobre a sanção ao “infiel”. O artigo 152 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969,⁴⁵ previa duas hipóteses de infideli-

⁴³ ALCHOURRÓN, Carlo. “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic. *Studia Logica*, v. 57, 1996

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 405-406

⁴⁵ Art. 152 A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei Federal, observados os seguintes princípios:

Parágrafo único. 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.

dade partidária que acarretava a perda de mandato do parlamentar: a primeira era a desobediência do parlamentar às diretrizes traçadas pelo partido; a segunda, e que particularmente interessa à presente análise, era a perda de mandato no caso de desfiliação. Em seguida, a EC nº 11, de 1978,⁴⁶ atenuou o rigor do dispositivo, permitindo que os parlamentares pudessem mudar de partido, sem culminação de sanção, caso participassem da criação de outra legenda.

No ambiente de redemocratização, a EC nº 24, de 1985⁴⁷, suprimiu as previsões de perda de mandato por infidelidade partidária.

Não seria de se esperar outro comportamento do constituinte de 1988: manteve a supressão. Como todos sabem, a inauguração do novo ordenamento, pela promulgação de uma Constituição, revoga inteiramente o complexo normativo anterior, a menos que expressamente disponha em sentido inverso (como nas hipóteses de revogação diferida e desconstitucionalização) ou de revogação tácita (quando regulamenta em sentido idêntico a mesma realidade normativa). Por essa razão, caso fosse a intenção do constituinte originário atribuir, na Carta de 1988, à desfiliação o *status* de causa de perda de mandato ele o teria feito expressamente no artigo 55, que traz o rol taxativo das causas de perda de mandato.

29. Pouco mais de um ano passado da promulgação do novo Texto Constitucional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela inaplicabilidade da sanção de perda do cargo para quem migrava de partido. Àquela ocasião, discutia-se se o suplente perderia a sua posição jurídico-política, ao adotar tal comportamento.

*MANDADO DE SEGURANÇA.
FIDELIDADE PARTIDARIA. SUPLENTE
DE DEPUTADO FEDERAL. - Em que pese*

⁴⁶ Art.152- A organização e o funcionamento dos partidos políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal.

§ 4º - A extinção dos partidos políticos dar-se-á na forma e nos casos estabelecidos em lei.

§ 5º - Perderá o mandato no senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja rege for eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo partido.

⁴⁷ "Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios:

(...)

§ 1º Não terá direito a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o Partido que não obtiver o apoio, expresso em votos, de 3% (três por cento) do eleitorado, apurados em eleição geral para a Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, 5 (cinco) Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) do eleitorado de cada um deles.

§ 2º Os eleitos por Partidos que não obtiverem os percentuais exigidos pelo parágrafo anterior terão seus mandatos preservados, desde que optem, no prazo de 60 (sessenta) dias, por qualquer dos Partidos remanescentes.

§ 3º Resguardados os princípios previstos no "caput" e itens deste artigo, lei federal estabelecerá normas sobre a criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização financeira dos Partidos Políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento."

o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. - a inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da constituição e da lei, aos respectivos suplentes. - mandado de segurança indeferido (MS n. 20927-DF. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 15/4/1994, p. 8061).

30.São elucidativas as palavras do Relator:

“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 ao voto da legenda), quer isso dizer que, apesar da 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 de 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 artigo 55.”
(fl. 12 do voto).

31.Mais recentemente, o Plenário dessa Corte voltou a discutir o assunto, reafirmando o precedente:

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Eleitoral. Possibilidade de perda de mandato parlamentar. 3. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição (MS n. 23405-GO. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 23/4/2004, p.8).

32.Escreveu na oportunidade o Ministro Relator:

“Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob o regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente [perda do mandato por mudança partidária].” (fls. 2-3 do voto).

