

Política e auto-referencialidade no Supremo Tribunal Federal: os casos da fidelidade partidária (adi 3999 e 4086) e da ficha suja (adpf 144)

Politics and self-reference in the Brazilian supreme court: an analysis of court cases ADI 3999, ADI 4086 AND ADFP 144

Rafael Benevides Barbosa Gomes*

Valter Moura do Carmo**

Resumo

A função de interpretar e concretizar a constituição, imputada à jurisdição constitucional, lida diretamente com o problema da discricionariedade. O Supremo Tribunal Federal - STF, intérprete autêntico da constituição brasileira, há de exercer essa inevitável discricionariedade dentro dos limites da (1) *auto-referencialidade* e consequente (2) *auto-reprodução* do sistema jurídico, características essas que garantem a autonomia do direito na sociedade moderna e que representam o marco teórico adotado pelo trabalho, desenvolvido pela teoria os sistemas. Especificamente para o caso brasileiro, essa duas características são comprometidas, gerando o fenômeno da *alopoiese*. O trabalho, a partir da análise de duas decisões específicas do STF (caso da fidelidade partidária e da vida pregressa ou ficha suja), verificou que a *alopoiese* jurídica representa, sim, a realidade da jurisdição constitucional brasileira, de modo que a *autopoiese*, ao contrário, não representa descrição fiel da realidade periférica, mas sim uma condição imprescindível à unidade operacional e autonomia do direito, que deverá ainda ser alcançada de forma plena no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

* Mestrando em Administração Pública Pela Escola de Governo George Bush (Texas A&M) Graduate Student Fellow at the National Center for Policy Analysis (NCPA) Editor-chefe, The Public Servant (Bush School Newsletter)

** Graduado e Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Bolsista da FUNCAP. E-mail: valtermouracarmo@edu.unifor.br

Palavras-chave: Política. Jurisdição Constitucional. Teoria dos Sistemas. ADI nº 3999. ADI nº 4086. ADPF nº 144.

Abstract

The aim of interpreting and applying the constitution, a function given to the constitutional review system, deals directly with the problem of ambiguity. The Brazilian Federal Supreme Court, the authentic interpreter of our constitution, ought to deal with that problem within the limits of self-reference and self-reproduction, two characteristics that secure the autonomy of modern law and represent the theoretical framework used by the article, which was developed by the systems theory. In the Brazilian case, those two characteristics are compromised, something that generates the so called phenomenon of alopoiesis. The article, through the analysis of two specific decisions of the Brazilian Supreme Court, concluded that the legal alopoiesis represents, indeed, a reality of the Brazilian constitutional review system, in a way that Luhmann's legal autopoiesis, on the other hand, does not represent a description that can be applied to the peripheral reality of Brazil, but is instead a necessary condition to the autonomy of law, which still has to be reached within the realm of the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Politics. Judicial Review. Systems Theory. ADI nº 3999. ADI nº 4086. ADPF nº 144.

1 A influência da política sobre a jurisdição constitucional

No âmbito da jurisdição constitucional, os tribunais têm de lidar com questões mais complexas do que aquelas situadas em níveis primários de sua hierarquia interna. O foco de sua práxis é a interpretação, e conseqüente concretização, de uma carta normativa que já representa, por natureza, uma conexão íntima entre direito e política (LUHMANN, 2007, p. 620)¹.

Pode-se conceber essa atividade, portanto, desde sua natureza, como eminentemente política, a partir do que se pretende demonstrar.

¹ Vide também, LUHMANN, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt am main: Suhrkamp, 2006, p. 470 ss; e também NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 97.

Noutro viés, Gina Pompeu e Clarissa Maia (CONPEDI, 2009), levantaram a tese da Prevalência do Estado Legal sobre o Estado Moral :posicionamento dominante no TSE e no STF quando do deferimento de candidatura a mandato político. O artigo examinava os julgados ocorridos na Corte Constitucional e Eleitoral a respeito da impugnação do registro de candidatura de cidadão possuidor de má conduta social e política constatada por meio da análise da vida pregressa do candidato feita pela Justiça Eleitoral. A questão foi submetida à apreciação do Poder Judiciário em diversos Tribunais Regionais Eleitorais do país, chegando ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Supremo Tribunal Federal com a indagação central quanto à auto-aplicabilidade do preceito contido no Art. 14 § 9º da Constituição Federal, com argumentos colacionados a respeito da dúvida explicitada, e os principais pontos trazidos à discussão nos julgamentos da tese de inelegibilidade decorrente de inidônea vida pregressa de candidato, naquele momento diante da inexistência de lei específica.

Pelo fato de seu principal instrumento de defesa (a constituição) ser uma norma com alto grau de abstração, disposta no topo do escalão normativo, a variabilidade de sentidos possíveis atribuídos às suas normas se dá em alto nível. Decorre de tal característica a existência de um nível de indeterminação altíssimo, o que admite uma abertura cognitiva inevitável do sistema jurídico ao seu ambiente mais correlacionado: o sistema político.

A reflexão acerca de como podem ser estabelecidas condições para averiguar que interpretação deve sempre ser considerada como a mais adequada para a concretização dos direitos é, contudo, incerta, e representa um desafio comumente ressaltado (STRECK, 2006, p. 90)². Uma posição da ciência jurídica que identifica a atividade hermenêutica como simples estudo das possibilidades de construção de sentido possíveis à norma (relativismo), deixando de lado a tentativa de alcançar uma interpretação “correta” ou mais “adequada” para cada caso, entraria em choque com o que hoje se chama de *neoconstitucionalismo* (STRECK, 2006, p. 90). Essa autoabstenção da tarefa de construir uma

² No sentido contrário, para Albuquerque (2006, p. 682), não há que se cogitar uma “ontologia da comunicação jurídica, onde houvesse um sentido definitivo de normas a ser conhecido”, dada a impossibilidade de tal concepção.

teoria acerca dos tipos de interpretação constitucional adequados é, segundo Lenio Streck, uma discricionariedade positivista, própria de uma teoria do direito que não lida, de forma adequada, com a importância dos princípios na realidade jurídica contemporânea. Hans Kelsen e Herbert Hart seriam os principais alvos dessa crítica. Disso se pode concluir que a interpretação/aplicação do direito não deve se fundar, portanto, numa atitude discricionária, mas antes numa intersubjetividade, que seria o paradigma central de uma democracia.

Contudo, a realidade não é essa. Dentro do Poder Judiciário, é a partir da adoção de elementos externos, de cunho não jurídico, que se decide acerca do conflito entre critérios jurídicos. Em outras palavras: ao se lidar com um choque de princípios através do uso retórico da proporcionalidade, a posição que decide pela prevalência de um princípio em relação ao outro, para determinado caso, estará sendo valorada e, portanto, escolhida como correta com base em um juízo de valor subjetivo.

E tal juízo, dado o contexto no qual se insere a jurisdição constitucional, será, predominantemente, um juízo político acerca de que caminho deve ser traçado. Não é à toa que, no caso brasileiro, a ascensão ao cargo de membro do tribunal responsável pela interpretação autêntica da constituição passa pelo crivo do senado federal e é, por último, submetido à chancela do chefe do poder executivo. As implicações políticas da interpretação dada à Constituição de um Estado de Direito afetam toda a sociedade, independentemente do conteúdo de cada decisão emitida pela corte responsável para tanto.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal não constitui exceção à regra. Sua jurisprudência em relação à vigente Constituição de 1988, construída ao longo de cerca de vinte anos, deixa refletir, de modo claro, o contexto político de cada decisão importante ao longo de sua história. A ciência acerca de tal fato somente é visualizada a partir de um estudo científico que não se resume às análises dos movimentos internos da dogmática jurídica a respeito do controle de constitucionalidade, mas que busque na Teoria Constitucional, na Teoria da Democracia, no Direito Constitucional Comparado, bem como em outros campos, uma perspectiva privilegiada sobre o objeto de estudo. Nesse sentido é que o conteúdo do debate em anexo, subdividido em capítulos que tratam de decisões importantes em sede de controle de constitucionalidade concentrado, debruça-se de forma mais detalhada

sobre o problema das implicações políticas das decisões do Supremo Tribunal Federal.

