



Coleção de Teses,  
Dissertações  
e Monografias

de Servidores do Senado Federal

2010

## Monografia

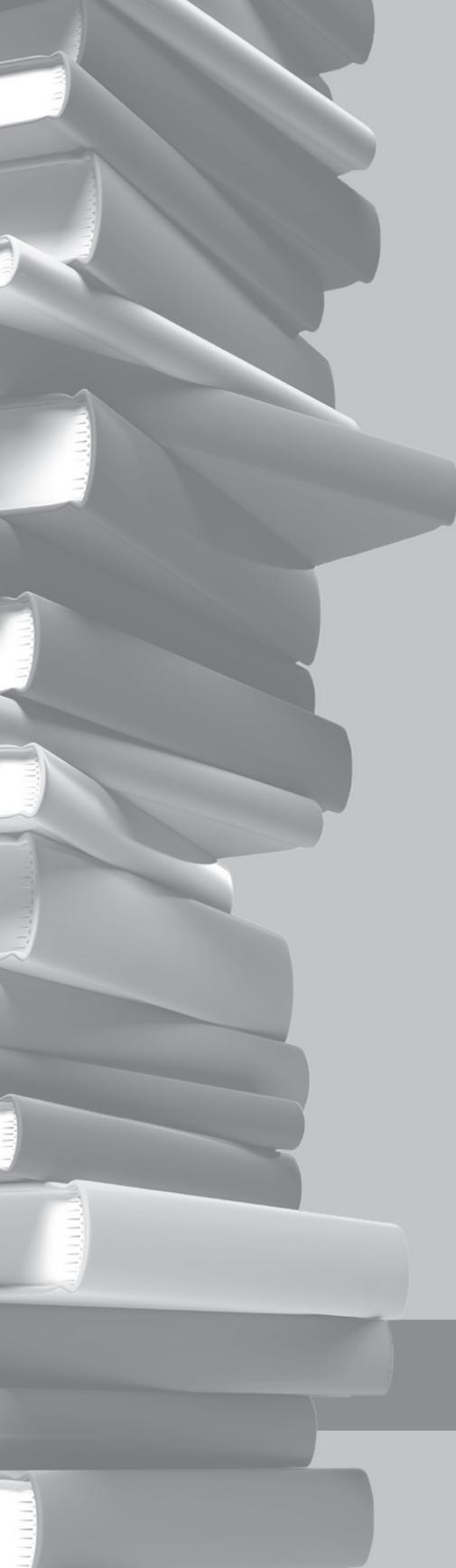
---

"O Judiciário  
Legislador"

(Sobre sentenças de caráter normativo do Poder Judiciário brasileiro prolatadas no início do século XXI e o sistema brasileiro de freios e contrapesos, à luz das teorias a respeito da separação dos poderes)

Arlindo Fernandes de Oliveira





Coleção de Teses,  
**Dissertações  
e Monografias**

de Servidores do Senado Federal

---

**2010**

**Monografia**

---

"O Judiciário  
Legislador"

(Sobre sentenças de caráter normativo do Poder Judiciário brasileiro prolatadas no início do século XXI e o sistema brasileiro de freios e contrapesos, à luz das teorias a respeito da separação dos poderes)

**Arlindo Fernandes de Oliveira**





SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR

*Florian Augusto Coutinho Madruga*

DIRETOR DA SUBSECRETARIA INDUSTRIAL

*José Farias Maranhão*

DIRETOR DA SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO, SUPRIMENTO  
DE MATÉRIAS-PRIMAS E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

*Luiz Carlos da Costa*

DIRETORA DA SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

*Anna Maria de Lucena Rodrigues*

DIRETOR ADJUNTO

*André Luiz Rodrigues Santana*

EQUIPE EDITORIAL

PROJETO GRÁFICO, EDITORAÇÃO E COORDENAÇÃO

Serviço de Impressão Eletrônica (SEIMEL) da Secretaria Especial de Editoração e Publicações (SEEP)

CAPA

Subsecretaria de Projetos Especiais (SUPRES) da Secretaria Especial de Comunicação Social (SECES)

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Secretaria Especial de Editoração e Publicações (SEEP)

Ficha catalográfica feita por Fabrícia da Silva Costa Feitosa

ISBN: 978-85-7018-338-5

---

Oliveira, Arlindo Fernandes de.

O judiciário legislador : sobre sentenças de caráter normativo do Poder Judiciário brasileiro prolatadas no início do século XXI e o sistema brasileiro de freios e contrapesos, à luz das teorias a respeito da separação dos poderes. / Arlindo Fernandes de Oliveira. – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

68p. – (Coleção de Teses, Dissertações e Monografias de Servidores do Senado Federal)

1. Poder Judiciário, Brasil. 2. Separação dos poderes, Brasil. 3. Sentença normativa, Brasil. I. Título. II. Série.



**SENADO FEDERAL**

**MESA DIRETORA**  
**Biênio 2009/2010**

**Senador José Sarney**  
Presidente

**Senador Marconi Perillo**  
1º Vice-Presidente

**Senadora Serys Shessarenko**  
2ª Vice-Presidente

**Senador Heráclito Fortes**  
1º Secretário

**Senador João Vicente Claudino**  
2º Secretário

**Senador Mão Santa**  
3º Secretário

**Senadora Patrícia Saboya**  
4ª Secretária

### **Suplentes de Secretário**

**Senador César Borges**  
**Senador Adelmir Santana**  
**Senador Cícero Lucena**  
**Senador Gerson Camata**

**Haroldo Feitosa Tajra**  
Diretor-Geral

**Claudia Lyra Nascimento**  
Secretária-Geral da Mesa



## APRESENTAÇÃO

É com satisfação que saúdo os vencedores do concurso de teses, dissertações e monografias realizado entre os servidores do Senado Federal. É gratificante constatar que um grande número de servidores continua se aperfeiçoando, depois de ingressar em nossos quadros. Isso demonstra a vitalidade da busca pelo conhecimento e a disposição de aprimoramento profissional.

O variado elenco de matérias abordadas, que vão da questão das pesquisas de opinião à da judicialização da política no Direito Eleitoral – matéria que está sendo objeto de exame pela Comissão Especial para a Elaboração de Projeto do Novo Código Eleitoral, presidida pelo Ministro Dias Toffoli –, demonstra também a pluralidade das competências de nossos servidores, que formam um dos melhores conjuntos do funcionalismo público brasileiro.

A todos que concorreram e apresentaram suas teses, dissertações ou monografias, eu agradeço o esforço e parabenizo pelas conquistas acadêmicas

**Senador José Sarney**  
Presidente do Senado Federal



## INTRODUÇÃO

É com grande satisfação e com muito orgulho que apresentamos ao leitor os textos que inauguram a Coleção de Teses, Dissertações e Monografias de Servidores do Senado Federal, selecionados como os melhores entre os mais de 50 trabalhos acadêmicos que atenderam ao chamado do concurso lançado este ano pela primeira vez.