Esse é um elemento normativo decisivo para arremate do entendimento. Cabe à própria Casa Legislativa do Deputado, como tradição que se enraíza nos primórdios da instituição parlamentar, desqualificá-lo para a função segundo os ritos e os tipos *numerus clausus* constitucional previstos. E isso se verifica, de maneira vinculada da Mesa Diretora (STF. Pleno. MS n. 25458-DF. Rel. p/ac. Min. Joaquim Barbosa; MS n. 25461-DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence), nas hipóteses de não comparecimento, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; de perda ou suspensão dos direitos políticos e de decretação da Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição (art. 55, § 3º).

Ou como julgamento político e discricionário relativamente à avaliação dos fatos pelo Plenário da Casa, se o parlamentar não promover, se for o caso, a sua desincompatibilização prevista no art. 54; se for condenado criminalmente em sentença transitada em julgado ou se tiver seu procedimento declarado incompatível com o decoro parlamentar (§ 2º, art. 55). O controle jurisdicional em tais casos se restringe às garantias do devido processo constitucional (STF. Pleno. MSMC n. 25647-DF. Rel. Min. Cezar Peluso).

É certo que parte da doutrina se inclina a diferenciar as hipóteses, independente do procedimento adotado pelo constituinte. Temos assim em Pontes de Miranda a afirmação de que apenas o *impeachment* parlamentar, vale dizer, a perda do mandato por falta de decoro parlamentar se dá por meio de decisão constitutiva negativa, enquanto, nos outros casos, teríamos apenas conteúdo declarativo.⁴⁸ Quando parece mais exato pensar que as situações previstas no art. 55, I (incompatibilidade), II (falta de decoro) e VI (condenação criminal definitiva) são definidoras de cassação de mandato por meio de decisão desconstitutiva ou constitutiva negativa, enquanto aquelas dos incisos III, IV e V se dariam pela mera declaração de extinção do mandato.⁴⁹ Duas observações não podem escapar ao espírito: uma que em qualquer das duas hipóteses, garante-se a ampla defesa; outra, que independente da corrente, a falta de decoro parlamentar é causa de perda do mandato.

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967. Tomo II (Arts. 34-112). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 41

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, cit., p. 538

Os regimentos internos poderão, nos termos do parágrafo 1º do supracitado artigo, definir, segundo um juízo jurídico-político de razoabilidade, o que se pode entender como incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos de abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou da percepção de vantagens indevidas.

Nenhuma remissão à infidelidade partidária, encontramos ali. Nem se autoriza aos regimentos incluí-la na lista do indecoro. Significa dizer que eventual mudança no regime e *status* parlamentar no sentido de qualificar-se tal conduta como suscetível de perda do mandato dependerá do juízo de conveniência e oportunidade do constituinte derivado, pois a matéria se acha submetida à reserva de Constituição.

A esse respeito, vale citar as considerações da Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha⁵⁰:

“A opção pelo sistema eleitoral é tarefa do constituinte, e a pormenorização dos seus paradigmas normativos é atribuição do Poder Legislativo, o qual terá como limite de sua ação a natureza mesma dessa competência. Não se há de pensar numa escolha por um ou outro sistema eleitoral fundado exclusivamente no interesse dos partidos políticos, deixando-se em segundo plano o interesse maior, que é do cumprimento integral do sistema da representação, realizador, ou não, da Democracia”

33. Lembro, por fim, que sequer há previsão no Estatuto do Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB de perda de mandato àquele que deixar a legenda depois de eleito.

34. Ora, fosse esta a bandeira defendida pelo Partido, deveria ele, antes de reivindicar as “cadeiras” perdidas, devolver as cadeiras daqueles que, da mesma forma, deixaram seus partidos, após eleitos, para compor a sua bancada, com base na teoria do defendido mandato-partidário.

III. Argumentos formais e metodológicos

35. Há quem entenda que o Tribunal Superior Eleitoral e a fortiori o Supremo Tribunal Federal poderiam, por meio de uma interpretação sistemática evolutiva, identificar no silêncio do constituinte de 1988 espaços principiológicos suficientes para resgatar a regra sancionatória dos tempos militares.

⁵⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Processo eleitoral como instrumento para a democracia. Resenha Eleitoral, Florianópolis, v. 5, n. 1, p. 65-83, jan./jun. 1998.