A influência da política sobre a posição dos tribunais na jurisdição constitucional, especialmente sobre o Supremo Tribunal Federal, é igualmente explicada pelo prisma sociológico da moderna teoria dos sistemas, na medida em que direito e política se encontram, através da Constituição, num estado de relações estável, terminologicamente designado por Luhmann como acoplamento estrutural³.

Ainda que o direito, na amplitude de seu fechamento operacional sistêmico, diferencie-se dentro da sociedade como uma teia de comunicação autoreferencial, seu funcionamento circular encontra uma assimetria na abertura cognitiva que lhe é própria: as irritações que o aumento da complexidade social lhe impõe⁴. Isso significa que, ainda que o direito assuma uma autonomia funcional na modernidade, tal fato não implica desconsiderar a constante influência de outras formas de comunicação social. Pelo contrário, o sistema somente sobrevive se acompanhar o desenvolvimento de seu entorno, daí a ideia básica de Luhmann acerca das relações entre sistema e ambiente, de modo que o sistema não sobrevive sem o ambiente, e vice-versa (LUHMANN, 2005, p. 16-17 e 20). Na medida em que o sistema político toma novas decisões vinculantes, essas representam um aumento de possibilidades que vêm a influenciar a *autopoiese* jurídica, levando à produção de decisões judiciais influenciadas pelo ambiente, interrompendo a interdependência dos componentes sistêmicos. Tal influência não pode ser confundida, contudo, com determinação unilateral, uma vez que não há comunicação entre sistema e ambiente.

Por outro lado, ainda no caso brasileiro, a situação possui restrições em relação à concepção luhmanniana original. Identifica-se aqui o fenômeno da efetiva falta de autonomia operacional do direito. Isso porque a chamada determinação alopoiética do sistema jurídico prevalece na maior parte da sociedade moderna (mundial), segundo o

³ Estado de relações em que dois sistemas moldam o ambiente um do outro, de modo que ambos estabelecem uma dependência mútua para continuar sua autoreprodução e aumento da complexidade. Para tanto, vide Hans-Georg Moeller (2006, p. 19).

⁴ Acerca da combinação entre fechamento operacional e abertura cognitiva, vide Niklas Luhmann (1988, p. 22). No mesmo sentido Marcelo Neves (2001, p. 255).

principal responsável pela recepção da teoria dos sistemas no Brasil, Marcelo Neves (1994, p. 124). A partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se observar a predominância de uma retórica constitucionalista, sempre referente ao texto constitucional, mas que se distancia da efetiva concretização das normas constitucionais, de modo que a própria atividade jurisdicional gera uma politização “adiferenciante” do Direito (NEVES, 1994, p. 129 e 131).

É o que se pode observar, por exemplo, na interpretação que foi inicialmente dada ao texto constitucional que estabelece a garantia fundamental do mandado de injunção⁵, que constitui instrumento democrático que possibilitaria a ocorrência daquilo registrado na Hungria durante a década de noventa, fato que acabou sendo conhecido, cientificamente, ainda que com pouca amplitude, como *democracia pelo judiciário* (SCHEPPELE, 2005).

O funcionamento autoreferencial do direito não ocorre na modernidade periférica, notadamente a brasileira, porque a conexão existente entre os componentes sistêmicos (ato normativo, normas, procedimentos e doutrina) é quebrada (NEVES, 2001, p. 226; 1994, p. 127 e 129)⁶. Normalmente, uma decisão judicial encontra na ciência do direito, na jurisprudência predominante ou em princípios constitucionais os referenciais jurídicos que servirão como seu fundamento, filtrando-a para dentro do sistema jurídico, e funcionarão também como paradigma para a valoração dos sentidos possíveis de uma norma⁷.

⁵ É possível perceber, contudo, a tendência voltada para a mudança desse entendimento, a partir do Mandado de Injunção N.º 708/2006 (Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes), que solucionou, para o caso concreto, a omissão de norma regulamentadora da greve de servidores públicos a partir da aplicação, no que coubesse, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o direito de greve dos trabalhadores em geral.

⁶ Para essa concepção de alopirose, vê-se uma direta influência do modelo de Gunther Teubner (1989, p. 77 e ss), que faz a diferença entre direito autopoiético, parcialmente autônomo e socialmente difuso, onde nesses dois últimos estágios o hiperciclo entre os componentes sistêmicos é interrompido.

⁷ Aqui, reconhece-se que tal argumento é discutível. No momento em que o intérprete autêntico se depara com os possíveis sentidos de aplicação da norma, o ato de vontade que decide sobre aquele sentido a ser utilizado é, na prática, determinado por influências externas, oriundas do ambiente, e não do próprio sistema. No caso brasileiro, é comum os juízes de instâncias primárias se deixarem influenciar pela ambição profissional e acabarem produzindo suas decisões em conformidade com o que decidem os tribunais, ⁷

Na *alopoiese* jurídica, os referenciais usados não provêm diretamente do próprio sistema, mas sim do ambiente, especialmente da política e da economia, segundo Marcelo Neves (1994, p. 128). Contudo, não é fácil detectar a ocorrência desse fenômeno na prática, uma vez que o discurso jurídico da práxis é sempre permeado por referenciais jurídicos que, apesar de não terem servido como paradigma para a construção de sentido da norma, servem para filtrar a comunicação não jurídica, fundamentando, desse modo, a corrupção sistêmica.

Para identificar o fenômeno da corrupção sistêmica, ou *alopoiese* do direito, o presente trabalho sustenta a possibilidade de um estudo crítico dos argumentos presentes nas decisões judiciais, assim como também a de um estudo comparado entre o discurso da práxis jurídica e o discurso teórico⁸. É possível perceber que, (1) quando se está diante de argumentos fracos e não expressamente fundados em referenciais jurídicos válidos e interligados pelos componentes sistêmicos ou (2) quando há descompasso entre o discurso teórico e o discurso prático, este realizado no âmbito da jurisdição constitucional, tem-se uma ou mais evidências em favor da existência de uma determinação direta do ambiente no processo decisório, seja ela política ou de ordem econômica, por exemplo.

No segundo método, o discurso teórico representaria, nesse sentido, uma manifestação presumidamente livre e, portanto, imparcial. Contudo, não é necessariamente reproduzido pelos seus responsáveis

⁷ com a intenção de ascender para os patamares superiores da organização administrativo-burocrática do judiciário. Ainda que a ideia de uniformização jurisprudencial seja benéfica ao sistema e possa fundamentar-se em referenciais internos, a real intenção, no exemplo citado, não é essa. Tal fenômeno é observado pela teoria dos sistemas como comunicação autoreferencial comum, não incorrendo em qualquer hipótese de corrupção sistêmica. Do mesmo modo, não há, nesse caso, sequer *alopoiese* jurídica, segundo Marcelo Neves (1994, p. 129), desde que presente, claro, um fundamento jurídico que permita a autoreferencialidade. Essa, portanto, é uma falha que se observa na teoria dos sistemas: a capacidade de não poder diferenciar uma comunicação jurídica filtrada e influenciada por critérios externos de uma comunicação jurídica filtrada e influenciada por referenciais internos, uma vez que a primeira, em alguns casos, pode ser prejudicial ao sistema e acabar gerando, igualmente, uma utilização meramente simbólica (ou até utilitarista, se preferir) dos referenciais jurídicos do sistema.