É gratificante, efetivamente, uma satisfação e um orgulho poder constatar a qualidade do corpo de servidores desta Casa, que se manifesta de forma inofismável em todos os trabalhos apresentados e, de forma excelente, naqueles que foram enfim premiados com a publicação.

E não se trata aqui apenas de um orgulho superficial e de uma satisfação benevolente. Essa qualidade de nosso corpo técnico-administrativo – não há exagero em dizê-lo – é um ingrediente indispensável da força de nosso Parlamento. E, vale lembrar, um Parlamento sólido é essencial para a nossa saúde democrática.

Entre os muitos papéis que cumpre o Parlamento, o de ser o fórum para onde convergem os grandes debates nacionais é, certamente, um dos mais fundamentais. É aqui, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que reverberam as diversas vozes em que se exprime nossa sociedade. Deputados e Senadores são os portadores dessas vozes múltiplas, plurais, que manifestam os pontos de vista igualmente múltiplos e plurais de nossa sociedade – e esse é o papel fundamental da representação política.

Mas para que esse debate seja frutífero, é preciso mais do que a política – e é aí que poder contar com um corpo técnico qualificado e atualizado, bem formado e bem informado, torna-se fundamental para o exercício pleno do mandato que recebemos dos cidadãos. Como bem demonstra o resultado deste primeiro concurso de teses, dissertações e monografias, podemos dizer que temos a ventura de satisfazer com brilho essa condição.

Este ano, premiamos dez trabalhos que se destacaram por sua excelência.

Na categoria “teses de doutorado”, Ana Lúcia Coelho Romero Novelli estuda o fenômeno da opinião pública brasileira a partir de seu relacionamento com o Congresso Nacional, tema de alta relevância tanto para entendermos e avaliarmos os processos que caracterizam a formação da opinião pública, quanto para avaliarmos o próprio Parlamento, instituição cujo funcionamento, por natureza, tem uma sensibilidade peculiar à forma como é percebido pela opinião do público. Maria Cláudia Barbosa de Oliveira Drummond, por sua vez, aborda o tema atualíssimo dos parlamentos de integração, e a questão que tende

a crescer na nossa agenda de discussões, à medida que a integração política dos países do Mercosul for avançando, é do déficit democrático nas relações internacionais.

Na categoria “dissertações de mestrado”, três servidores foram contemplados com a publicação de seus trabalhos. Mellina Motta de Paula Bernardes parte de sua experiência na Casa para refletir sobre a ocorrência de interfaces entre as competências do Senado Federal, estudando uma das recomendações apresentadas no relatório final da CPI dos Títulos Públicos. Paulo Fernando Mohn e Souza e Thales Chagas Machado Coelho, por sua vez, trazem contribuições ao entendimento de duas questões importantes e de amplo alcance, o primeiro sobre o princípio de subsidiariedade como princípio de organização do Estado e sua aplicação no federalismo, o segundo sobre o princípio de moderação e seu papel na legitimação do controle judicial da constitucionalidade das leis.

Na categoria “monografias de pós-graduação”, Arlindo Fernandes de Oliveira e Flávia Cristina Mascarenhas Magalhães abordam, em seus trabalhos, dois lados das cada vez mais complexas relações entre a esfera jurídica e a esfera política, o primeiro tratando do tema do “judiciário legislador”, a segunda estudando a judicialização da política a partir da análise da evolução do Direito Eleitoral brasileiro entre 2002 e 2008. Carlos Eduardo Rodrigues Cruz realiza um estudo comparado dos sistemas de controles internos dos diversos Poderes para discutir a real necessidade de sua integração e a melhor forma de institucionalizá-la. Luiz Carlos Santana de Freitas estuda a delicada questão do controle normativo da mídia do Congresso Nacional, que, por sua natureza e para cumprir sua finalidade republicana, está forçada a caminhar por um caminho mais estreito do que a mídia em geral, o que não deixa de ter reflexos sobre a atividade jornalística. Por fim, Walesca Borges da Cunha e Cruz mostra, em seu trabalho, como o projeto de visita do Parlamento brasileiro tem colaborado para a construção de uma nova imagem, mais positiva, do Congresso Nacional, constituindo-se em peça importante da relação entre as instituições e os cidadãos e contribuindo, assim, para a transparência e para o aperfeiçoamento da cultura político-democrática entre nós.

Como se vê, o leque de temas é amplo e variado – tão amplo e tão variado quanto é a própria atividade parlamentar, que necessita, para além dessa variedade, de permanente atualização. É reconfortante sabermos, como parlamentares, que temos à nossa volta colaboradores constantemente envolvidos em aprimorar seu trabalho – e o nosso trabalho – por meio da reflexão e da produção de novo conhecimento.

Lançamos hoje a primeira mostra da valiosa contribuição de nossos servidores à produção desse conhecimento sem o qual o nosso exercício da atividade parlamentar ficaria, sem sombra de dúvida, prejudicado. Tenho certeza de que, nos próximos anos, com o crescimento desta coleção, teremos ainda mais motivos de nos orgulhar de nosso corpo de servidores e de sua capacidade de contribuir para o aprimoramento desta instituição – o Parlamento –, que é o coração mesmo da democracia.

A todos os premiados, deixo aqui minhas congratulações e meus sinceros agradecimentos pelo excelente trabalho que realizam.

**Senador Heráclito Fortes**

1º Secretário do Senado Federal



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
INSTITUTO DE CIÊNCIA POLÍTICA  
III CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA  
ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR MARCOS FARO DE CASTRO**

**ARLINDO FERNANDES DE OLIVEIRA**

## **"O JUDICIÁRIO LEGISLADOR"**

**(Sobre sentenças de caráter normativo do Poder Judiciário brasileiro prolatadas no início do Século XXI e o sistema brasileiro de freios e contrapesos, à luz das teorias a respeito da separação dos poderes)**

**Monografia**

**Brasília • 2008**



## "O JUDICIÁRIO LEGISLADOR"

*Sobre sentenças de caráter normativo do Poder Judiciário brasileiro prolatadas no início do Século XXI e o sistema brasileiro de freios e contrapesos, à luz das teorias a respeito da separação dos poderes.*

**BRASÍLIA  
2008**



## O JUDICIÁRIO LEGISLADOR

*Sobre sentenças de caráter normativo do Poder Judiciário brasileiro prolatadas no início do Século XXI e o sistema brasileiro de freios e contrapesos, à luz das teorias a respeito da separação dos poderes.*

*Monografia*

*ALUNO: Arlindo Fernandes de Oliveira*

*Brasília, outubro de 2008*

*Monografia apresentada ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, como requisito final para conclusão de curso.*

*Orientador: Professor Doutor Marcos Faro de Castro*



## DEDICATÓRIA

*À minha filha, e à memória de meus pais.*



## AGRADECIMENTOS

*Aos colegas e professores do Curso de Especialização de Ciência Política da Universidade de Brasília, pelo diálogo permanente que marcou o Curso.*



## EPÍGRAFE

“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”.

(em *O Federalista* nº 51, de autoria atribuída a James Madison)



## RESUMO

Um dos mais importantes princípios da democracia é o da separação dos poderes. Por esse princípio, cada instituição política do Estado tem competências e atribuições específicas, definidas pelo critério funcional. Assim, o Poder Executivo administra, o Legislativo elabora os atos normativos e o Judiciário aplica a lei aos casos concretos e julga os conflitos de interesse entre as pessoas. Conforme a compreensão clássica a respeito do assunto, afrontaria princípio essencial do regime democrático a edição, pelo Judiciário, de sentenças que traduzem atos normativos genéricos e impessoais, derivados diretamente da interpretação constitucional.

Ao Poder Judiciário caberia a aplicação de lei regularmente aprovada pelo Congresso Nacional, que detém a reserva do poder de legislar. A compreensão tradicional dominante no Poder Judiciário brasileiro a esse respeito se manifestava nas decisões do Supremo Tribunal, conforme as quais, mesmo no controle de constitucionalidade de leis, os tribunais deviam se ater à função de legislador negativo. Entretanto, tal como ocorre em outros países, a visão mais rígida a respeito da separação dos poderes vem cedendo espaço para outras compreensões também no Brasil. Por ela, uma atitude proativa do Poder Judiciário quanto à edição de sentenças de caráter normativo pode ser aceitável e mesmo necessária ao aperfeiçoamento do regime democrático.

One of the most important principles of democracy is the separation of powers. By this principle, each political institution of the state has specific powers and duties defined by a functional criterion. Thus, the executive branch enforces the law, the legislative branch makes the law and the judiciary branch applies the law to the facts of each case and decides the conflicts of interest between people. According to the classical understanding on the

subject, it would violate the essential principle of democratic regime the enactment, by the judiciary, of sentences that creates law directly from a constitutional review. The judiciary branch should apply only the law approved by Congress, which holds the monopoly of the enactment of laws. The dominant traditional understanding of the Brazilian Judiciary in this regard was manifested in the decisions of the Supreme Court, according to which, even in control of constitutionality of laws, courts should keep only the role of negative legislator. However, as occurs in other countries, the more rigid view regarding the separation of powers is losing space also in Brazil. According to such understanding, a more proactive policy of the judiciary in issuing normative judgments can be acceptable and even necessary to improve the democratic system.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	25
I – ANTECEDENTES .....	27
II – LOCKE E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES .....	29
III – MONTESQUIEU E OS “FREIOS E CONTRAPESOS” .....	31
IV – OS FEDERALISTAS .....	33
V – SEPARAÇÃO DOS PODERES NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE 1988 .....	37
VI – A RESERVA DE LEGISLAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO .....	41
VII – A ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO .....	43
VIII – VERTICALIZAÇÃO DE COLIGAÇÕES .....	45
IX – COMPOSIÇÃO DAS CÂMARAS MUNICIPAIS .....	49
X – FIDELIDADE PARTIDÁRIA .....	53
XI – DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS .....	55
XII – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	57
CONCLUSÕES .....	59
BIBLIOGRAFIA .....	67



## INTRODUÇÃO

*“Todos encontraram sempre nos antigos o que desejavam e aquilo de que precisavam, quer dizer, encontraram a si mesmos.”*

Friedrich Schlegel, *apud* Otto Maria Carpeaux,  
in *História da Literatura Ocidental*

A advertência que Otto Maria Carpeaux buscou na obra do helenista alemão Friedrich Schlegel tem pertinência tanto para o estudo dos antigos, como para o de outros clássicos e o dos modernos fundadores das teorias da separação dos poderes a que se pretende recorrer no desenvolvimento desta monografia. A leitura e releitura de suas obras foi marcada pela pré-compreensão inaugural a respeito do tema. Estimo que a advertência tenha servido ao autor do trabalho, que viu alterada sua própria percepção a respeito da matéria.

O presente trabalho tem o propósito de registrar e discutir recentes decisões do Poder Judiciário no Brasil, às quais se pode atribuir natureza legislativa, e fazê-lo à luz da evolução das teorias da separação dos poderes e suas (re) interpretações recentes, especialmente na doutrina brasileira.

Nesse contexto, procurará situar argumentos que contribuam ao debate a respeito da legitimidade ou ilegitimidade de tais decisões no ambiente de uma democracia política e a partir da apreciação de tais decisões sob a perspectiva das teorias clássicas sobre a separação dos poderes, nomeadamente as visões inaugurais a esse respeito, como as de John Locke, de Montesquieu e dos federalistas norte-americanos.

Assim, serão discutidos temas regularmente conexos à judicialização da política, ou à politização da Justiça, e o crescimento da importância e das

atribuições e responsabilidades do Poder Judiciário brasileiro no ambiente da democracia política instituída no Brasil com a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988.

O foco do trabalho é registrar as decisões judiciais que, a partir da interpretação constitucional de determinados temas sujeitos ao exame do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Eleitoral, se expressam em acórdãos que traduzem – ou podem traduzir – uma norma jurídica primária, derivada diretamente do Texto Constitucional.

Uma apreciação preliminar das decisões judiciais a que nos reportaremos poderia implicar, a partir das formulações originais a respeito da separação dos poderes, um juízo conforme o qual essas decisões importariam, necessariamente, uma ofensa aos princípios do regime democrático. No entanto, como se anotará ao final do trabalho, existem compreensões pelas quais não apenas os acórdãos aqui discutidos seriam pertinentes – diante de modernos desenvolvimentos das teorias a respeito do assunto –, como também poderiam ser aceitáveis a partir da releitura e/ou reinterpretação das próprias obras clássicas sobre essa matéria fundamental à democracia política.

O assunto tem importância no cenário político brasileiro, dadas as novas funções que a Constituição assinala ao Poder Judiciário, bem como em razão do presente contexto histórico, marcado por um relativo debilitamento da funcionalidade do Congresso Nacional. Refere-se, aqui, especialmente à agilidade na realização do seu fim primário de elaborar normas legislativas, sobretudo, diante da Carta de Direitos Fundamentais inscrita na Constituição Federal, a provocar um imenso caudal de reclamos individuais e sociais, que são encaminhados ao exame do Poder Judiciário mediante ações de controle de constitucionalidade ou mandamentais.

## I – ANTECEDENTES

Alguns atribuem a Aristóteles, sobretudo em seu trabalho *Política*, a primeira atenção sistemática conferida por um estudioso ao tema da divisão funcional dos poderes estatais. O pioneirismo do estagirita quanto ao assunto ocorreria em função de algumas elaborações desse pensador fundamental da Antigüidade grega: de uma parte, sua 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 teoria do governo ou da constituição mista (porque o poder é dividido entre os representantes de ricos e pobres), entendida como um momento essencial no desenvolvimento da compreensão desse tema.

Mas não foram os gregos que desenvolveram a teoria de que dividir as funções do Estado em órgãos distintos seria uma 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 à pré-história da Ciência Política, sobretudo quando estudam e discutem a constituição mista, a que se refere Aristóteles, no contexto da experiência romana.

Tampouco os renascentistas o fizeram, embora Maquiavel possa ser lido como um precursor remoto a jogar luz também sobre esse 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 que não teria sido a união interna desse Estado a fonte principal da sua grandeza ou da liberdade que eventualmente gozaram os seus cidadãos: inversamente, a causa desses fenômenos teria sido a desunião entre o Senado e o povo. Essa contradição é que teria impulsionado o desenvolvimento do Império Romano. (Miguel, Brasília, 2007, p. 21).

Em outra perspectiva, o próprio tema do Império Romano veio a inspirar, anos mais tarde, outra formulação a respeito do tema. Montesquieu, antes mesmo da elaboração de sua teoria da separação dos poderes, assinalou, em suas *Considerações sobre as Causas da Grandeza dos Romanos e de sua Decadência*, que a excessiva concentração dos poderes em poucas pessoas e instituições estaria na base do declínio do Império Romano.

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

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

A democracia seria, a partir de tais concepções, um regime político no qual são assegurados a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais, como proclamaria solenemente a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que resultou da experiência da Revolução Francesa.

## II – LOCKE E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Destaco a obra *Dois Tratados sobre o Governo*, na qual o pensador inglês, ao conferir justificação teórica ex post facto à Revolução Gloriosa – que derrotou o absolutismo na Inglaterra e estabeleceu o primado do Parlamento sobre o sistema político – expõe as bases de sua teoria da separação dos poderes.

Por ela, conforme compreendia o autor, devem os poderes estatais ser repartidos em três: legislativo, executivo e 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 Poder Executivo. Ademais disso, a separação dos poderes em Locke contempla a soberania do Poder Legislativo sobre os demais.

Por tal razão, a teoria lockiana, ainda que adaptada aos tempos modernos, é muitas vezes considerada uma formulação que melhor se harmoniza com o sistema de governo parlamentarista em seu modelo anglo-saxão, tal como adotado em países como a Inglaterra e a Nova Zelândia.

Basicamente, separam-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. 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.

### **Nas palavras de Locke:**

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 estabelecidas e promulgadas, 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 devem lançar impostos sobre a propriedade do povo sem o consentimento deste, dado diretamente ou por intermédio de seus deputados. E essa propriedade somente diz respeito aos governos quando o Legislativo é permanente, 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.

Elemento essencial, portanto, para a teoria da separação dos poderes, em Locke, seria 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.

Tais concepções constituiriam “a primeira versão da doutrina da separação dos poderes” (Piçarra, 1989, p. 49). Para o autor português a doutrina foi arma ideológica contra os abusos e arbitrariedades do Longo Parlamento, período histórico da Revolução Inglesa que vai de 1640 a 1653, e foi invocada “com o preciso argumento de limitar aquele órgão ao desempenho de sua função legislativa, retirando-lhe quaisquer competências de natureza jurisdicional que a outro órgão constitucional deveriam caber”.

Assinala Piçarra: “Eis a doutrina da separação dos poderes, pela primeira vez anunciada nos seus traços autônomos fundamentais, como doutrina prescritiva de determinados arranjos orgânico-funcionais, baseada numa certa análise das funções do Estado”. De acordo com o autor lusitano:

Com essas características, constitui novidade absoluta na teoria constitucional, nada tendo em comum com qualquer variante da teoria da constituição mista, embora com esta não seja à partida incompatível. Apenas decorre de determinadas idéias jurídicas correntes na Inglaterra de então, visando assegurar fins precisos: a exclusão da tirania e do arbítrio, inevitáveis quando todos os poderes estão concentrados num só órgão, e a garantia da liberdade e da segurança individuais, seriamente comprometidas quando as leis são aplicadas por quem delas é autor.

(Piçarra, 1989, p. 49).

### III – MONTESQUIEU 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 Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu.

Uma das constatações mais importantes do estudioso francês, pilar da construção teórica a ser sobre ele edificado, é sua visão, baseada na história, a respeito da natureza humana e 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”. Entretanto, nem sempre está “nos Estados moderados”. Para ele “ela só existe neles quando não se abusa do poder”.

E adverte: “Mas 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”.

Para Montesquieu há em cada Estado três espécies de poderes, o Legislativo, o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes e o Executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro são elaboradas “as leis para algum tempo ou para sempre, e corrigidas ou ab-rogadas as que estão feitas”. O segundo faz a “paz e a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança e previne as invasões”. O terceiro pune crimes, ou julga as demandas dos particulares”. O terceiro será denominado “poder de julgar”, enquanto o segundo constitui, simplesmente, “o Poder Executivo do Estado”.

Entende o Autor que a liberdade política de um cidadão “é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro”.

Ao comentar a Constituição da Inglaterra, em capítulo com esse título, o autor desenvolve o argumento:

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.

**E conclui:**

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes, o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

## IV – OS FEDERALISTAS

As experiências inglesas e francesas inspiraram alguns dos mais importantes “pais fundadores” dos Estados Unidos da América, tais como James Madison, Alexandre Hamilton e John Jay, quando esses atores e líderes políticos, nos debates a respeito do referendo sobre a Constituição dos Estados Unidos, discutiram o tema da separação dos poderes em um estado federal. 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 de estado. Então, contrapuseram-se as teses que defendiam uma Confederação – onde as leis confederadas aplicavam-se aos estados e não aos indivíduos – e outras teses esposavam a proposta da Federação, uma articulação mais consistente dos entes subnacionais, e 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 o referendo 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 voltado à realidade norte-americana, que possibilitou incluir na separação dos poderes a dimensão federativa, territorial, ou vertical, na expressão que, séculos depois, seria adotada para diferenciá-la da repartição de poderes pelo critério funcional, chamada de horizontal.

Pela vertente federativa ou vertical da 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, vista a federação como modo de organização política que melhor harmonizaria a centralização e a descentralização necessárias, especialmente, nos países de maiores dimensões geográficas.

**Assinalam esses autores, no artigo Federalista nº 9:**

A ciência da política, entretanto – como quase todas as demais ciências – progrediu enormemente. A eficácia de vários princípios é agora bem compreendida, em contraste com o seu desconhecimento total ou interpretação errônea por parte dos nossos antepassados. A distribuição correta do poder entre os diferentes departamentos, a adoção do sistema de controles legislativos, a instituição de tribunais integrados por juízes não sujeitos a demissões sem justa causa, a representação do povo no Poder Legislativo por deputados eleitos diretamente: tudo constitui novidades resultantes dos acentuados progressos dos tempos modernos em busca da perfeição. Criaram-se assim os meios, e meios poderosos, permitindo que sejam assegurados os méritos do regime republicano e reduzidas ou evitadas suas imperfeições.

**O argumento é desenvolvido no artigo Federalista nº 51:**

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, Francesa e da Independência dos Estados Unidos, essa compreensão foi generalizada no Ocidente de forma ampla. A tal modo que, em fins do Século XIX, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada na França revolucionária, contempla o art. 16, pelo qual *Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes estabelecida, não tem Constituição.*

De tal modo que a Constituição do Império, no Brasil, primeira do país independente, e que seria outorgada em 1824, viria a determinar, 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.*



## V – SEPARAÇÃO DOS PODERES NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE 1988

Conforme a Constituição vigente, quando esta 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 princípio, 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 refere, como a edição pelo Presidente da República de medidas provisórias 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, sobre o conceito de lei. Transcrevo, por oportuno, a definição de Canotilho: “Lei é o ato normativo geral e abstrato editado pelo Parlamento, cuja finalidade essencial é a defesa de liberdade e propriedade dos cidadãos”<sup>1</sup>

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<sup>2</sup>.

1 GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. Coimbra. Livraria Almedina. 1993, 6ª edição revista, p. 15.

2 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros Editores. 2007. 28ª edição, revista e atualizada, p. 109.

A compreensão tradicional a esse respeito deitou raízes profundas no próprio Poder Judiciário brasileiro, mesmo depois de promulgada a Constituição de 1988. Em diversos julgados, sobretudo na primeira década de vigência do novel Texto Constitucional, o Supremo Tribunal Federal recusou o papel de “legislador positivo”, compreendendo que suas atribuições, inclusive no âmbito do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, deveria restringir-se à função de “legislador negativo”.

Como se pode observar no RE-Agr 461904/SC – Santa Catarina, AG.REG no Recursos Extraordinário, em que funcionou como Relator o Ministro Celso de Mello (julgamento em 12/08/2008, órgão julgador, Segunda Turma), *verbis*:

EMENTA: REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS – INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.032/95 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO, NESSE DIPLOMA LEGISLATIVO, DE SUA APLICAÇÃO RETROATIVA. INEXISTÊNCIA, AINDA, NA LEI, DE CLÁUSULA INDICATIVA DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL CORRESPONDENTE À MAJORAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ATUAÇÃO DO Poder Judiciário COMO LEGISLADOR POSITIVO. VEDAÇÃO. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – Os benefícios previdenciários devem reger-se pela lei vigente no tempo em que preenchidos os requisitos para a sua concessão. Incidência, nesse domínio, da regra “tempus regit actum”, que indica o estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou de majoração de benefício de caráter previdenciário. Precedentes. **A majoração de benefício previdenciário além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para o efeito de sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Precedentes. Não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação dos poderes. Precedentes.** A Lei nº 9.032/95, por não veicular qualquer cláusula autorizadora de sua aplicação retroativa, torna impertinente a invocação da Súmula 654/STF.

A decisão foi tomada pela unanimidade de votos da Turma no dia 12 de agosto de 2008, foi publicada no *Diário de Justiça* do dia 28 do mesmo mês e registrada no Ementário de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em seu Volume 02330, à página 00777.

A mesma perspectiva havia sido manejada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2075/RJ – Rio de Janeiro, em que o tema discutido era o teto remuneratório dos servidores públicos. Nessa assentada discutia-se a ofensa ao princípio da separação dos poderes por ato do Chefe do Poder Executivo. Foi relator da matéria o Ministro Celso de Mello. Registro, por pertinente, excerto da ementa do acórdão, cujo inteiro teor foi publicado no *Diário de Justiça* do dia 27 de março de 2003 e registrada no Ementário de Jurisprudência do STF Vol-02116-02, à pág 00251:

O tema concernente à disciplina jurídica da remuneração funcional submete-se ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei, vedando-se, em consequência, a intervenção de outros atos estatais revestidos de menor positividade jurídica, emanados de fontes normativas que se revelem estranhas, quanto à sua origem institucional, ao âmbito de atuação do Poder Legislativo, notadamente quando se tratar de imposições restritivas ou de fixação de limitações quantitativas ao estipêndio devido aos agentes públicos em geral. – O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Outra decisão na qual se pode identificar a postura de “self restraint” do Poder Judiciário e, designadamente, do Supremo Tribunal Federal, ocorreu

no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063/04, em que também atuou como Relator o Ministro Celso de Mello. O julgamento ocorreu em 18/05/1994 e o órgão julgador foi o Plenário, como é regra nas ações de inconstitucionalidade. O acórdão foi publicado no Diário de Justiça de 27/04/2001 e registrado no Ementário de Jurisprudência do STF, vol. 02028, à pág. 00083. Eis o excerto da ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 8.713/93 (ART. 8º, § 1º, E ART. 9º) – PROCESSO ELEITORAL DE 1994 – SUSPENSÃO SELETIVA DE EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA LEGAL – CONSEQÜENTE ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA LEI – IMPOSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO – DEFINIÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO COMPETENTE PARA EFEITO DE RECUSA DA CANDIDATURA NATA (ART. 8º, § 1º) – INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA – A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS – SIGNIFICADO – FILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DOMICÍLIO ELEITORAL (ART. 9º) – PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE – MATÉRIA A SER VEICULADA MEDIANTE LEI ORDINÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE E HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE – ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW – CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. AUTONOMIA PARTIDÁRIA: A Constituição Federal, ao proclamar os postulados básicos que informam o regime democrático, consagrou, em seu texto, o estatuto jurídico dos partidos políticos. O princípio constitucional da autonomia partidária – além de repelir qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos – cria, em favor desses corpos intermediários, sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento, uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, vedando, nesse domínio jurídico, qualquer ensaio de ingerência legislativa do aparelho estatal. Ofende o princípio consagrado pelo art. 17, § 1º, da Constituição a regra legal que, interferindo na esfera de autonomia partidária, estabelece, mediante específica designação, o órgão do Partido Político competente para recusar as candidaturas parlamentares natas. O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.

## VI – 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 de modo exclusivo – ao órgão nacional e federal do Poder Legislativo. Essa concentração expressa 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 com cláusula de exclusividade encontra-se o direito eleitoral, conforme disposição expressa do art. 21, inciso I, CF:

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

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

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 às leis aprovadas 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, CF.

Embora a competência para legislar sobre direito eleitoral seja única e exclusivamente do Congresso Nacional, e tal competência seja indelegável, porque privativa, tem sido observado, 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 a expedição de regras gerais. Esta competência para a edição, por órgão judiciário, de norma nova – e de natureza primária porque decorre 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 idéia de lei compreendida como decisão emergente de um procedimento de que participaram forças sociais e políticas, majoritárias e minoritárias, representadas no Parlamento, e a idéia de lei como ato de consentimento (auto-ordenação) dos cidadãos relativamente às medidas nela previstas. (*Op. Cit.*, p. 790).

## VII – A ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A Carta Magna, dispor sobre as competências atribuídas à Justiça Eleitoral e, nele, ao Tribunal Superior Eleitoral, em nenhum momento a Constituição 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 do art. 23, confere ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para expedir “Instruções para a sua fiel execução”. No mesmo sentido aponta 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 apenas 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 um decreto para fazer cumprir as regras gerais para cuja elaboração é o Congresso Nacional o órgão competente.

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



## VIII – 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 de presidente da República. Transcrevo o 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, Assembléia 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).

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

A Lei Eleitoral então vigente (Lei nº 9.504, de 1997) estabelecia, 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 9.504/97, 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).

Nessa oportunidade, foram vencidos os Ministros Sydney Sanches, relator original – a redação do voto vencedor ficou a cargo da Ministra Ellen Gracie – além de Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Esses Ministros 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 de nº 52, de 2006, a qual explicitou a liberdade de os partidos políticos celebrarem as coligações. Mediante essa Emenda, foi conferida nova redação ao § 1º do art. 18. No texto infra, está destacada a alteração:

*§ 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.*

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, como ocorreria se mantidos os termos da redação original da Constituição de 1988, e o mandato presidencial fosse de cinco anos, e tivéssemos a circunstância de que coincidissem as eleições presidenciais como as eleições municipais.

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



## IX – COMPOSIÇÃO DAS CÂMARAS MUNICIPAIS

O Supremo Tribunal Federal, em 24 de março de 2004, ao julgar ação (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 desse município que estipulava o número de integrantes da Câmara de Vereadores em onze membros<sup>1</sup>.

Na oportunidade, o Supremo adotou fórmula matemática para definir a quantidade de membros dos legislativos municipais: por ela, cada vereador brasileiro deve, idealmente, 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, estabeleceu, com base na decisão do Supremo, estender para todo o País esse entendimento:

A Resolução nº 21.702/04, do Tribunal Superior Eleitoral, institui as “instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município”. Na ementa dessa decisão, o TSE declara fazer uso de *atribuição que lhe confere o Código Eleitoral*. Essa Lei ordinária, em ser

1 Trechos do Acórdão do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 197.917/04: “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. (...)”

art. 23, IX, determina competir àquele Tribunal “expedir as instruções que julgar conveniente 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 a disciplina 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 até o máximo de cinqüenta 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 habitante 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 um dos poucos temas, aliás, ao lado daqueles “de interesse local” a que a Constituição confere ao Município autonomia para a sua disciplina. O TSE, entretanto, a partir da fórmula aritmética definida pelo Supremo Tribunal, 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.**



## X – FIDELIDADE PARTIDÁRIA

O Tribunal Superior Eleitoral recebeu no início de 2007 consulta formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas, no qual é 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, que quanto à competência constitucional conferidas aos partidos políticos para dispor sobre regras de fidelidade e disciplina partidárias. Trata-se de um princípio instituído pelo legislador constituinte originário, e, 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 supratrascrita, não apenas aplicou a todos os agentes políticos ocupantes de cargos proporcionais o princípio da fidelidade partidária, como determinou a punição respectiva (perda do mandato) e estipulou as situações nas quais o princípio da fidelidade comportaria exceção. Mais tarde, tal entendimento foi estendido também aos ocupantes de cargos majoritários.

Observem-se as disposições da 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 era causa de perda de mandato. Nesse passo, o Ministro invocou o artigo 55 da Constituição, afirmando considerá-lo exaustivo. Tal artigo relaciona os casos que geram a perda do mandato parlamentar, como a falta de decoro ou a suspensão dos direitos políticos, entre outras. Como o rol não abriga a troca de legenda ou cancelamento da filiação, o Ministro 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 parlamentar ou o chefe de executivo que mudar de partido a pena de perda de mandato.

## XI – 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, a norma nunca foi editada.

A respeito, foram impetrados por sindicatos de servidores, perante o Supremo Tribunal Federal, os Mandados de Injunção (os MIs nº 670 e nº 712) alegando que a omissão do Congresso Nacional por 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 Cíveis 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 a esses trabalhadores, na forma como estabelecem alguns dos dispositivos escolhidos da Lei nº 7.783, de 1989, que disciplina o exercício do direito de greve pelos 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 (...)

Assim, de acordo com esse entendimento, no caso, ainda conforme o entendimento do Ministro Eros Grau, adotado pela maioria do STF:

53. Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 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, nessa 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”.

## XII – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para o efeito de controlar a constitucionalidade das decisões tomadas por órgãos do Poder Judiciário, tratar-se-ia de observar, em todos nesses casos, entre outros aspectos, se o Tribunal está a expedir norma legislativa primária – decorrente diretamente da Constituição – ou norma legislativa secundária, decorrente de lei. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 12, de 2006, e nos termos do voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, cabe ação direta de inconstitucionalidade 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 a Resolução de 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 adotado 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. Por isso a legitimidade do Conselho Nacional de Justiça em proibir o nepotismo no Poder Judiciário, razão pela qual é cabível ação declaratória de constitucionalidade com respeito à Resolução respectiva.

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, e a partir de interpretação direta da Constituição, possa também editar regras gerais e abstratas inovadoras do ordenamento jurídico.

## CONCLUSÕES

Por longo período, disseminou-se o entendimento de que os autores clássicos da democracia, como Locke e Montesquieu, esposavam uma 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, e 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 a rigidez formal que se aventara, de início. Antes, os poderes interferem uns nos outros precisamente para melhor se controlarem, para a melhor efetivação do exercício complexo mediante o qual um poder limita e define o alcance das atribuições do 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) 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 freqüente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.

Outros chegam a questionar a se os mesmos clássicos já não entendiam de outra maneira a complexidade da matéria. Seria necessário, assim, levar em conta as considerações conforme as quais a separação dos poderes, na alegada forma rígida, nunca teria existido mesmo em Montesquieu, pois o que se tratava, desde então, de um misto de separação com interdependência entre os poderes.

Esta é a concepção adotada por diversos autores modernos e contemporâneos. Antonio Humberto Souza Júnior (2006) 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 Mirkine-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.”<sup>1</sup>

A própria Constituição brasileira de 1988 confere a tribunais judiciários competência para a 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 quando 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, assim como ocorre com o Poder Judiciário.

O sistema de freios e contrapesos então, se manifestaria mediante uma interconexão e uma intercomunicação dos poderes, muito mais do que 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 1 MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, in “De La Separatiön des pouvoirs” in AAVV, *La Pensée Politique et Constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, (s. d), p. 162-163, *apud* Souza Júnior, Antonio Humberto, em *Entre a Primeira e a Última Palavras – Ensaio sobre a Amplitude da Reserva Jurisdicional de Jurisdição*. Universitas JUS, Brasília, n 13, p. 75-118, jan/jun. 2006.

“princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estatal no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável” (1989).

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, à conclusão de seu trabalho, menciona a notável síntese a respeito da matéria, formulada por seu patricio 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>2</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 a recente postura proativa do Poder Judiciário.

Com efeito, o exame cuidadoso das ações e omissões do Congresso Nacional no exame de cada uma das matérias a que se refere o presente trabalho poderá identificar que a regra é da não elaboração da norma pertinente, de sua competência. A exceção será certamente o tema da criação dos municípios, objeto de lei aprovada pelo Congresso Nacional, mas vetada pelo Presidente da República. Inclusive neste caso, entretanto, cabe o registro de que o veto pende de deliberação.

A democracia brasileira e o nosso sistema jurídico-constitucional de freios e contrapesos entre os poderes somente teriam a ganhar caso o Congresso Nacional, costumeiramente inundado pela avalanche de medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo, e diante da inovadora jurisprudência do Poder Judiciário, que aqui foi anotada, dedicasse a atenção e o cuidado devidos à

2 GOMES CANOTILHO, *in* Direito Constitucional, Almedina, *apud* Piçarra, Nuno: A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p.

preservação de suas prerrogativas constitucionais, como aquelas atinentes à reserva de legislação.

A proatividade judicial revelaria a impertinentinência, no presente contexto histórico, da antiga compreensão do juiz como “boca inanimada da lei” a que se referiu Monstesquieu. Cumpre o registro de que a lei não alcança, nem poderia fazê-lo numa sociedade em permanente mutação, todos os aspectos da realidade.

O próprio legislador previu tal situação, ao prescrever, para proibir, no Código de Processo Civil, a possibilidade de o juiz não decidir. Com efeito, diz o Código, em seu art. 126, que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.

Mauro Capeletti, em obra dedicada ao tema, assinala que o fenômeno pode estar de algum modo vinculado à aproximação de culturas políticas entre os países que adotam o regime de *Civil Law* e os países que adotam o de *Common Law*:

Podemos concluir, portanto, no sentido de que nos últimos anos ou decênios, em crescente número de países de *Civil Law*, o fenômeno do aumento da criatividade jurisprudencial surgiu com aspecto substancialmente muito similar e contornos não menos dramáticos do que nos países do *Common Law*. Longe de ser insuscetível de uma análise comparativa, esse fenômeno é, em grande medida, análogo, senão idêntico, nas duas grandes famílias jurídicas. (Capeletti, 1993, p. 128).

Capeletti, na conclusão de seu trabalho, afirma a necessidade de investigar a atual e ampla expansão do papel criativo dos juízes, e, assim, a importância do direito jurisprudencial e as razões de tal expansão. Para o autor italiano, as razões para tanto “submergem as suas raízes nas profundas transformações das sociedades modernas, na conseqüente mudança de função do direito e do estado”. Outro elemento “não certamente inferior”, no dizer do autor, residiria na análise da diferença entre a função jurisdicional, de um lado, e a legislativa, de outro, diferença que tem natureza essencialmente procedimental.

No Brasil, o sociólogo Luiz Werneck Vianna, em artigo publicado no ano de 1996, ressaltou os fatos aqui mencionados para neles identificar, entre outros aspectos relevantes, a plena compatibilidade da nova postura do Poder Judiciário com o regime democrático:

Tem-se, então, a sugestão de que o Poder Judiciário, a fim de assumir um formato institucional compatível com as exigências contemporâneas, se desprenda do ideário e dos processos que conduziram, pela via da revolução, a passagem do mundo tradicional ao moderno, e que teriam dado o resultado da imobilização política daquele Poder. O tipo inglês de passagem ao moderno, no qual as formas da tradição foram preservadas, concedendo-se a elas, em um processo molecular, uma nova substância — e que encontrou seu prolongamento na experiência americana — corresponderia melhor às necessidades institucionais das modernas democracias e dos ideais igualitários nelas emergentes, com suas práticas de criação jurisprudencial do direito e de influência política do juiz, em razão do seu papel no controle de constitucionalidade das leis.

Daí que, nos países de regime de *Civil Law*, a crescente valorização dos institutos da *Common Law* se faça associar como inevitável ao abandono da concepção da teoria de separação entre Poderes segundo a tradição Montesquieu-Rousseau, visando-se a uma aproximação com o modelo de *checks and balances* dos federalistas americanos, terreno de onde se originaria a figura do juiz-herói em oposição à do juiz-funcionário da *Civil Law*, guardião dos direitos fundamentais e não simples operador da doutrina da certeza jurídica. Esse processo de convergência entre os sistemas de *Civil Law* e de *Common Law* teria a sua mais forte indicação na irreversível tendência à decodificação e à constitucionalização da ordem legal entre os países daquele primeiro sistema, mutação institucional que estaria na base das postulações por autonomia dos Judiciários formados em sua tradição.

Convergência, porém, não implica abdicação quanto aos pressupostos históricos da matriz de origem: ao se abrirem às práticas da *Common Law*, como o “*judicial review*” e o “*stare decisis*” da experiência americana, os países de sistema de *Civil Law* preservam a constituição da magistratura como uma burocracia especial do Estado, o sistema de concurso público para o recrutamento dos seus quadros e a socialização *interna corporis*, à margem, portanto, do ambiente político, realizando uma experiência institucional inteiramente diversa daquela dos países de *Common Law*, cujos magistrados são recrutados politicamente e cuja socialização no campo jurídico inclui um prévio e longo treinamento em outras profissões legais, como a dos advogados.

Assim é que, nos países de sistema de *Civil Law*, onde se aprofunda a convergência com o de *Common Law*, especialmente nos contextos nacionais em que, de jure e de fato, o Judiciário se autonomiza do controle do sistema político, ele tende a se manifestar como um “poder difuso”, sem que conheça a ação de mecanismos institucionais que lhe sirvam

como contrapeso. Tal “excentricidade”, segundo a lúcida análise de C. Guarnieri sobre a magistratura italiana, apresenta esse Poder como um novo protagonista no sistema político do mundo moderno, paradoxalmente mais ativo e intervencionista nos países de *Civil Law*, como no caso da Itália do que nos de *Common Law*, em que a sua ação é dependente de um juiz singular, na medida em que a institucionalização dos conselhos nacionais de magistratura tende a lhe conceder um caráter de ator coletivo vocacionado para o exercício de um papel ético-moral na pedagogia da sociedade e de animador da difusão do justo.

Assim, as recentes proatividade e a criatividade do Poder Judiciário no Brasil não resultariam de um movimento imprevidente de um juiz ou órgão judicial isolado, mas integram amplo movimento, alcançando, quando menos, os países que incorporaram em seus sistemas jurídico-constitucionais (baseados nos princípios da *Civil Law*) alguns dos postulados oriundos dos países cujo sistema jurídico é tradicionalmente articulado aos princípios da *Common Law* e, sobretudo, da evolução política e teórica das mais significativas concepções sobre a estrutura e o funcionamento do Estado moderno e atual.

Além disso, muito mais do que a incorporação por países vinculados a um sistema jurídico das concepções pertinentes a um outro, o panorama que hoje se observa em países como o Brasil relaciona-se, sobretudo, com a evolução histórica do próprio Estado e da política que nele se desenvolve, que traz com ela o desenvolvimento das teorias explicativas correspondentes. Donde se pode finalmente reconhecer a fecundidade do presente debate a respeito do assunto e a necessidade da sua abertura a novos e criativos desenvolvimentos.

Em harmonia com esse entendimento Marcos Faro de Castro assinala:

Do ponto de vista do processo político como um todo, a judicialização da política contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes (epitomizado no conflito entre os tribunais constitucionais e o Legislativo ou Executivo) que não é necessariamente deletério para a democracia. A idéia é, ao contrário, que democracia constitui um “requisito” da expansão do poder judicial (Tate, 1995). Nesse sentido, a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas.

Uma visão assemelhada desse processo pode ser encontrada em trabalho de Ana Paula de Barcelos, que identifica como recorrentes três críticas ao “controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais”. Conforme Barcelos (2006) há a crítica articulada com

uma visão filosófica, que leva em consideração a natureza essencial de cada poder do Estado. Por ela, não há conhecimento amplo e holístico de cada assunto no Judiciário que lhe permita substituir o Executivo quanto à formulação de políticas públicas.

Outra crítica, de natureza operacional, assemelha-se à filosófica, ao registrar que o Judiciário, focado na “micro-justiça” dos casos concretos e, não raro, individuais, ignora outras realidades relevantes e a imposição inexorável de administrar recursos limitados. Essa crítica é manejada, por exemplo, com relação quanto a decisões judiciais que impõem ao Estado arcar com custos significativos de medicamentos e tratamentos médicos à custa do sacrifício de recursos orçamentários que são destinados à ações de saúde pública do interesse de toda uma comunidade.

A crítica que talvez seja mais consistente é fundada na Teoria da Constituição e destaca o fato de que o Poder Judiciário não tem legitimidade democrática para a elaboração de normas genéricas e impessoais ou para substituir o Poder Executivo na aplicação de políticas públicas que decorrem de escolhas feitas pela sociedade, no processo eleitoral democrático do qual derivam a composição dos cargos executivos e legislativos.

Ou seja, a judicialização da política e o ativismos judicial podem ser identificados com o constitucionalismo democrático brasileiro que tem por base a fundação da democracia pela Constituição de 1988 e influências doutrinárias como o constitucionalismo dos valores em sua vertente alemã (Citadino, 2002). A distinção, que se pretende construir entre uma jurisprudência “invasiva” e a atuação jurisdicional em defesa da democracia.

Citadino, no citado artigo, menciona a contribuição de Jürgen Habermas, para quem “a função da Corte (constitucional) é velar para que se respeitem os procedimentos democrático para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, para que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político,” Por isso, para a autora, “o processo de ‘judicialização da política’ não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário”,

A partir de tais considerações, e levando em conta o que foi anotado e discutido neste trabalho, pode-se afirmar, juntamente com Jamile Bergamasche Mata Diz e Gláucio Inácio da Silveira (Porto Alegre, 2008):

O ativismo não sugere, porém, que o juiz simplesmente ignore a lei e se arrogue a função legislativa. O julgador não pode utilizar o ativismo judicial como justificativa para usurpar ao legislador sua função típica. O que recomenda o ativismo judicial é que a interpretação do direito infraconstitucional se realize a partir da Constituição e seja inspirada pelos valores prevaletentes no meio social. A interpretação deve, em última análise, voltar-se para a consagração da justiça.

Embora esse seja um processo cujo exame no âmbito da ciência política brasileira é recente e ainda pouco estudado (Faro, 1997), são crescentes tanto a atividade crítica do Poder Judiciário quanto o seu exame pelos estudiosos, fatos que justificam, certamente, o constante re(exame) da matéria, seja a partir das teorias democráticas, com o objetivo de perquirir sua legitimidade no contexto da democracia brasileira, seja a partir da apreciação dos seus resultados concretos.

## BIBLIOGRAFIA

- BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. Rio de Janeiro. Revista de Direito do Estado, Ano 1, n. 3, julho a setembro de 2006, p.
- BRANCO, Paulo G. G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPETELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1993.
- CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina.
- CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. V. 12, n. 34, junho de 1997, p. 147 a 156.
- CASTRO, Marcos Faro de. *Violência, Medo e Confiança: do Governo Misto à Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v. 382 (ano 101), p. 157-180.
- CITADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes*, in *A Democracia e os Três Poderes no Brasil* (org. Luiz Werneck Vianna). Belo Horizonte-Rio de Janeiro. Editora UFMG e IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17 a 42.

- DIZ, Jamile Bergamasche Mata e SILVEIRA, Gláucio Inácio da. *O Ativismo Judicial no Direito Comparado*. Porto Alegre: *Revista da Ajuris*. Ano XXXV, n. 110, junho de 2008. p. 165 a 185.
- LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo, 1998.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, revista, 1982.
- MIGUEL, Luís Felipe. *O Nascimento da Política Moderna – Maquiavel, Utopia, Reforma*. Brasília: Editora UnB, 2007.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Editora Saraiva, 8. ed., revista, 227 p., (introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota), 2004.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *A Independência e a Harmonia dos Poderes no Brasil de Hoje.*, Brasília: *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, v. 4, out./dez., 1998.
- SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto. *Entre a Primeira e a Última Palavras – Ensaio sobre a Amplitude da Reserva Constitucional de Jurisdição*. Brasília: Universitas IUS, n. 13, p. 75-118, jan./jun., 2008.
- WERNECK VIANNA, Luiz. Poder Judiciário, “Positivização do Direito Natural e Política. in *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 18, 1996.

SENADO FEDERAL



ISBN 978-85-7018-338-5



9 788570183385