Em que pesem as prestigiosas orientações, não se pode alegar que essa omissão seja suprível por uma reconstrução teleológica ou sistemática dos enunciados constitucionais, de maneira a encontrar a melhor leitura moral (ou ético-política) da Constituição ou, na voz do *ex-Chief Justice* da Suprema Corte estadunidense, Earl Warren, sob a luz de padrões de decência que marcam o progresso da uma sociedade madura (“the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society”).⁵¹ Para além da argumentação de fundo já aduzida, há duas razões importantes de cunho formal e metodológico que justificam a negativa: o *self-restraint* judicial na hipótese em análise e a juventude de nossa Constituição.

Lembro, em primeiro lugar, que a lição clássica da Teoria do Direito não permite ao intérprete preencher as lacunas impróprias, por acaso, deixadas pelo legislador constituinte.⁵² Em que pesem os avanços da hermenêutica jurídica por meio da sua interlocução com a hermenêutica filosófica e com o giro lingüístico-pragmático, a lição permanece como postulado da razão prática judicial por ser decorrência do princípio da separação dos poderes e, em última instância, do próprio Estado constitucional.

Certo que a definição do que é ou não impróprio é já um problema interpretativo, mas isso não elide a necessidade de serem levantados alguns *topoi* que procurem garantir tanto a estabilidade institucional do direito, quanto a sua legitimidade como orientação de boa exegese. O emprego daquela máxima sustenta, a um só tempo, o crédito de legitimidade conferido pela distinção entre atividade legislativa e atividade judicial (juízo de justificação e de aplicação do direito), quanto serve para estabilizar o mais possível as expectativas generalizadas de comportamento⁵³.

Contra a última assunção se pode levantar a pretensão de uma *Costituzione vivente*, uma *living Constitution*, que se nutre da dinâmica social para revelar ao intérprete o seu sentido mais adequado aos contextos atuais de vida. Seria, assim de se esperar que o intérprete fizesse um esforço hercúleo para encontrar no *velho* texto constitucional *novos* sentidos, de modo a permitir uma renovação contínua de sua validação social, sobretudo na direção do desenvolvimento de uma eticidade corretiva de práticas políticas distorcidas, como a de mudar de partido político sem compromisso com o ideário programático e com desvalia das instituições democráticas.

A argumentação, além de merecer desdobramentos sociológicos e historiográficos, insuscetíveis de tratamento aqui, tem especial significado quando projetamos o desenvolvimento da interpretação constitucional no tempo, especialmente em prazos que vão de médio a longo. Nos Estados Unidos, têm-se por mais *progressistas* as correntes interpretativas que defendem essa atualização nomológica, sob os rótulos mais diversificados como “não

⁵¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958). Ver aplicação recente em *Roper v. Simmons*, no. 03-633 (2004)

⁵² BOBBIO, Norberto. *Teoria General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1998, p. 228

⁵³ GHÜNTER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p.81 et seq, p.371 et seq.

interpretativistas”, “concepção interpretativa desenvolvimentista” ou outros do gênero. Ocorre que lá a Constituição já fez seu ducentésimo décimo aniversário. É mais do que natural que se recuse uma interpretação meramente textualista ou originalista de seu texto em favor de visões atualizadoras e construtivas, sem embargo da predominância conservadora que se abateu sobre a Corte desde o final dos anos 1970.⁵⁴

Esse é um contexto bem norte-americano, cuja emulação pode trazer sérios prejuízos ao debate jurídico-político no Brasil, designadamente à crença, ao patriotismo e à normatividade constitucional. Não que esteja a defender um apego estático a uma vontade constituinte espectral ou à literalidade das enunciações lingüísticas, apenas considero inadequado o transplante *tout court* da experiência norte-americana à realidade brasileira, especialmente no caso e pelas suas peculiaridades mais relevantes.

Parece óbvio que não se pode sublevar contra uma patente e voluntária omissão normativa a título de complementação judicial da obra constituinte, agora, estaríamos mais nitidamente diante do preenchimento de uma “lacuna ideológica”, de *iure condendo*, do que deveria ter dito o constituinte ao invés do que disse.⁵⁵ A admitir-se a hipótese teríamos nítida mutação constitucional exogenética⁵⁶ e um ativismo judicial que iria muito além do programa normativo e da exatidão funcional de seu agir.