⁸ Esse método de análise é utilizado por Alan Dershowitz (2002), ao criticar a decisão da Suprema Corte Americana no caso Bush v. Gore, ainda que não esteja diretamente ligado com a Teoria dos Sistemas. Tal relação é construída pelo presente trabalho.

no âmbito da práxis jurídica. Nesse momento, perceber-se-ia a diferença entre uma comunicação jurídica autoreferencial (discurso teórico ou científico) e uma comunicação não jurídica (discurso da práxis)⁹. Esse segundo método, como se verá ao fim do trabalho, não provém diretamente da teoria dos sistemas, mas representa modo eficaz de se verificar esse fenômeno na prática.

Por esse prisma é que se fala em influência direta da política sobre a jurisdição constitucional. A abertura a influências externas pode ser tamanha que o direito acaba cedendo ao domínio da política. Com isso, todo o sistema pode ser comprometido, visto que da interpretação constitucional deriva a construção de sentido normativo em escalões primários do judiciário. A sobreposição do código político sobre o direito seria, portanto, uma realidade brasileira, de acordo com a constitucionalização simbólica, tendo como consequência direta uma jurisdição constitucional cada vez mais determinada por critérios externos à circularidade sistêmica, ainda que blindados por um discurso que fecunda uma constitucionalização simbólica que “afeta as estruturas fundamentais da constituição e põe a autonomia do direito globalmente em questão” (NEVES, 1994, p. 131).

É essencial perceber, contudo, que a influência de referenciais políticos na atuação dos tribunais pode – e deve – ser benéfica, desde que tais referenciais sejam aqueles constitucionalmente previstos. Afinal, o direito constitucional é um direito eminentemente político, uma vez que oriundo de uma carta política: a constituição. Nela estão os valores (ainda que relativos) que devem nortear o estado como um todo, sendo o principal deles a ideia de democracia. Quando se cerceia, através do histórico mandado de injunção 107-3, de 1989, por exemplo, a possibilidade de se pleitear em juízo o exercício de um direito violado por omissão legislativa, está-se limitando o acesso à justiça e à participação democrática nas decisões oriundas do estado, valores esses garantidos pela constituição.

⁹ Um possível argumento contrário a esta hipótese é o de que o discurso teórico pode, igualmente, estar fundamentado por referenciais do ambiente sistêmico. Quando isso ocorre, ambos os discursos contribuem para a alopoiese jurídica.

Quando a constituição é observada como o único conjunto de valores políticos e sociais que devem fundamentar a comunicação jurídica, a autonomia do direito é preservada¹⁰. De modo igual, a liberdade política também resta preservada, uma vez que a sociedade estará se submetendo somente a decisões jurídicas norteadas por princípios políticos aceitos pela sociedade através da constituição. Toda e qualquer comunicação jurídica que compromete tal fórmula se transforma em ato de conteúdo não abarcado pela constituição, fundamento último da república.

2 Análise crítica do votorelator na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 144-7

Como explicitado acima, o objetivo traçado pelo trabalho é o de analisar, de forma crítica, as decisões emitidas pelo Supremo Tribunal Federal em duas ações específicas: 1) A ADPF nº 144-7, que garante a constitucionalidade de dispositivos da lei complementar 64/90 (Lei de Inegibilidades) e da interpretação judicial dada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao texto do §9º, do art. 14, Constituição Federal, com a redação dada pela emenda constitucional nº 4/94, e 2) a ADI nº 3999-7, que trata da fidelidade partidária e da constitucionalidade da Resolução 22.610, do Tribunal Superior Eleitoral.

O porquê da escolha dessas duas decisões é definido também por um motivo claro. O referencial teórico da *alopoiense* jurídica, que ressalta a descaracterização do funcionamento autoreferencial do direito, põe em foco a grande influência que possui a política sobre esse fenômeno. A escolha da análise de ações de constitucionalidade de caráter concentrado que versam sobre temas intimamente relacionados à política resta, portanto, evidente.

¹⁰ Novamente, reconhece-se a possível fragilidade do argumento. Ao se utilizar um valor constitucionalmente previsto como referência para o ato de vontade que escolhe o sentido da norma a ser aplicado, como é o caso da liberdade (Art. 3º, I / CF88), teremos o mesmo problema: a textura aberta inerente a essa expressão é inimaginável, de modo que seu sentido variará a depender da concepção política daquele que a interpretará.

Quando se está discutindo, no âmbito judicial, temas como fidelidade partidária e inelegibilidade política, a incidência de referenciais externos ao direito é forte, e, conseqüentemente, torna-se mais desafiador desenvolver, no âmbito das cortes constitucionais, uma comunicação estritamente republicana, ou seja, fundada em critérios objetivos (ou jurídicos, como se queira). Com base nesses pressupostos é que se fará o desenvolvimento do trabalho, a fim de examinar a ocorrência de um funcionamento autoreferencial pleno ou de uma *alopoiése* dentro do sistema jurídico. Neste capítulo, a decisão analisada será a da ADPF nº 144-7.

Preliminarmente, há que se conhecer, assim como o fez o STF, da arguição de descumprimento de preceito fundamental nessa hipótese, especificamente no que diz respeito à impugnação da constitucionalidade da Lei Complementar nº 64/90. Isto porque a referida lei, ainda que tenha ganhado validade normativa após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é anterior ao dispositivo constitucional com que, supostamente, possui incompatibilidade.

No que diz respeito à tentativa de declarar como inconstitucional, por meio de ADPF, a interpretação emitida pelo Superior Tribunal Eleitoral sobre o art. 14, § 9º da CF, observa-se não só a admissibilidade jurídica de tal pretensão, mas também a importância dada à questão da interpretação.

Paulo A. de Menezes Albuquerque e Rafael Benevides Barbosa (2007, p. 225-238) sublinharam, em trabalho anterior, a necessidade de focar o estudo do direito – e, naquela oportunidade, o estudo da súmula vinculante – na questão da interpretação. Decisões vinculantes emitem uma uniformização jurisprudencial que resolve o problema da indeterminação jurídica, ou seja, da existência de uma pluralidade de interpretações sobre uma mesma norma de periferia ambígua¹¹. Do mesmo modo funciona essa forma de utilização da ADPF: a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, ou seja, aquela que ataca determinada interpretação de uma norma, uma vez que seu texto objetiva uniformizar a jurisprudência existente sobre a interpretação

¹¹ O termo se refere ao estudo da norma desenvolvido por Hart (1994, p. 124-126), cuja visão é de que toda norma possui um núcleo claro de significado e, ao mesmo tempo, uma periferia ambígua, abrindo espaço para as open textures.

de uma determinada norma, eliminando, ou pelo menos reduzindo, a controvérsia jurídica relevante existente.

A partir desses dois pedidos básicos, apresentados na petição inicial da ADPF nº 144, o objetivo da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB foi o de impedir a candidatura a cargos públicos por parte de candidatos envolvidos em processos criminais, de improbidade administrativa ou de ação civil pública, onde a declaração de inconstitucionalidade (com redução de texto e sem redução de texto) foi mero instrumento, meio. Revestida de argumentos jurídicos, a AMB declarou a defesa do princípio da moralidade administrativa em sua pretensão, além de outros argumentos mais técnicos, como a desnecessidade da existência legal de hipóteses específicas para investigar a “vida pregressa” e da autoaplicabilidade do art. 14, §9º da CF. Aceitando o cabimento da ação, bem como a pertinência temática da AMB, o STF decidiu sobre o mérito.

Aqui, ainda que seja relevante expor as razões jurídicas que fundamentam o voto do ministro relator Celso de Mello, o real foco é a análise da origem e da natureza de alguns dos argumentos por ele utilizados, sob a ótica da teoria dos sistemas.

Ressalta-se aqui, mais uma vez, que o objetivo do trabalho reside em verificar se as decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que sempre fundadas em referenciais jurídicos, respeitam a autonomia e o funcionamento autoreferencial do direito, ou se acabam por corromper essa circularidade do sistema jurídico frente ao sistema político.

Não é segredo que, ao longo de seus votos/decisões, os ministros do STF fazem uso de referenciais teóricos, políticos, filosóficos, históricos, sociológicos, econômicos etc., além dos fundamentos jurídicos necessários. É durante o uso de tais referenciais externos que se dá a interação do sistema jurídico com o seu ambiente correlacionado.

No âmbito da jurisdição constitucional, cujo objeto de discussão nada mais é do que uma carta política proclamada por razões eminentemente políticas e advinda do sistema político, resta óbvio que o ambiente mais correlacionado em grande parte da atividade decisória é, de fato, o da política. Quando a demanda judicial envolve questões de cunho igualmente político, fica evidente que há uma interação predominante entre esses dois sistemas: o sistema jurídico e o sistema político.

É com esse pressuposto que se analisa a decisão do STF na ADPF de número 144. Há, nesse caso, como sugere a teoria da constitucionalização simbólica – que é uma adaptação da teoria dos sistemas para a realidade periférica dos países em desenvolvimento – a produção de elementos internos do sistema a partir de componentes externos (*alopoiese*)? Isso acarretaria uma perda de autonomia por parte do sistema, ainda que momentânea? Na hipótese aqui analisada, a temática gira em torno de uma garantia constitucional fundamental e da possível criação de hipótese de inelegibilidade com base nos princípios constitucionais de caráter administrativo presentes no *caput* do art. 37 da Constituição.

Se houvesse a necessidade de se escolher um parágrafo que pudesse resumir em sua totalidade o conteúdo do voto do ministro Celso de Mello, relator da ADPF 144, seria aquele apresentado às páginas 25 e 26, onde as razões jurídicas são enfatizadas, culminando com o conhecimento da ação e o indeferimento do mérito:¹²

Dois referenciais jurídicos – um formal, e o outro, material – representam o núcleo da posição do relator: a impossibilidade de criação de nova hipótese de inelegibilidade em razão de (1) reserva constitucional de lei complementar e em virtude do (2) direito fundamental à presunção de inocência, como se pode depreender a partir do trecho exposto acima. Tomando por base esses dois pontos, é possível uma análise sistêmica da comunicação jurídica utilizada pelo ministro.

No funcionamento autoreferencial do direito na sociedade, há, em Luhmann, uma ideia de autonomia representada por diversas expressões que, ainda que eivadas de pequenas variantes conceituais, acabam sendo utilizadas como sinônimos. *Fechamento operacional*,

¹² “Tenho para mim que a pretensão deduzida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, considerados todos os fundamentos expostos, pelos eminentes Ministros MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO e EROS GRAU, nos já mencionados julgamentos realizados pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, revela-se inacolhível, porque desautorizada, não só pelo postulado da reserva constitucional de lei complementar (CF, art. 14, § 9º, c/c o art. 2º), mas, também, por cláusulas instituídas pela própria Constituição da República e que consagram, em favor da pessoa, o direito fundamental à presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), e que lhe asseguram, nas hipóteses de imposição de medidas restritivas de quaisquer direitos, a garantia essencial do devido processo (CF, art. 5º, LIV)”. (BRASIL, 2008b, p. 25-26).

autoreferencialidade, *autopoiese* e *autoreprodução* são conceitos que constroem o direito como estrutura social imune a interferências diretas de outros sistemas em sua necessária autonomia.

O direito, em si, há de funcionar com base em critérios próprios e munido de uma racionalidade imanente, assim como todos os outros principais sistemas sociais (política, educação, economia). Sua comunicação específica, representada por normas, princípios, contratos, ciência jurídica etc., permite a diferenciação frente ao ambiente, criando uma linguagem e “mundo” específicos. Da mesma forma, atua como ponto de partida para sua autoreprodução.

O desenvolvimento e o funcionamento do sistema jurídico se dá por meio dessa autoreprodução, ou *autopoiese*. Aqueles envolvidos na prática do direito sabem e reconhecem que – ao menos formalmente – as decisões e outras formas de comunicação produzidas dentro do direito devem ser baseadas em outros referenciais igualmente jurídicos, especialmente quando se está falando do Poder Judiciário, que representa seu núcleo sistêmico.

Decisões provenientes de uma Corte Constitucional não são diferentes, embora possuam um nível maior de uso dos outros dois estágios da *autopoiese* de Luhmann, a *reflexividade* e a *reflexão*. Este último ocorre quando se faz uso de referenciais doutrinários e/ou científicos para desenvolver argumentação. No voto em análise, pode-se observar a chegada ao nível da *reflexão* durante o seguinte trecho:

A presunção de inocência, a que **já** se referia Tomás de Aquino, em sua ‘*Suma Teológica*’, **constitui** resultado **de um longo** processo de desenvolvimento político-jurídico, **com raízes**, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), **embora**, segundo outros autores, **o marco histórico** de implantação desse direito fundamental **resida** no século XVIII, **quando**, sob o influxo das ideias iluministas, **vem esse direito-garantia a ser consagrado**, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776). (BRASIL, 2008b, p. 25-26) (grifo original)

Aqui, o ministro faz referência, inicialmente, à *Suma Teológica*, de São Tomás de Aquino, para afirmar a importância política e jurídica do respeito ao referencial jurídico central que fundamenta seu voto: o princípio constitucional de presunção da inocência. Paralelamente, menciona a origem jurídica do postulado em documentos históricos,

como a Magna Carta inglesa e a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia.

Segundo a lógica de funcionamento autoreprodutivo do sistema jurídico, a reflexão, último estágio da *autopoiese*, não quebra, de modo algum, o ciclo autoreferencial que preserva a autonomia do direito. Ao contrário, tal estágio é parte do processo autopoietico inerente ao sistema. O voto, então, segue com o momento reflexivo, citando o processo histórico pelo qual passou a presunção de inocência, igualmente prevista em diploma normativo do plano internacional, *i.e.*, a Declaração Universal dos Direitos Humanos – este último, um referencial jurídico positivado, representando pura autoreferência basilar:

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, **enriquecido** pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, **projetou-se**, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, **cujo art. 9º** solenemente proclamava a **presunção de inocência**, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime. (BRASIL, 2008b, p. 27). (grifo original).

Até o trecho em destaque, não há qualquer forma, ainda que tentável, de reprodução de argumentos com base em referenciais políticos – ou de outra ordem – que sejam puramente externos. Há, portanto, um funcionamento autoreferencial pleno no votorelator.

Em seguida, o ministro Celso de Mello transparece, em trecho subsequente, a sua inclinação política quanto à forma de regime que considera mais adequada para um sistema político. Em crítica direta ao absolutismo, o ministro vincula a presunção de culpabilidade a este regime, no sentido de enfraquecer o argumento que entende pela criação de nova hipótese de inelegibilidade:

O que se mostra importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, é que, **não obstante** golpes desferidos por mentes autoritárias **ou** por regimes autocráticos, **que preconizam** o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário, **a presunção de inocência, legitimada** pela ideia democrática, **tem prevalecido**, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, **no contexto** das sociedades civilizadas, **como**

valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. (grifo original)

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira, **promulgada** em 1988 e **destinada** a reger uma sociedade **fundada** em bases democráticas, **é bem o símbolo representativo da antítese** ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, **considerado** o contexto histórico **que justificou**, em nosso processo político, **a ruptura** com paradigmas autocráticos do passado e **que banuiu**, por isso mesmo, **no plano** das liberdades públicas, **qualquer ensaio autoritário** de uma inaceitável hermenêutica de submissão, **somente justificável numa perspectiva ‘ex parte principis’**, cujo efeito mais conspícuo, **em face** da posição daqueles **que presumem a culpabilidade** do réu, **ainda** que para fins extrapenais, **será a virtual esterilização** de uma das mais expressivas e historicamente significativas conquistas dos cidadãos, **que é a de jamais** ser tratado, pelo Poder Público, **como se culpado fosse!** (BRASIL, 2008b, p. 31) (grifo nosso)

Contudo, é evidente que tais razões também configuram argumentação jurídica autoreferencial, ou seja, válida. Ainda que a imagem do absolutismo viesse a ser modificada, perdendo a carga autoritária e negativa que carrega, uma decisão judicial que pratique um juízo de valor favorável ao regime democrático seria a única passível de fundamentação juridicoconstitucional. Isso porque a Constituição adotou a democracia como regime de governo, algo que é evidente em diversas passagens do texto constitucional¹³.

A exemplo do que foi mencionado na introdução deste trabalho, para efeitos de argumentação, a constituição deve ser observada como único conjunto de valores políticos relativos que podem fundamentar uma decisão no âmbito judicial, conservando, portanto, o caráter jurídico de tais valores. É fundamental perceber também que, segundo a perspectiva aqui adotada, não existem valores que possam ser

¹³ Dentre diversas menções, as principais são: art. 1º, caput; art. 5º, XLIV; art. 17, caput; art. 34, VII, “a”, todos da Constituição Federal.

concebidos como absolutos, sejam eles de qualquer espécie. Não é à toa que Hans Kelsen, na posição de cientista político, em uma de suas obras, chama atenção para esse ponto, dizendo que valores não podem ser absolutos, apenas relativos; não podem ser verdadeiros ou falsos; não são proposições, mas diretivas (KELSEN, 1948, p. 909). Tal concepção deriva diretamente da limitação do conhecimento, e pelo fato de valores serem criações humanas, não podendo, igualmente, serem conhecidos em sua essência.

Os argumentos apresentados pelo ministro, portanto, não geram uma corrupção sistêmica própria da *alopoiese* jurídica, mas tão-somente uma autoreferência típica de um sistema em pleno funcionamento, chegando ao nível da reflexão, último estágio da *autopoiese*.

O principal argumento que defende essa hipótese, levantada pelo presente trabalho, é um trecho do votorelator em que o ministro Celso de Mello busca evitar, em verdade, uma corrupção sistêmica que poderia ser causada por um eventual voto contrário ao seu, isto é, por uma posição que arguisse pela criação de nova hipótese de inelegibilidade. A pergunta imediata a ser feita contra tal afirmação é: como uma decisão contrária ao votorelator poderia constituir uma falha no funcionamento autoreferencial do sistema jurídico?

A resposta a esse questionamento é igualmente simples. Com a declaração da inconstitucionalidade de parte da Lei Complementar nº 64/90 (Lei de Inelegibilidades), e a paralela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto da interpretação, estar-se-ia criando, de forma não expressa, uma hipótese normativa alheia a uma exigência constitucional formal (lei complementar), por meio de um enunciado normativo oriundo do judiciário (Resolução do TSE), cuja competência exclusiva é do poder legislativo. E, ainda, a criação de tal hipótese normativa seria contrária a um princípio constitucional que constitui cláusula pétrea, pois presente no art.5º.

O ministro relator chega ao ponto de caracterizar uma decisão que opta por esse caminho como sendo baseada em critérios próprios. Critérios esses, sem dúvida, externos ao funcionamento autoreferencial necessário à jurisdição constitucional. Eis o trecho do voto:

Esta Suprema Corte **não pode**, por isso mesmo, **substituindo-se**, inconstitucionalmente, ao legislador, **estabelecer**, com apoio **em critérios próprios**, meios

destinados a viabilizar a **imediate** incidência da regra constitucional mencionada (CF, art. 14, § 9º), **ainda mais** se se considerar **que resultarão**, dessa proposta da AMB, **restrições** que comprometerão, **sem** causa legítima, **a esfera jurídica** de terceiros, **a quem não se impôs** sanção condenatória **com trânsito** em julgado. (BRASIL, 2008b, p. 90). (grifo original)

Aqui, o ministro chama atenção para o perigo iminente de uma *alopoeise jurídica*, ou seja, de uma decisão judicial que ignora a força dos argumentos jurídicos e tenta construir de forma semiautônoma critérios próprios – e muitas vezes a partir de influências externas – que venham a fundamentar a decisão em questão. Resta evidente que o próprio relator da ação está ciente dessa ameaça à autonomia do direito e ao referencial último e principal do sistema jurídico, que garante sua diferenciação frente ao sistema político.

De forma “disfarçada”, uma posição que permitisse a criação de nova hipótese de inelegibilidade busca seu único referencial jurídico numa interpretação expansiva do princípio da moralidade administrativa. No mesmo sentido, o princípio da presunção de inocência, garantia fundamental de índole pétreia presente no art. 5º, acabaria tendo sua eficácia contida, limitada, ganhando mero caráter simbólico, cuja validade normativa não seria refletida no caso prático, mas tão-somente no plano retórico.

Uma decisão que criasse nova hipótese de inelegibilidade, julgando pela inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 64/90 e pela inconstitucionalidade sem redução de texto da interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao § 9º do art. 14 da Constituição Federal, quebraria a ligação existente entre os componentes sistêmicos necessários à argumentação jurídica. Desse modo, de acordo com o referencial teórico aqui utilizado, observa-se que a decisão emitida pelo Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº144 não obsta a autonomia funcional do sistema jurídico, e tampouco acarreta uma conseqüente constitucionalização simbólica do princípio constitucional em questão: o da presunção de inocência (Art. 5º, LVII da Constituição Federal). Isto porque a incidência da garantia fundamental em questão é levada em conta, sobrepondo-se à pretensão de inconstitucionalidade proposta pela petição inicial da ADPF.

É possível observar que a análise aqui desenvolvida procurou fazer uso real de uma teoria social que, de modo algum, deve ficar confinada no âmbito puramente teórico, mas, ao contrário, deve ser utilizada como ferramenta para compreender a realidade. A teoria dos sistemas, paradigma teórico utilizado para explicar o funcionamento operacional do sistema jurídico, funcionou como meio. No tópico seguinte, a mesma metódica será utilizada, tendo como exemplo uma outra decisão, com o fim de verificar a existência ou não do fenômeno da *alopoiese* jurídica.

3 Análise crítica do voto relator nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 3999-7 e nº 4086-3

O exemplo oferecido pelo tópico anterior acabou por falsear/refutar a hipótese de que a jurisdição constitucional brasileira comprometeria o funcionamento autoreferencial do direito, levando-o à *alopoiese* jurídica e a uma conseqüente constitucionalização simbólica dos direitos e garantias fundamentais expostos na carta Magna. Nesta seção, a decisão objeto da análise é aquela proferida nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 3999-7/DF e nº 4086-3/DF, julgadas em conjunto, cujo relator é o ministro Joaquim Barbosa. Aqui o tema gira em torno da chamada fidelidade partidária, exposta na seguinte pergunta: os mandatos eletivos pertencem aos parlamentares eleitos ou aos partidos políticos aos quais estão filiados?

Tema de notória repercussão, a fidelidade partidária foi igualmente discutida em mandados de segurança impetrados por partidos políticos no Supremo Tribunal Federal, contra a presidência da câmara, no sentido de obter a efetiva declaração de vacância dos cargos ocupados por parlamentares que mudaram de partido. O interesse maior, portanto, seria o de garantir ao partido a posse sobre o mandato e nomeação de suplentes para o cargo que venha se tornar vago.

Na ADI nº 3999-7, o ministro Joaquim Barbosa encara a questão sob um ponto de vista particular. Primeiramente, claro, conhece da ação no que diz respeito aos seus pressupostos de admissibilidade. Logo em seguida, opta por citar o posicionamento prévio do STF em questões semelhantes, especificamente nos mandados de segurança nº 26.602 (rel. Ministro Eros Grau), nº 26.603 (Rel. Ministro Celso de Mello) e nº 26.604 (rel. Ministra Cármen Lúcia).

Nessas demandas judiciais individuais, em sede de mandado de segurança, os partidos fundamentavam sua decisão na orientação emitida pelo TSE, por meio da consulta nº 1.398/DF, em que se decidiu que os partidos políticos e suas respectivas coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, em caso de transferência ou cancelamento de filiação do candidato eleito.

Exposto o entendimento do Supremo, a decisão emitida por esta corte nos referidos mandados de segurança reconheceu a possibilidade de perda de cargo eletivo na hipótese de desfiliação partidária não amparada por justa causa, esta a ser definida pelo TSE. Nesse sentido, na ADI nº 3999, julgada em conjunto com a ADI nº 4086, o ministro relator Joaquim Barbosa passou a discutir de forma profunda o ponto referente à regulamentação desse direito, destinado a confirmar ou não a presença de justa causa na transferência partidária.

É sabido que o ministro Joaquim Barbosa possui relevante experiência acadêmica nos Estados Unidos, onde foi professor visitante em algumas instituições de ensino superior, como, por exemplo, na faculdade de direito da Universidade de Columbia, Nova York. Da mesma forma, realizou nesse país pesquisa acadêmica que resultou na publicação de uma obra sobre ações afirmativas em território norte-americano. Essa bagagem pessoal do ministro foi usada durante seu voto, para fundamentar sua posição e explicar o “ponto de vista pessoal” (BRASIL, 2008a; 2009, p. 117), segundo suas próprias palavras, que estará exposto no voto e representa uma ressalva a sua posição final.

Do mesmo modo, ao expor seu voto no julgamento dos mandados de segurança previamente citados, impetrados contra a mesa da câmara dos deputados, o ministro Barbosa também expôs seu ponto de vista no sentido de caracterizar como no mínimo discutível a consulta que fora emitida pelo TSE e que fundamentou o pedido negado pelo presidente da câmara, o que deu origem aos *writs*. Questionou ele, com base no princípio da soberania popular, se realmente aos partidos pertencem os mandatos eletivos.

Da mesma forma, já chamou atenção para a precariedade de uma fundamentação baseada primordialmente na doutrina constitucional e na filosofia política (3º estágio da *autopoiese*: *reflexão*), já atentando para o caráter “movediço” de tais argumentos: “Senhora presidente, deixo de lado o terreno movediço que trafegam ao mesmo tempo o Direito

Constitucional e a Filosofia Política, e passo ao exame da controvérsia sob o ângulo do direito constitucional positivo.” (BRASIL, 2007, p. 337)

Pode-se perceber que, com a intenção de bem fundamentar seu voto e deixar como inequívoca a argumentação autoreferencial usada, o ministro encerra as citações oriundas da doutrina, que representam estágio complementar da *autopoiese*, e passa a fundamentar sua posição em referenciais jurídicos positivados. Nesse sentido, o ministro cita o desrespeito ao princípio do devido processo legal, porque declarada a perda do mandato sem devido julgamento, e a diferença existente entre a consulta do TSE e os precedentes judiciais expostos, como, por exemplo, o voto do ex-ministro Moreira Alves no MS nº 20.907 (estágio autopoietico chamado de *reflexividade*) (BRASIL, 2007, p. 337-338).

Entende-se, portanto, como puramente autoreferencial o entendimento do ministro nos mandados de segurança que inicialmente lidaram com a questão da fidelidade partidária. Seus referenciais para tanto foram: (1) princípios constitucionais da soberania popular e devido processo legal, (2) precedente judicial oriundo do STF e (3) orientações doutrinárias. Tem-se, aqui, a utilização dos três estágios da *autopoiese* social na teoria dos sistemas: a) *autoreferência elementar ou de base*; b) *reflexividade*; e c) *reflexão*.

Dada a compreensão acerca dessas outras ações pertinentes ao presente estudo, cabe explicar que a decisão tomada pelo votorelator, que serviu de base para a orientação da corte em sede de controle concentrado, ou seja, nas duas ADI (nº 3999 e nº 4086), é a de que a resolução do TSE (nº 22.601/2007) que regulamenta as hipóteses de justa causa que impedem a perda do mandato, impugnada pela petição inicial, é sim constitucional. Contudo, antes disso, é evidente a exposição, ao largo do voto, pelo ministro Joaquim Barbosa, também do seu entendimento pessoal, que restou vencido quando do julgamento dos mandados de segurança que atuaram como precedente para essas ações de controle concentrado.

Como foi dito, o entendimento firmado pelo STF, em decisões prévias, é o de que o princípio da fidelidade partidária deve ser respeitado como direito a ser postulado perante o judiciário, devendo o TSE dispor sobre os procedimentos cabíveis na seara administrativa, para a perda do mandato. No entanto, o ministro Joaquim Barbosa, juntamente com os ministros Eros Grau e Ricardo Lewandowski, foi voto vencido no firmamento desse entendimento durante os mandados de segurança

nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604, onde claramente, em sua opinião, a discussão acerca das consequências geradas pela infidelidade partidária devem ser discutidas no âmbito legislativo, levando em conta a importância dos partidos e a legitimidade parlamentar advinda do princípio da soberania popular. No caso em comento, a sua opinião é transparecida através do seguinte trecho, que deixa leve inclinação quanto à sua posição em desfavor da perda de mandato em razão de desfiliação ou transferência partidária:

Não obstante a circunstância de os partidos políticos representarem instituição importantíssima, incontornável, das democracias modernas, é inequívoco que o *poder político* deriva do povo, que é seu titular absoluto. Sobrepor o partido político, como entidade de arregimentação exclusiva da vontade popular em matéria política, à intenção do eleitor, individualmente considerado, implica, a meu sentir, em ruptura do sistema que toma como premissa a legitimidade e a soberania do eleitor. Entendo que as organizações partidárias não substituem o eleitor como centro de referência do sistema político. (BRASIL, 2008a; 2009, p. 108) (grifo original)

Esse é o entendimento do ministro, que orientou seu posicionamento nos mandados de segurança previamente mencionados, onde, na oportunidade, também foi exposto seu ponto de vista pessoal sobre a discussão acerca do princípio da fidelidade partidária e sua possibilidade de proteção no âmbito judicial:

Aliás, Senhora Presidente, permita me abrir aqui um parêntese, é que eu me pergunto se essa apregoada preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular encontra eco na realidade da sociedade moderna em que vivemos, sociedade de massas, conectada planetariamente com múltiplas formas de expressão da vontade dos mais diversos segmentos sociais.

[...]

Tenho minhas dúvidas e, nesse sentido, lembro do papel crescentemente importante desempenhado nos dias atuais por organizações tais como as organizações não

governamentais. Tive o privilégio de assistir nos Estados Unidos da América, a cerca de sete ou oito anos, o papel decisivo que uma organização espontânea, que surgiu durante o processo de *impeachment* de um presidente daquele país, teve no desfecho do processo de *impeachment*. O nome da organização era 'Move on'. Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária.

[...]

Em realidade, ao fazer uma opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Superior Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana. Tornou-o irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos¹⁴. (grifo nosso)

É preciso ressaltar, antes de qualquer coisa, que, ainda que o ministro Joaquim Barbosa tenha exposto uma posição pessoal claramente em favor da prevalência da representatividade e da soberania popular, o que tornaria a fidelidade partidária algo secundário e, portanto, conferiria a posse do mandato eletivo aos candidatos eleitos, e não aos partidos, é de seu entendimento também que tal discussão deveria dar-se no núcleo do sistema político: o legislativo, e não no judiciário. Segundo o ministro:

O Sistema Político pode realizar operações que nenhum outro sistema, entre eles o Judicial, está habilitado a efetuar, em razão dos procedimentos democráticos que o caracterizam.

Falo especificamente da atividade de produzir normas. Afinal, já dizia Montesquieu em passagem memorável, deve-se a todo custo evitar que um dos poderes faça uso

¹⁴ Orientação exposta nos mandados de segurança nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604, citado pela ADI nº 4086 e ADI nº 3999. (BRASIL, 2008a; 2009, p. 109).

das prerrogativas funcionais de outro poder, pois todas as vezes que isso acontece o resultado é a tirania. James Madison, por seu turno, na sua aguda compreensão dos mecanismos de controle entre os poderes, traduziu em frase lapidar toda a essência da demarcação que deve haver entre as esferas de atuação de cada órgão representativo das funções essenciais do Estado. Dizia Madison: 'Ambition must be made to counteract Ambition' (BRASIL, 2008a; 2009, p. 112).

Nesse sentido, percebe-se uma clara inclinação para o respeito às tensões que devem ocorrer dentro do sistema político, deixando o judiciário na posição de não judicializar uma questão eminentemente política. Não obstante, o posicionamento do ministro foi argumento vencido no julgamento dos *leading cases* que iniciaram a discussão sobre fidelidade partidária (MS nº 26.602, nº 26.603 e nº 26.604 no STF), garantindo o poder postulatório deste direito junto à Justiça Eleitoral por meio da superveniente resolução (de nº 22.610/2007), e que norteiam o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, restou ao ministro discutir nestas ADIns apenas uma questão paralela, relativa ao procedimento de afirmação da fidelidade partidária: a resolução do TSE, elaborada a partir da orientação do Supremo, que regulamenta a perda do mandato eletivo por ocasião de transferência ou desfiliação partidária sem justa causa, bem como os casos em que haverá uma justa causa que impedirá tal medida¹⁵.

A elaboração de tais hipóteses, que permitem a desfiliação partidária sem consequente sanção, desde que esteja acompanhada de justa causa, foram discutidas e criadas em âmbito judicial pelo TSE. Houve, nesse caso, criação de matéria eleitoral através de uma resolução do Tribunal Superior Eleitoral e seus membros.

¹⁵ Como se sabe, a resolução 22.610/2007[15], impugnada pela ADI nº 3999, assim dispõe em seu art. 1º: "Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa: § 1º - Considera-se justa causa: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV) grave discriminação pessoal."

Em virtude dessa razão é que o votorelator do Ministro Joaquim Barbosa demonstra a preocupação existente em relação à atuação do Poder Judiciário, que se substituiu, ainda que de forma momentânea, ao Poder Legislativo, na discussão sobre fidelidade partidária, questão cerne do sistema representativo.

A argumentação do ministro se desenha no sentido de rediscutir, mesmo que de forma estéril, a necessidade de se respeitar a competência e autoridade do Congresso Nacional para elaborar normas relativas à questão da fidelidade partidária. Contudo, como foi dito, já se havia reconhecido, perante o supremo, tal direito em sede de mandado de segurança, no sentido de declarar que aos partidos políticos pertencem os mandatos eletivos, e não aos candidatos.

Contudo, o ministro Joaquim Barbosa, ainda fiel à sua posição originária minoritária nos *leading cases*, entende que seria igualmente cabido ao congresso decidir não apenas sobre a quem pertencem os mandatos, mas também sobre os meios e hipóteses de perda do mandato eletivo. Ou seja, ambas as questões, uma central e outra paralela, são temas políticos primariamente cabíveis ao sistema político, segundo o ministro, devendo o judiciário agir em plano secundário.

É sabido que, na ADIn em discussão, o tema central resta esgotado, em razão do que decidiu o STF nos mandados de segurança MS 26.602, 26.603 e 26.604. Coube ao ministro a transferência de seu ponto de vista para a questão paralela, referente à resolução do TSE, que representa meio para a efetivação do direito à fidelidade partidária, direito este reconhecido pelo STF.

Com base nessa transferência – que na verdade representa uma reutilização de uma posição já externalizada em momento prévio pelo ministro – é que o voto também chama atenção para a importância e prevalência do Legislativo na elaboração dos meios de efetivação do direito à fidelidade partidária. Isso pode ser depreendido a partir do seguinte trecho:

Por seu turno, o texto constitucional comete ao Legislativo o poder-dever de exercer a representação política que lhe foi outorgada e dispor sobre matéria eleitoral, nela consideradas o alcance e o processo que leva à caracterização da infidelidade partidária. E, neste ponto, ressalvadas as salvaguardas constitucionais, o

Legislativo é soberano. (BRASIL, 2008a; 2009, p. 117)
(grifo nosso)

Contudo, apesar de tal posicionamento, o ministro Joaquim Barbosa reconhece que a soberania do Legislativo, advinda, segundo ele, do princípio da representação popular, deve ser “sensível às situações extraordinárias” (BRASIL, 2008a; 2009, p.117), e isso acaba por fundamentar sua decisão de julgar como improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarando como constitucional a resolução do TSE.

A partir daqui é possível analisar os pontos da decisão e explicar se ela, ao contrário da ADPF nº 144, incorre em *alopoiесе* jurídica, acabando por confirmar a existência desse fenômeno nesse caso específico. A primeira quebra entre os componentes sistêmicos ocorre na exposição do ponto de vista pessoal do ministro, para fundamentar questão material.

É evidente que as concepções pessoais influenciam de modo indireto a decisão a ser dada pelo juiz, até porque, como foi explicitado, o sistema jurídico está aberto a esse tipo de “irritação” proveniente de influências da complexidade externa (LUHMANN, 2005, p. 201-208 e 444), ainda que funcione de forma fechada em seu modo operacional de ser. Se não houvesse esse tipo de interação não direta entre sistemas fechados, a própria comunicação humana não seria possível (MOELLER, 2006, p. 18). Por esse motivo é que o sistema psíquico influi na *autopoiесе* social.

Não obstante, dentro da teoria dos sistemas toda irritação é, na verdade, uma “autoirritação” (LUHMANN, 2007, p. 87), e, portanto, deve estar sempre filtrada ou mediada pelo código sistêmico, ou seja, por referenciais jurídicos (componentes sistêmicos), o que não é o caso da ressalva pessoal exposta pelo ministro Joaquim Barbosa, quanto à discussão sobre fidelidade partidária, baseada primordialmente em seu ponto de vista pessoal. O único princípio citado no votorelator é o da representação popular, encontrada de modo indireto na constituição, o que não fundamenta de modo claro a opinião em favor da posse do mandato eletivo dada ao candidato, em vez de ao partido.

Há momentos de *reflexão*, terceiro e último estágio da *autopoiесе*, no voto, com citação doutrinária de textos políticos, o que permite certos momentos autoreferenciais.

Ressalta-se, contudo, que algumas das referências utilizadas – Alexander Hamilton, Montesquieu, James Madison – são pontos de vista políticos relativos sobre a democracia, e que fundamentam a não interferência do judiciário nas questões políticas. A ressalva aqui está no fato de que a democracia é o regime adotado constitucionalmente, o que permite tal reflexão. Finalmente, na tentativa de fundamentar a sua decisão pela não judicialização da questão concernente à fidelidade partidária, em virtude do judiciário estar “mal equipado” (BRASIL, 2008a; 2009, p. 114), para tanto, o ministro cita um chamado princípio da “colegialidade” e da “disciplina colegial”, oriundos do direito comparado e que impõem ao judiciário o reconhecimento de sua limitação institucional.

A segunda e principal falha do voto está na ausência de fundamentação para o posicionamento que garante a constitucionalidade da resolução nº 22.601/07 do TSE. Segundo o ministro Joaquim Barbosa, a atividade legislativa deve estar “sensível às situações extraordinárias” (BRASIL, 2008a; 2009, p.117), e a ausência de mecanismo para garantir o acesso a um direito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, o que garantiu validade à resolução do TSE, até que o congresso disponha sobre a matéria.

O ministro afirma que, devido à lacuna existente sobre a questão da fidelidade partidária, um direito reconhecido pelo STF, está esta corte legitimada a permitir ao TSE que edite resoluções que garantam a efetividade desta garantia. Ora, o voto em si é contraditório, porque na ocasião de julgamento dos *leading cases*, em sede de mandado de segurança, o ministro se posicionou claramente contra o reconhecimento da fidelidade partidária, que é assunto pertinente às atividades do sistema político. Se tal posicionamento é transferido para as atuais ações diretas de inconstitucionalidade, de modo que os meios para a efetivação desse direito, conferido aos partidos políticos, devem, igualmente, ser discutidos e criados no âmbito legislativo, devido a exigências materiais (representação popular) e formais (art. 22, I, da Constituição Federal), porque o ministro reconheceu a atividade normativa do judiciário, nesse caso, do TSE?

A partir da leitura do voto, a resposta a essa pergunta seria direta: simplesmente porque o ministro está vinculado ao precedente da própria Corte, que reconheceu o direito da fidelidade partidária. E, em razão disso, segundo o ministro, de nada adiantaria garantir um direito sem a existência de um mecanismo ou de um instrumento legal para

assegurá-lo. Contudo, falta fundamentação para esse argumento, seja ele constitucional, legal ou mesmo doutrinário. Ainda que tal fundamento esteja presente no sistema, não foi exposto ao largo do voto.

Ressalta-se que existem diversos meios para efetivação, em última instância, do direito em questão, em caso de sua violação, como o próprio mandado de segurança o foi anteriormente, em concordância com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF). Do mesmo modo, a ausência de um procedimento específico para a perda do mandato não ocasiona a constitucionalização simbólica deste direito, uma vez que foi previamente garantida aos partidos políticos a posse de mandato eletivo no julgamento dos mandados de segurança nº 22.602, nº 22.603 e nº 22.604.

O problema do voto reside no final de sua cadeia argumentativa, exatamente na ausência de referencial jurídico para o argumento que permite ao TSE se substituir ao legislativo em matéria eleitoral, deixando em segundo plano as exigências formais e materiais expostas pela constituição.

Portanto, a falha no funcionamento autoreferencial do sistema reside, inicialmente, na construção de um votorelator elaborado, em grande parte, mais com base nas ressalvas pessoais do ministro em relação à tensão existente entre o papel do sistema político e do sistema jurídico do que em referenciais jurídicos que suportariam de forma inequívoca a decisão final.

De modo igual, e ainda mais evidente, a quebra entre os componentes sistêmicos se dá no momento em que o ministro apresenta um argumento desprovido de referencial jurídico interno, o que poderia ter garantido o funcionamento auto-referencial pleno no julgamento das ações em questão. Nessa segunda falha se observa justamente a insuficiência da auto-referência de base e da reflexão, exatamente uma característica da *alopoiese jurídica* que leva à constitucionalização simbólica (NEVES, 1994, p. 160). A ocorrência desse fenômeno se arrasta pelo sistema, contaminando-o, de modo que esta decisão, ainda que incompatível com a *autopoiese* jurídica, agora vira um precedente judicial que atuará, por sua vez, como referencial jurídico a outras decisões.

É necessário sublinhar, a título de clareza, que a falta de referenciais jurídicos fortes, fato que provoca uma quebra na conexão entre os

componentes sistêmicos necessários à *autopoiese* do sistema jurídico (leis, normas, atos normativos, resoluções, procedimentos, doutrina etc.), acaba comprometendo o voto, abrindo margem, em último caso, a uma autoreprodução fraca, mais fundada em (1) percepções pessoais, (2) convicções político-morais e/ou (3) argumentos desprovidos de solidez por parte do julgador, do que em referenciais jurídicos inequívocos.

Por mais que as razões expostas pelo ministro sejam consistentes com sua posição real, a falta de referenciais jurídicos claros enfraquece a reprodução sistêmica. E, ainda que o ministro não tenha sido realmente influenciado ou motivado primariamente por referenciais externos à circularidade sistêmica, tal fato é irrelevante para a *autopoiese* social do direito, que visualiza tal fenômeno como uma ação estranha ao seu modo operacional, que lhe garante autonomia frente à complexidade do ambiente.

A consequência, desse modo, é o gradual enfraquecimento da autonomia do sistema e a atribuição do caráter simbólico à constituição, visto que essa carta é o objeto principal de discussão no âmbito da jurisdição constitucional, como se observou no tópico inicial deste trabalho.

Conclusão

A presença do fenômeno da *alopoiese* jurídica na decisão das duas ações diretas de inconstitucionalidade (nº 3999-7 e nº 4086-3) prova uma variante da teoria dos sistemas observada na realidade brasileira por Marcelo Neves, e confirma a quebra da ligação entre componentes sistêmicos na reprodução autoreferencial do direito, especificamente na atividade do Supremo Tribunal Federal. Essa quebra, vale salientar, ocorre igualmente na ADPF 144, nos votos dissidentes ao do ministro relator (Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, por exemplo), que houveram por auto-aplicável o dispositivo constitucional em discussão, no sentido de criar nova hipótese de inelegibilidade, dando validade simbólica ao direito fundamental à presunção de inocência (art. 5º, LVII). Contudo, tal quebra não foi perpetuada, visto que predominou na corte o entendimento do ministro relator da ação, Celso de Mello.

Esse método de análise crítica utilizado para sustentar a conclusão acima não carrega de modo algum ineditismo, como já foi dito no capítulo

inicial. Semelhante metodologia foi utilizada por Alan Dershowitz (2002) na análise crítica do caso de judicialização da política mais controverso da história recente da Suprema Corte Americana: *Bush v. Gore*. A exemplo desse trabalho, o autor tampouco fugiu do âmbito científico na abordagem utilizada. Nessa obra, o autor demonstra as contradições existentes ao longo da decisão e entre o discurso científico e o discurso prático dos juízes da Suprema Corte, com fins de comprovar o excesso de motivações políticas que nortearam as decisões nesse caso.

Desse modo, pode-se dizer que a *alopoiese jurídica* representa, sim, a realidade da jurisdição constitucional brasileira, de modo que a *autopoiese*, ao contrário, não representa descrição da realidade, mas sim uma condição imprescindível à unidade operacional e autonomia do direito, condição esta que deverá ainda ser alcançada de forma plena no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Metodica jurídica e teoria sistêmica: observando as virtualidades do direito. In: ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Democracia, direito e política*: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Fundação Boiteaux/Conceito Editorial, 2006. p. 673-683.

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes; GOMES, Rafael Benevides Barbosa. Implicações Sistêmicas da súmula vinculante. *Nomos*: Revista do Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, nº 26, p.225-238, jan./jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3999-7/DF*. Requerente: Partido Social Cristão – PSC. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 12 nov. 2008a.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144-3/DF*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros AMB. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 06 set. 2008b.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4086-3/DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 17 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.604/DF. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, 04 out. 2007.

DERSHOWITZ, Alan M. *Supreme injustice: How the high court hijacked election 2000*. Cambridge: Harvard University, 2002.

HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994.

KELSEN, Hans. Absolutism and relativism in philosophy and politics. *The American Political Science Review*, Washington, DC, v. 42, n. 5, p. 908-914, oct. 1948.

LUHMANN, Niklas. The unity of the legal system. In: TEUBNER, Gunther (Org.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlim: De Gruyter, 1988. p.12-35.

_____. *Social systems*. Tradução de John Bednarz e Dirk Baecker. Stanford: Stanford, 2005.

_____. *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt am main: Suhrkamp, 2006.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007.

MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann explained*. Chicago: Open Court, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. From the autopoiesis to the alopoiesis of Law. *Journal of Law and Society*, v. 28, n. 2, p. 242-264, jun. 2001

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POMPEU, Gina; MAIA, Clarissa. Prevalência do Estado Legal sobre o Estado Moral: posicionamento dominante no TSE e no STF quando do deferimento de candidatura a mandato político. *Anais do CONPEDI*. Brasília, 2009. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 25 maio 2010.

SCHEPPELE, Kim Lane. Democracy by Judiciary. Or, why courts can be more democratic than parliaments. In: CZARNOTA, Adam; KRUGIER, Martin; SADURSKI, Wojciech (Org.). *Rethinking the rule of law after communism*. Budapest: Central European University Press, 2005. p.25-60.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade positivista. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 93, p. 83-147, jan./jun. 2006.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

Recebido: Março/2010

Aprovado: Abril/2010