

---

# O JUDICIÁRIO LEGISLADOR

---

(*Considerações sobre as iniciativas legislativas do Poder Judiciário e o sistema brasileiro de freios e contrapesos*)

Arlindo Fernandes de Oliveira\*

## 1. Introdução

Este artigo tem o propósito de discutir as iniciativas de caráter legislativo recentemente tomadas por órgãos do Poder Judiciário no Brasil, à luz da evolução das teorias da separação entre os poderes e de suas interpretações contemporâneas e, ainda, de registrar as decisões judiciais nas quais elas possam ser identificadas. Nesse contexto, procurará apresentar argumentos que contribuam com o debate a respeito da legitimidade ou da ilegitimidade democrática de tais decisões.

Alguns identificam em Aristóteles, na *Política*, o primeiro tratamento sistemático dado ao tema da divisão funcional dos poderes estatais. O pioneirismo do estagirita ocorreria em função de algumas contribuições desse pensador fundamental da Antiguidade grega: de uma parte, a descrição minuciosa de dezenas de constituições de cidades-estado helênicas; de outra, a identificação das funções do Estado, base para a futura divisão política e orgânica; e, por fim, a elaboração de uma teoria da constituição ou do governo misto (dividido entre os representantes de ricos e pobres), elaboração essa entendida como um momento essencial no desenvolvimento do tema.

Mas não foram os gregos que desenvolveram a teoria da divisão das funções do Estado em órgãos distintos como medida técnica de transcendental alcance político para a afirmação dos direitos individuais. Nem os romanos o fizeram, embora sejam citados estudos de Cícero e Políbio como importantes contribuições à pré-história da Ciência Política, sobretudo quando discutem, no contexto da experiência romana, a constituição mista a que se refere Aristóteles.

Os renascentistas tampouco o fizeram, embora Maquiavel possa ser também lido como um precursor remoto a jogar luz sobre o assunto. O florentino, em seu *Discurso sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, ao discorrer sobre o quadro histórico que possibilitou a ascensão e o fortalecimento do Império Romano, assinala não ter sido a união interna do

---

\* **ARLINDO FERNANDES DE OLIVEIRA** é Bacharel em Direito. É Consultor Legislativo do Senado Federal, especializado em Direito Constitucional, Administrativo e Eleitoral, e Professor do Curso de Direito Eleitoral no Instituto Legislativo Brasileiro (ILB).

Estado a fonte principal da grandeza ou da liberdade que eventualmente gozaram os cidadãos de Roma; muito ao contrário, sua causa teria sido a desunião existente entre o Senado e o povo. Essa contradição é que teria impulsionado o desenvolvimento do Império.

Na forma em que ganhou a mais ampla divulgação, a teoria da separação dos poderes – e seu posterior e mais elaborado desenvolvimento, a teoria dos freios e contrapesos – é fruto do empirismo inglês e do iluminismo. As formulações inaugurais a esse respeito ocorreram na Inglaterra ou decorreram, em alguma medida, da observação do processo político inglês.

Verificou-se que, ao dividir-se o poder estatal, que é único, em diversas instituições especializadas na realização de distintas atribuições do Estado, abre-se caminho para a consolidação dos direitos de toda pessoa: viabiliza-se, mediante esse procedimento técnico, a afirmação e a consolidação dos direitos e das liberdades individuais, assim como do pluralismo político.

## 2. Locke e a teoria da separação dos poderes

*Dois Tratados sobre o Governo* constitui a obra seminal do pensador inglês. Ao conferir justificação teórica *ex post facto* à Revolução Gloriosa – que derrotou o absolutismo na Inglaterra e estabeleceu o primado do Parlamento no sistema político – o trabalho expõe as bases de uma teoria da separação dos poderes.

A partir dela, conforme compreendia o autor, devem os poderes estatais ser repartidos em três instâncias distintas: o Poder legislativo, o executivo e o federativo. Este último, na verdade, um segmento do poder executivo com atribuições específicas quanto às relações exteriores. Vê-se que Locke não entendia o Poder Judiciário como um poder político autônomo. A função judicial era atribuída ao Executivo. Ademais, a separação dos poderes em Locke contempla a soberania do Poder Legislativo sobre os demais.

Basicamente, separa-se o Legislativo do Executivo porque para que uma Lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem a aplicá-la. Conforme Locke (1998, p. 514)

pode constituir uma tentação demasiado grande para a fragilidade humana capaz de assenhorear-se do poder *que as mesmas pessoas que têm o poder de elaborar leis tenham também em mãos o de executá-las*, com o que podem isentar-se da obediência às leis que fazem e adequar a lei, tanto ao elaborá-la como no executá-la, à sua própria vantagem particular (...) (Destaques nossos).

O Poder Legislativo constitui a base do sistema político porque é nele que se expressa com legitimidade a soberania popular. Um dos requisitos desse sistema deve ser a natureza indelegável das atribuições do Poder Legislativo.

Ainda nas palavras de Locke (1998, p. 513):

Tais são as obrigações e os encargos conferidos pela sociedade e pela Lei de Deus e da natureza ao poder legislativo de qualquer comunidade, em todas as formas de governo:

Primeiro, têm de governar por meio de *leis promulgadas e estabelecidas* que não poderão variar em casos particulares, instituindo a mesma regra para pobres e ricos, para favoritos da Corte ou camponeses no arado;

Segundo, tais *leis* não devem ser destinadas a qualquer outro fim senão o *bem do povo*;

Terceiro, não se devem *impor tributos* sobre a propriedade do povo *sem o seu consentimento*, dado diretamente ou por intermédio de seus deputados. E isso apenas se refere respeito aos governos quando o *legislativo* está sempre em função, ou pelo menos quando o povo não reservou qualquer porção do poder legislativo para deputados a serem por ele escolhidos de tempos em tempos;

Quarto, o *legislativo* não deve nem pode *transferir o poder de elaborar leis* a ninguém mais, ou colocá-lo em qualquer outro lugar que não o indicado pelo povo.  
(Destaques no original)

Elemento essencial para a teoria da separação dos poderes, em Locke, seria, portanto, o cuidado rigoroso do Poder Legislativo em proteger suas atribuições e responsabilidades, em velar por suas prerrogativas, sendo inaceitável a delegação do poder de legislar para qualquer outro órgão do Estado.

### **3. Montesquieu, os Federalistas e os “freios e contrapesos”**

A contribuição de Locke e a experiência constitucional da Inglaterra constituíram uma das bases sobre as quais seria desenvolvida, a seguir, a teoria da separação das funções do Estado. Registro brevemente, nesse passo, alguns aspectos significativos dos aportes dados ao estudo do assunto por Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, e por alguns dos mais importantes “pais fundadores” dos Estados Unidos da América: James Madison, Alexandre Hamilton e John Jay, estes no âmbito dos debates sobre o sistema federal na Constituição norte-americana.

Uma das constatações mais importantes do estudioso francês, pilar de sua construção teórica, é uma visão, baseada na história, a respeito da natureza humana e da sua relação com o poder político. Ao discutir o sentido da liberdade, em *O Espírito das Leis*, Montesquieu afirma que ela só se encontra “nos Governos moderados”. A liberdade, entretanto, nem sempre está “nos Estados moderados”, uma vez que “ela só existe neles quando não se abusa do poder” (2004, p 167).

E mais adverte: “(...) é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites”. Por isso, “para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (2004, p. 167).

A seguir, ao comentar a Constituição da Inglaterra, em capítulo com esse título, o autor argumenta (2004, p. 169-170):

Quando se reúne na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo e o poder executivo, não existe liberdade, porque pode-se temer que o próprio monarca, ou o próprio Senado, faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

**Também não existe liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria legislador. Se estivesse unida ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.**  
(Destaques nossos)

Nos Estados Unidos, conquistada a independência, viram-se os fundadores daquela nação diante do dilema da construção de uma ordem constitucional democrática. Sob a influência do pensamento iluminista, assentava-se que a democracia política e o pluralismo haviam de prevalecer.

Entretanto, as dimensões geográficas e a existência de treze Estados (ou treze colônias) levaram o debate a concentrar-se na forma do Estado a construir. Contrapuseram-se, então, as teses que defendiam uma Confederação – onde as leis confederativas aplicavam-se aos Estados e não aos indivíduos – e as que esposavam a proposta de uma Federação, articulação mais consistente dos entes subnacionais, onde as leis federais deveriam aplicar-se diretamente a todos os cidadãos.

Aprovada a nova Constituição, em Filadélfia, havia que referendá-la em todos os Estados. Durante os debates sobre o referendo no Estado de Nova York, três defensores da nova Carta fizeram publicar, sob o pseudônimo de *Publius*, uma série de artigos – os artigos Federalistas – em que defendiam a aprovação do texto da Constituição e expressavam suas visões a respeito dos temas institucionais mais importantes. Sabe-se que sob aquele pseudônimo estavam alguns dos mais importantes líderes da construção dos Estados Unidos: James Madison, Alexandre Hamilton e John Jay.

O tema da divisão dos poderes como elemento essencial ao regime democrático é discutido, por esses autores, sob nítida inspiração de Locke e Montesquieu, mas com fulcro na realidade norte-americana, o que possibilitou agregar ao debate o problema da dimensão federativa, territorial – ou dimensão vertical, expressão que, séculos depois, seria adotada para diferenciá-la da repartição de poderes pelo critério funcional, chamada de horizontal.

Pela vertente federativa ou vertical de distribuição de poderes, não bastaria separar os poderes por suas atribuições legislativas, administrativas e judiciais, mas também distribuí-lo entre a União e os Estados federados, tomando a federação como o modo de organização política mais apto a harmonizar, em proporções adequadas, o nível de centralização e de

descentralização a ser adotado, em especial, no caso dos países de maiores dimensões geográficas.

Conforme consta do artigo Federalista nº 51 (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p.321):

Esta política de jogar com interesses opostos e rivais, à míngua de melhores recursos, pode ser identificada ao longo de todo o sistema de relações humanas, tanto públicas como privadas. Ela é particularmente utilizada na distribuição do Poder em todos os escalões subordinados, nos quais o objetivo constante é dividir e dispor as várias funções de tal modo que uma possa ter um controle sobre outra – que o interesse privado de cada indivíduo seja uma sentinela dos direitos públicos. Tais artifícios da prudência não podem ser menos necessários na distribuição dos supremos poderes do Estado.

A partir das Revoluções Inglesa e Francesa, e da Independência dos Estados Unidos, essa compreensão foi generalizada e ampliada no Ocidente. Assim, em fins do século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada na França revolucionária, proclama em seu art. 16 que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes estabelecida, não tem Constituição”.

No mesmo tom, a Constituição do Império do Brasil, a primeira do país independente, outorgada em 1824, estabelece em seu art. 9º, de modo didático, que “a divisão e a harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”.

#### **4. Separação dos poderes no sistema constitucional brasileiro de 1988**

Segundo a Constituição brasileira, quando trata dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, são Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º). Essa definição principiológica destina-se a assentar, em nossa ordem jurídico-constitucional, a separação dos poderes, base do regime democrático.

Assim, por esse fundamento, competiria ao Poder Legislativo, em princípio, e com exclusividade, a elaboração de normas legislativas de caráter geral. As exceções seriam aquelas, e somente aquelas, a que a Constituição expressamente se referisse, tais como a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República e a possibilidade da delegação legislativa, nos termos e condições definidos na própria Constituição.

Esta compreensão, ademais, abriga plena coerência com a própria definição clássica, adotada por muitos autores, do conceito de lei. Transcrevo, por oportuno, a definição que menciona Gomes Canotilho: “Lei é o ato normativo geral e abstrato editado pelo Parlamento, cuja finalidade essencial é a defesa de liberdade e propriedade dos cidadãos” (CANOTILHO, 1993, p. 15).

Para José Afonso da Silva, a divisão dos poderes fundamenta-se em dois elementos: a *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; e a *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação (SILVA, 2007, p. 109).

## 5. A reserva de legislação do Poder Legislativo

O sistema constitucional brasileiro concentra a atividade legislativa no Congresso Nacional. Com efeito, é expressivo o elenco de matérias para as quais a Constituição atribui a competência legislativa, de modo privativo – ou exclusivo – ao órgão nacional e federal do Poder Legislativo. Essa concentração expressa determinadas peculiaridades do sistema constitucional brasileiro, sobretudo quanto à distribuição de competências entre os entes federados. E trata, no plano horizontal, da reserva de legislação, expressão que condensa, quanto ao assunto, a separação dos poderes.

Entre as matérias cuja competência legislativa é atribuída ao Parlamento com cláusula de exclusividade encontra-se o direito eleitoral, conforme disposição expressa do art. 21, inciso I, da Constituição Federal:

**Art. 21.** Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, **eleitoral**, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

E não há qualquer margem a dúvidas, na Carta da República, a respeito do órgão do poder estatal ao qual são atribuídas as competências legislativas da União:

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

.....

Os arts. 49, 51 e 52, supracitados, tratam das competências exclusivas do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, casos em que não se contempla a sanção presidencial aos atos aprovados pelo Congresso. Não cabe discutir, no presente artigo, a distinção entre as competências privativas e exclusivas, porque, conquanto distintas, são indiferentes ao exame da matéria.

Vê-se que cabe ao Congresso, e de modo privativo, a competência legislativa sobre direito eleitoral. A competência legislativa de natureza privativa, como é de conhecimento amplo, é insuscetível de delegação. Expressão constitucional dessa competência é a vedação

expressa à edição pelo Presidente da República de medida provisória que disponha sobre *nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral*, conforme a alínea *a* do inciso I do § 1º do art. 62 da Constituição.

Embora a competência para legislar sobre direito eleitoral seja única e exclusiva do Congresso Nacional, e ainda tal competência seja indelegável, porque privativa, tem sido observada, nos últimos anos, nas decisões do Poder Judiciário brasileiro e, muito especialmente, do Tribunal Superior Eleitoral, a expedição de normas que, numa avaliação preliminar, extrapolam a competência conferida a esse Poder, pela ordem jurídica, para expedição de regras gerais. Esta competência para edição, por órgão judiciário, de norma nova – e de natureza primária, porque decorrente diretamente da Constituição – a respeito de direito eleitoral e partidário não encontraria amparo em norma ou princípio da Constituição.

A respeito do princípio da reserva de legislação (ou de lei) ensina Canotilho:

Subjacentes à reserva de lei estão razões inerentes ao princípio do Estado de direito e razões associadas ao princípio democrático. Relacionadas a este último princípio destacam-se a ideia de lei compreendida como decisão emergente de um procedimento de que participaram forças sociais e políticas, majoritárias e minoritárias, representadas no Parlamento, e a ideia de lei como ato de consentimento (auto-ordenação) dos cidadãos relativamente às medidas nela previstas. (CANOTILHO, 1993, p. 790)

## **6. A atividade legislativa do Poder Judiciário**

A Carta Magna, ao dispor sobre as competências constitucionais atribuídas à Justiça Eleitoral e, portanto, ao Tribunal Superior Eleitoral, em nenhum momento confere poder legislativo primário às suas decisões. Trata-se, como se verá, de uma competência decorrente da legislação ordinária, como o Código Eleitoral, instituído pela Lei nº 4.737, de 15 de junho de 1965, o qual, no parágrafo único de seu art. 1º, e no inciso IX de seu art. 23, confere ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para expedir “instruções para a sua fiel execução”. No mesmo sentido aponta ainda o art. 23, IX do mesmo Código.

A Lei Geral das Eleições (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), igualmente, em suas Disposições Transitórias (art. 105), confere ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para, “até o dia 5 de março do ano da eleição, expedir as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito”.

Donde se vê que a competência normativa da Justiça Eleitoral – do Tribunal Superior Eleitoral – encontra-se sujeita às leis eleitorais. Devem limitar-se, portanto, em princípio, a meramente regulamentar essas leis. A atividade regulamentar, de que também dispõe o Poder Executivo, quanto a outras matérias, destina-se à expedição de normas com a estatura jurídica

de decreto, para fazer cumprir as regras gerais para cuja elaboração o Congresso Nacional é o órgão competente.

Assim, as atribuições do Poder Judiciário, em princípio, cingem-se à elaboração de atos normativos secundários, porque derivados da lei, e não diretamente da Constituição. Observa-se, entretanto, que órgãos desse Poder têm expedido atos normativos primários, que inovam o ordenamento jurídico existente e buscam seu fundamento de validade diretamente na Constituição. Menciono a seguir alguns casos recentes nos quais pode-se observar proatividade legislativa do Poder Judiciário.

## 7. Verticalização de coligações

No ano de 2002, ao deliberar a respeito de Consulta formulada por deputados federais (Consulta nº 715, de 2002), o TSE respondeu no sentido de que as coligações partidárias, nas eleições estaduais daquele ano, vinculavam-se necessariamente à coligação firmada na eleição presidencial. Na hipótese, cabe o registro de que, no Brasil, por uma peculiaridade de nosso sistema eleitoral, as eleições nacionais para Presidente da República ocorrem simultaneamente com as eleições estaduais para Governador de Estado. Nesse mesmo pleito são eleitos Senadores da República, Deputados Federais e Estaduais, além dos Distritais, no Distrito Federal.

Assim, no dia 26 de fevereiro de 2002, no exercício de seu poder regulamentar, o TSE editou as instruções para a regência das eleições daquele ano, entre as quais a Resolução nº 20.993. Nesta, o art. 4º tornou obrigatória nos Estados as coligações firmadas para a eleição do Presidente da República. Transcrevo trecho que interessa ao presente trabalho:

**Art. 4º** É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, para proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional entre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário (Lei nº 9.504/97, art. 6º, *caput*).

§ 1º *Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.02).*

§ 2º *Um mesmo partido político não poderá integrar coligações diversas para a eleição de governador/a e a de senador/a; porém, a coligação poderá se limitar à eleição de um dos cargos, podendo os partidos políticos que a compõem indicar, isoladamente, candidato/a ao outro cargo (Res/TSE nº 20.121, de 12.3.98).*

§ 3º *Quando partidos políticos ajustarem coligação para eleição majoritária e para proporcional, poderão ser formadas coligações diferentes para a eleição proporcional entre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário (Res/TSE nº 20.121, de 12.3.98).*

§ 4º Poderá o partido político integrante de coligação majoritária, compondo-se com outro ou outros, dessa mesma aliança, para eleição proporcional, constituir lista própria de candidatos à Câmara dos Deputados, Assembleia ou Câmara Legislativa (Res/TSE nº 20.121, de 12.3.98).

§ 5º É vedada a inclusão de partido político estranho à coligação majoritária, para formar com integrante do referido bloco partidário aliança diversa, destinada a disputar eleição proporcional (Res/TSE nº 20.121, de 12.3.98).

(Destaques nossos)

Não apenas são vinculadas as coligações estaduais à nacional, como também é vedado que um partido que não participe de coligação nacional forme qualquer coligação estadual com partícipes de coligação nacional. A esse respeito, importa assinalar que a Constituição, na forma então vigente, conferia aos partidos ampla liberdade para dispor sobre o seu funcionamento, e a lei eleitoral, coerente com a Constituição, assegurava ampla liberdade de coligação, como ainda o faz.

A Lei Eleitoral (Lei nº 9.504, de 1997) estabelecia, à época, a respeito da liberdade de coligação:

**Art. 6º** É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

Chamado a deliberar sobre a matéria, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 2.626-DF e ADIn 2.628-DF, 18.4.2002), o Supremo Tribunal Federal entendeu que o dispositivo impugnado limitou-se a dar interpretação ao art. 6º da Lei 9.504, de 1997, caracterizando-se, portanto, como ato normativo secundário de natureza interpretativa, de modo que os eventuais excessos do poder regulamentar da Resolução do TSE em face daquela Lei não revelariam inconstitucionalidade, mas sim eventual ilegalidade frente à Lei ordinária regulamentada, sendo indireta, ou reflexa, a alegada ofensa à Constituição Federal. Assim, a análise da matéria foi considerada incabível em sede de controle abstrato de normas (Informativo nº 264 do STF).

Na oportunidade, foram vencidos os Ministros Sydney Sanches, relator original – a redação do voto vencedor ficou a cargo da Ministra Ellen Gracie – Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Esses Magistrados entendiam que a norma atacada – a Resolução do TSE – era um ato normativo autônomo, que não se assentava em nenhuma lei, e introduzia inovação na legislação eleitoral. Dessa forma, violava o princípio da anualidade e invadia a competência legislativa do Congresso Nacional.

A querela somente veio a ser razoavelmente encaminhada quando o Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte derivado, aprovou e promulgou a Emenda à Constituição nº 52, de 2006, a qual explicitou a liberdade de os partidos políticos celebrarem coligações. Mediante essa Emenda, foi conferida nova redação ao § 1º do art. 17 da Carta. No texto abaixo, está destacada a alteração:

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

Nas eleições do ano de 2002, entretanto, prevaleceu a chamada “verticalização das coligações” em face da determinação do TSE. No caso, caberia indagar se o Tribunal Eleitoral entenderia pertinente e razoável a mesma determinação na hipótese de que – tal como ocorreria se mantidos os termos da redação original da Constituição de 1988 – o mandato presidencial fosse de cinco anos e houvesse coincidência das eleições presidenciais com as municipais.

Seria imposta a “verticalização” das coligações nacionais, pactuadas para a eleição presidencial, a todos os 5.664 municípios brasileiros?

## 8. Composição das Câmaras Municipais

O Supremo Tribunal Federal, em 24 de março de 2004, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 197.917, em que se questionava a composição da Câmara de Vereadores da cidade paulista de Mira Estrela, decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica daquele Município, que estipulava em onze o número de integrantes da Câmara de Vereadores<sup>1</sup>.

Na oportunidade, o Supremo adotou uma fórmula matemática para definir a quantidade de membros dos legislativos municipais: por ela, cada vereador brasileiro deve, idealmente,

<sup>1</sup> Eis alguns trechos do Acórdão do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 197.917: “Recurso Extraordinário. Municípios. Câmara de Vereadores. Composição. Autonomia Municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF/88, art. 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre população e número de vereadores. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. 1. O art. 29, IV, da CF/88, 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 máximo e mínimo do preceito (CF/88, art. 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.** (...) 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. (...) (Destques nossos).

representar precisos 47.610 habitantes. Desse modo, o Município paulista, com apenas 3.000 habitantes, teve o seu número de vereadores reduzido ao mínimo constitucional, nove. Adiante, o Tribunal Superior Eleitoral, em 2 de abril do mesmo ano de 2004, ao deliberar sobre a matéria, resolveu, com base na decisão do Supremo, estender para todo o País esse entendimento.

A Resolução nº 21.702, de 2004, do Tribunal Superior Eleitoral, instrui “sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município”. Na ementa, o TSE declara fazer uso de *atribuição que lhe confere o Código Eleitoral*. Essa Lei ordinária, em seu art. 23, IX, determina competir àquele Tribunal “expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código”.

Ocorre que o Código Eleitoral não especifica o número de integrantes das Câmaras Municipais. Sequer trata dessa matéria, que é objeto de disciplina constitucional. A Constituição, por sua parte, atribui aos legislativos municipais o disciplinamento do assunto, quando da elaboração da lei orgânica municipal:

**Art. 29.** O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, obedecidos os princípios estabelecidos nesta Constituição e na Constituição do respectivo Estado, e os seguintes preceitos:

.....  
 IV – número de Vereadores proporcional à população dos Municípios, observados os seguintes limites:  
 .....

São a seguir definidos esses limites, que vão do mínimo de nove ao máximo de cinquenta e cinco. Releva, sobretudo, para a matéria, a definição de que o mínimo de nove e o máximo de vinte e um aplica-se aos municípios com “até um milhão de habitantes”. Portanto, pela Constituição, pode um município com um milhão de habitantes ter nove vereadores, se assim o decidir a Câmara Municipal, e outro, com mil habitantes, ter vinte e um vereadores. A matéria se encontraria no âmbito da autonomia municipal.

Seria, aliás, um dos poucos temas, ao lado daqueles “de interesse local”, para cuja disciplina a Constituição confere autonomia ao Município. O TSE, entretanto, a partir da fórmula aritmética definida pelo Supremo Tribunal para estipular o número de integrantes das Câmaras Municipais, desconsiderou a autonomia municipal, nesse caso.

Ao fazê-lo, entretanto, concede em que o Congresso Nacional tem competência para legislar sobre a matéria, desde que o faça mediante emenda à Constituição. É o que consta da Resolução nº 21.702, de 2004, pela qual:

O Tribunal Superior Eleitoral, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, IX, do Código Eleitoral, resolve expedir a seguinte Instrução:

**Art. 1º Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 197.917, conforme as tabelas anexas.**

*Parágrafo único.* A população de cada município, para os fins deste artigo, será a constante da estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgada em 2003.

**Art. 2º** Até 1º de junho de 2004, o Tribunal Superior Eleitoral verificará a adequação da legislação de cada município ao disposto no art. 1º e, na omissão ou desconformidade dela, determinará o número de vereadores a eleger.

**Art. 3º Sobrevindo emenda constitucional que altere o art. 29, IV, da Constituição, de modo a modificar os critérios referidos no art. 1º, o Tribunal Superior Eleitoral proverá a observância das novas regras.** (Destques nossos)

## 9. Fidelidade Partidária

O Tribunal Superior Eleitoral recebeu, no início de 2007, consulta formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas, por meio da qual esse órgão do Poder Judiciário é questionado a respeito da aplicação ao sistema partidário brasileiro do princípio da fidelidade partidária. A questão foi formulada nos termos seguintes:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?

Cabe assinalar, a respeito, que a Constituição dispõe sobre o assunto para conferir ao partido político (princípio de estatura constitucional, portanto) a competência para, internamente, mediante estatuto, disciplinar a matéria. Recordo o texto da Carta Magna:

**Art. 17.** É livre a criação, fusão e incorporação de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

.....  
 § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.

Não caberiam dúvidas, portanto, em primeira análise, quanto à competência constitucional conferida aos partidos políticos para dispor sobre regras de fidelidade e disciplina partidária. Trata-se de princípio instituído pelo legislador constituinte originário, ao tratar de direito de organização de partido político. Esse princípio realiza, de modo inequívoco, o direito individual e coletivo à liberdade de organização política.

O Tribunal Superior Eleitoral, entretanto, ao responder à Consulta, não apenas aplicou a todos os agentes políticos ocupantes de cargos proporcionais o princípio da fidelidade partidária, como também determinou a punição para a quebra desse princípio (perda do mandato) e as situações nas quais o princípio da fidelidade comportaria exceção.

Observem-se as disposições do voto-condutor da decisão do TSE, da lavra do Ministro Asfor Rocha:

Os partidos políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.

Na ocasião, o único voto divergente, entre os sete ministros do TSE, foi dado por Marcelo Ribeiro. Em sua convicção, não há norma constitucional, tampouco ordinária, que estabeleça a perda do mandato do parlamentar diante da situação de troca de partido ou cancelamento da filiação partidária. Para embasar o argumento, o Ministro invocou precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) – Mandados de Segurança 2.927 e 23.405.

Essa jurisprudência demonstra, segundo o Ministro Marcelo Ribeiro, que foi excluída da Constituição a regra segundo a qual a mudança de partido dava causa a perda de mandato. Nesse passo, o Ministro invocou o art. 55 da Constituição, afirmando considerá-lo exaustivo. Tal artigo relaciona os casos que geram a perda do mandato parlamentar, tais como a falta de decoro ou a suspensão dos direitos políticos, entre outras. Como o rol não abriga a troca de legenda ou o cancelamento da filiação, considerou que não há base constitucional ou legal para se afirmar que a titularidade do mandato é do partido e não do eleito.

Adiante, o TSE estendeu aos detentores de cargos majoritários o mesmo entendimento, apenas alterando a data a partir da qual seria admitida a mudança de partido sem que o mandatário perca o seu mandato, derivado das urnas.

Ao disciplinar o tema, o TSE outra vez inova o ordenamento jurídico para nele inserir as hipóteses em que ocorre “justa causa” para mudança de partido. Tais hipóteses afastariam do ocupante de cargo político eletivo que mudar de partido a pena de perda de mandato.

## **10. Direito de Greve dos Servidores Públicos**

A Constituição assegura aos servidores públicos brasileiros, de modo inovador, o direito de sindicalização e de greve. Esse último deve ser objeto de disciplina legislativa do Congresso Nacional. No entanto, essa norma nunca foi editada.

A respeito, foram impetrados por sindicatos de servidores, perante o Supremo Tribunal Federal, os Mandados de Injunção nº 670 e nº 712, alegando que a omissão do Congresso

Nacional, ao não elaborar lei para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, implicava desrespeito a direito individual. Os Mandados de Injunção foram propostos pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo (Sindipol) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep). Em julgamento anterior, o Supremo Tribunal havia se limitado a declarar a mora do Congresso Nacional a esse respeito.

Nesse caso, entretanto, a decisão do Supremo Tribunal, além de reconhecer o direito de greve dos servidores, avançou no sentido de aplicar ao caso desses trabalhadores alguns preceitos recolhidos da Lei nº 7.783, de 1989, que disciplina o exercício do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

Assim, o Supremo estende a aplicação de uma lei que disciplina o direito de greve dos empregados do setor privado aos servidores públicos, e determina, na mesma oportunidade, quais dispositivos se aplicam e quais dispositivos não se aplicam à espécie. O Ministro Eros Grau, relator do MI nº 712, argumentou nos seguintes termos:

No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. E nada obsta que, no que tange às hipóteses de outras impetrações, no futuro, que versem situações análogas, a elas seja estendida, por despacho monocrático do relator, essa mesma regulação (...)

Conforme o entendimento do Ministro Eros Grau, adotado pela maioria do STF, restou decidido:

53. Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos arts. 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei nº 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que introduzo no art. 3º e seu parágrafo único, no art. 4º, no parágrafo único do art. 7º, no art. 9º e seu parágrafo único e no art. 14. Este, pois, é o conjunto normativo reclamado, no quanto diverso do texto dos preceitos mencionados da Lei nº 7.783/89 (...)

Registre-se que, naquela oportunidade, dissentiu da maioria o Ministro Ricardo Lewandowski, cujo voto contemplava o seguinte argumento: ao aplicar a lei aos servidores públicos, o STF estaria “intrometendo-se, de forma indevida, na esfera da competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto”.

## **11. Controle de constitucionalidade das decisões do Poder Judiciário**

Para o efeito de controlar em sede de controle abstrato ou concentrado, de competência do Supremo Tribunal, a constitucionalidade das decisões com caráter normativo adotadas por órgãos do Poder Judiciário, é preciso observar diversos aspectos de cada um dos casos aqui

citados. Cumpre anotar, por exemplo, se o Tribunal está a expedir norma legislativa primária – decorrente diretamente da Constituição – ou norma legislativa secundária, decorrente de lei.

Conforme recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, e nos termos do voto do Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, é cabível ação direta de inconstitucionalidade (ou ação declaratória de constitucionalidade) quando o ato normativo questionado constitui ato normativo primário.

Na espécie, discutia-se se o Supremo Tribunal devia conhecer ação declaratória de constitucionalidade (ADC) impetrada sobre Resolução do Conselho Nacional de Justiça que disciplinava o tema do nepotismo no Poder Judiciário. Conforme o entendimento adotado pelo Ministro Carlos Ayres Brito, relator da matéria, e acolhido pela maioria do Supremo Tribunal, quando a Constituição, por meio da Emenda nº 45, confere ao Conselho Nacional de Justiça o dever de zelar pela observância da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF), confere-lhe também o direito de elaborar norma geral para a execução desse dever. Daí a legitimidade do Conselho Nacional de Justiça para proibir o nepotismo no Poder Judiciário e a razão pela qual é cabível a ação declaratória de constitucionalidade.

Transcrevo trecho do pronunciamento do Ministro Carlos Ayres Britto, relator da matéria:

28. Agora vem a pergunta que tenho como a de maior valia para o julgamento desta ADC: o Conselho Nacional de Justiça foi aquinhado com essa modalidade primária de competência? Mais exatamente: foi o Conselho Nacional de Justiça contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que servem de recheio fático ao inciso II do § 4º do art. 103-B da Constituição?

O Ministro Ayres Britto responderá que sim. Vê-se aqui, claramente, a expansão da competência constitucional para expedir normas gerais e impessoais, quer dizer, normas jurídicas primárias, cujo fundamento de validade se encontra na Constituição. Nesse caso, a competência legislativa para a edição de normas primárias é ampliada para alcançar o Conselho Nacional de Justiça, órgão instituído, não faz muito, pelo poder constituinte derivado, mediante a Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Aqui se pode observar a abertura para que outras instituições, fora do Poder Legislativo, possam também, a partir de interpretação direta da Constituição, editar regras gerais e abstratas inovadoras do ordenamento jurídico.

## **12. Considerações finais**

Por longo período, disseminou-se o entendimento de que os autores clássicos da democracia, tais como Locke e Montesquieu, esposavam concepção pela qual a separação dos

poderes haveria de ser rígida. Assim, as atribuições e responsabilidades dos órgãos estatais não se mesclariam, sendo esse um requisito essencial do regime democrático. Ao lado disso, entretanto, outra corrente percebia que essa divisão não deveria ser tão rigorosa, sob pena de que restasse fragilizado o próprio regime democrático, assim como os direitos dos cidadãos que ele busca proteger.

Por essa outra compreensão, a separação dos poderes é princípio político democrático cuja realização prática exige, necessariamente, alguma forma de intervenção de um poder em outro: não haveria, portanto, a rigidez formal que se aventara, de início. Assim é que os poderes interferem uns nos outros precisamente para melhor se controlarem, para melhor executarem o complexo exercício mediante o qual um poder limita e define o alcance das atribuições de outro.

No Brasil, a doutrina mais recente contempla esse desenvolvimento: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco, em seu *Curso de Direito Constitucional* (2007, p. 156) expressam essa nova convicção:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.

Nesse contexto de “modernização” esse velho dogma da sabedoria política soube flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação oriunda do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com **força de lei** – bem assim para a **legislação judicial**, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade. (Destques nossos)

Outros leitores chegam a questionar se os clássicos, já então, não entenderiam de outra maneira a complexidade da matéria. Seria necessário, assim, levar em conta considerações nas quais a separação dos poderes, na alegada forma rígida, nunca teria existido mesmo em Montesquieu, que trataria, desde então, de um misto de separação e interdependência entre os poderes.

Esta é a concepção adotada por diversos autores contemporâneos. Antonio Umberto Souza Júnior (2006, p. 79) considera que “o dogma da separação dos poderes é falso, ao menos naquelas estruturas políticas sinceramente crentes na imprescindibilidade de sistemas efetivos de controles de tais funções”. E menciona o trabalho de Boris Mirkin-Guetzévitch, para quem “[a] teoria rígida, inflexível da separação dos poderes não é a de Montesquieu, mas

a de seus intérpretes demasiadamente zelosos (...) A separação dos poderes [assim concebida] jamais existiu e não pode existir em uma democracia”. (*apud* SOUZA JR., 2006)<sup>2</sup>.

A própria Constituição brasileira confere aos tribunais judiciários competência para elaboração de seus regimentos internos (normas primárias e secundárias, segundo Carlos Ayres Britto, no mesmo julgamento aqui citado), assim como assinala expressas competências legislativas ao Chefe do Poder Executivo para propor projetos de lei e para editar medidas provisórias “com força de lei”.

Além disso, é o Congresso Nacional dotado de competências jurisdicionais, como nos casos em que julga o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade. As Casas do Congresso têm também competências administrativas com relação ao seu próprio funcionamento, tal como ocorre com o Poder Judiciário.

O sistema de freios e contrapesos manifestar-se-ia, então, mediante a interconexão e a intercomunicação dos poderes, muito mais que por uma separação rígida, formal, intransponível. Destaca Nuno Piçarra, professor da Faculdade de Direito de Lisboa, em amplo trabalho a respeito do assunto, que o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como “princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estatal no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável” (1989, p. 26).

Atualmente, no entanto, como identifica o autor luso, “no âmbito do princípio da separação dos poderes ganha cada vez maior relevância a variedade de meios de recíproco controlo interorgânico, dentre os quais avultam diversas modalidades de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, postergando, onde chegou a triunfar, o dogma de raiz iluminista da intangibilidade da lei” (PIÇARRA, 1989, p. 27).

Piçarra, à conclusão de seu trabalho, menciona a notável síntese formulada por seu patrício Gomes Canotilho:

O que importa num estado constitucional não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais em sentido formal ou material, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima<sup>3</sup>.

Haveria que indagar ao final, no caso brasileiro – em face de nossa experiência histórica recente – em que medida a demora e a omissão do Congresso Nacional em exercer o seu poder/dever de legislar e disciplinar as matérias previstas na Constituição não terá sido um elemento a incentivar as incursões legislativas praticadas por órgãos de outros Poderes.

---

<sup>2</sup> O autor cita Boris MIRKINE-GUETZEVITCH, *De la separation des pouvoirs*. In AAVV. *La Pensée Politique et Constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, (s.d.), p. 162-163.

<sup>3</sup> O autor cita Canotilho (1983).

O sistema jurídico-constitucional brasileiro de freios e contrapesos e, com ele, o regime democrático no Brasil somente teriam a ganhar se o Congresso Nacional, diante da inovadora jurisprudência legiferante do Poder Judiciário – e da avalanche de medidas provisórias editadas pelo Executivo –, dedicasse os devidos cuidados ao resgate e à preservação de suas prerrogativas constitucionais, sobretudo no caso daquelas atinentes à sua atribuição primária de legislar.

A apresentação e o exame competente pelo Congresso Nacional de iniciativas legislativas destinadas à disciplina de assuntos do interesse da sociedade constituem, no contexto histórico do Brasil deste início de século XXI, a maneira democrática mediante a qual o Poder Legislativo pode reagir à intromissão de outros Poderes, legítima ou abusiva, na seara de sua competência constitucional mais elementar, e contribuir para o melhor funcionamento de nosso sistema de constitucional de freios e contrapesos entre os Poderes.

### **Referências bibliográficas**

BRANCO, Paulo G. G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPETELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1983.

CASTRO, Marcos Faro de. Violência, medo e confiança: do governo misto à separação dos poderes. *Revista Forense*, v. 101, n. 382, p. 157-180.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVEIRA, Paulo Fernando. A independência e a harmonia dos poderes no Brasil de hoje. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, v. 4, out.-dez., 1998.

SOUZA Jr., Antonio Umberto. Entre a primeira e a últimas palavras – Ensaio sobre a amplitude da reserva constitucional de jurisdição. *Universitas JUS*, nº 13, p. 75-118, jan-jun. de 2008.

WERNECK VIANNA, Luiz. *Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.