*“O limite do desenvolvimento do Direito superador da lei, levado a cabo pelos tribunais”, escreve Larenz, “situa-se onde já não é possível uma resposta (...) com considerações especificamente jurídicas; em especial, portanto, quando se trata de questões de oportunidade ou quando seja requerida uma regulamentação pormenorizada que só o legislador pode encontrar, pois que só ele dispõe das informações para tal necessárias e de legitimação para isso. O limite assim exposto, que resulta da divisão de funções entre actividade legislativa e administração da justiça, foi reconhecido também pelo Tribunal Constitucional Federal [BverfGE 20, 162, 219]”.*⁵⁷

⁵⁴ SAMPAIO, José Adércio L. Adeus aos Métodos? Hermenêutica, Pragmática e Argumentação Constitucional. In ROCHA, Fernando L.X.; MORAES, Filomeno (org.). Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 361 et seq

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria General del Derecho, cit., p. 226

⁵⁶ CANOTILHO, José J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1102

⁵⁷ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 607

Convincentes, a propósito, são também as palavras de Konrad Hesse, quando afirma que o intérprete judicial tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas: “*ele não deve, pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, remover a distribuição constitucional das funções de Estado*”.⁵⁸ O constitucionalista alemão segue adiante em suas lições, agora, vislumbrando as fronteiras a qualquer um que se proponha a interpretar corretamente o texto constitucional: “*o direito não-escrito*” não deve contradizer a “*constitution scripta*”. Quando se desconsidera esse dever, não se interpreta, mas passa-se por cima da Constituição: “*Mesmo que um problema, por conseguinte, não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha dos topoi.*”⁵⁹

Por melhores que sejam as intenções, não podemos fazer tudo com as normas constitucionais ou a elas impormos sentidos que se originam de nossa compreensão de vida boa ou de mudanças políticas e sociais desejáveis.⁶⁰

IV. Mudança de orientação jurisprudencial prospectiva (*prospective overruling*)

36. Embora esteja convicto de que a fidelidade partidária, na reunião com outras medidas que se fazem necessárias à reforma política, tende a reforçar o sistema partidário e o regime democrático, considero, dentro dos estritos quadros jurídico-positivos, que sua qualificação como causa ensejadora de perda de mandato esteja submetida à reserva de Constituição.

Não posso deixar de notar que há uma tendência dessa Corte no sentido de rever a jurisprudência anterior que acolhia esse entendimento, como denotam especialmente alguns votos proferidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1351-DF, de que foi Relator o Ministro Marco Aurélio.

37. Se, de fato, configurar-se a mudança de orientação, seria de bom alvitre para a segurança jurídica e para a estabilidade das regras do regime democrático, que o novo entendimento se aplicasse para a nova legislatura. Ou, pelo menos, que se seguisse o regramento previsto no artigo 16 da Constituição.

Aliás, este tem sido o posicionamento dessa Corte em casos semelhantes⁶¹, conforme a seguir ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À

⁵⁸ HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, cit., § 73 [edição brasileira: p. 67]

⁵⁹ Ibidem, § 77 [edição brasileira: p. 69-70].

⁶⁰ BAKAN, Joel. “Constitutional Interpretation and Social Change: You Can't Always Get What You Want (Nor What You Need).” Canadian Bar Review, v. 70, 1991, p. 307-728

⁶¹ RMS n. 25110/SP Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 09.03.2007, p. 0187.

POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a decla-

ração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.(RE 197917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 07.05.2004, p.0008.)

III.

Pelo exposto, o Ministério Público Federal opina, preliminarmente, pelo não conhecimento do *writ*. Se não for esse o entendimento da Corte, que seja denegada a Ordem. Enfim, se houver a concessão, que seu comando seja aplicável apenas à próxima legislatura.

Brasília, 20 de setembro de 2007.

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA