



INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO

Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional

MOISÉS BALDOÍNO DE BARROS NETO

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRÉ-REFORMA: OS CASOS
DA VERTICALIZAÇÃO E DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO
PREÂMBULO DA REFORMA OFICIAL. ESTARIA O JUDICIÁRIO
LEGISLANDO SOBRE POLÍTICA OU APENAS FAZENDO UMA
ANÁLISE EXTENSIVA DA LEI?**

Brasília - 2010

MOISÉS BALDOÍNO DE BARROS NETO

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRÉ-REFORMA: OS CASOS
DA VERTICALIZAÇÃO E DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO
PREÂMBULO DA REFORMA OFICIAL. ESTARIA O JUDICIÁRIO
LEGISLANDO SOBRE POLÍTICA OU APENAS FAZENDO UMA
ANÁLISE EXTENSIVA DA LEI?**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientadora: Profa. Júlia M. Ximenes

Brasília - 2010

MOISÉS BALDOÍNO DE BARROS NETO

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRÉ-REFORMA: OS CASOS
DA VERTICALIZAÇÃO E DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO
PREÂMBULO DA REFORMA OFICIAL. ESTARIA O JUDICIÁRIO
LEGISLANDO SOBRE POLÍTICA OU APENAS FAZENDO UMA
ANÁLISE EXTENSIVA DA LEI?**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientadora: Profa. Júlia M. Ximenes

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Profa. Júlia Maurmann Ximenes

Integrante: Prof. Felipe Basile

Integrante: Prof.

À minha **família** dedico este trabalho, especialmente:

À minha **Mãe**, que partiu inesperadamente, mulher autêntica, lutadora, de sensibilidade extrema e lições de vida sem igual, que incondicionalmente me amou e acreditou em mim e em meus objetivos. Restou a dor da sua ausência.

À minha companheira **Márcia**, pelo apoio aos meus projetos intelectuais e por termos juntos vencido tantos percalços, e

À minhas filhas **Adah Mariah** e **Isliah Mariah**, minhas razões de prosseguir.

Tenho muito e a muitos a agradecer:

A **Deus**, em primeiro lugar, meu único salvador, por me propiciar seguindo, sobre todos os percalços.

À Professora Júlia Maurmann Ximenes, exímia pedagoga, e orientadora de paciência impar.

Ao Senador Jefferson Praia, por abonar e incentivar a minha participação no Curso, em face de, obscuramente, ter sido desautorizada...

Ao colega Paulo Kramer, possuidor de rara cultura e conhecimento incomum de ciências humanas, em especial, da política, pela contribuição e a troca de idéias.

De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.

(Rui Barbosa)

RESUMO

Busca-se, com essa pesquisa, descobrir se o Poder Judiciário estaria legislando sobre a política ou apenas fazendo uma análise extensiva da lei no que tange à questão da verticalização e fidelidade partidária. A temática é de grande polêmica, haja vista que existe um vácuo na legislação que acaba por motivar o Judiciário a preenchê-lo. Pretende-se, portanto, analisar a existência ou não, de excessos praticados pelo Poder Judiciário no processo de tomada de decisões referentes a reforma política. Vislumbra-se um certo desconforto entre os Poderes, principalmente, pela “suposta” ingerência do Judiciário na esfera legítima de deliberação do Legislativo. Não obstante, observa-se que essa crise não chega a abalar a estrutura do país; todavia, nota-se uma clara ascendência do Poder Executivo na sua figura máxima em relação aos demais poderes. Há muito se tem diagnosticado os problemas existentes no sistema eleitoral brasileiro. Faz-se necessário e urgente uma transformação para que se recupere a credibilidade dos políticos tão reclamada pela sociedade. Em relação à problemática levantada, verificou-se que a vacância da lei levou o Judiciário a suprir o legislativo na interpretação e aplicação da norma com vistas a resolução dos conflitos emergidos. A metodologia utilizada para responder a problemática foi a pesquisa bibliográfica, buscando respostas nas decisões judiciais, na legislação, doutrina e jurisprudência.

Palavras-Chave: Política. Verticalização. Fidelidade Partidária. Partidos Políticos.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DIREITO E POLÍTICA	10
2.1	Política: jurisdicização e judicialização	10
2.2	Súmula Vinculante e o STF	21
2.3	O Judiciário Legislador	26
3	REFORMA POLÍTICA	30
3.1	O STF e a Reforma	32
4	VERTICALIZAÇÃO, FIDELIDADE PARTIDÁRIA E PARTIDOS POLÍTICOS	43
4.1	A Emenda Constitucional nº 52/2006 e o Fim da Verticalização	49
5.	CONCLUSÃO	52
	REFERÊNCIAS	55

1. INTRODUÇÃO

A política, direta ou indiretamente, acaba atingindo a todos os cidadãos. Por isso, não se admite que alguém venha a manter-se alheio, omisso ou abster-se do processo político. Todo o cidadão deve participar da eleição de seus representantes, mesmo que seja apenas votando. Além de ter consciência da importância do voto e do ato de votar, o eleitor deve saber que não há democracia plena sem voto livre.

O presente trabalho tem como objetivo analisar os quesitos da verticalização e da fidelidade partidária no contexto da pré-reforma política com ênfase na posição do STF e nos impactos dessas decisões no conteúdo da reforma oficial na agenda política brasileira.

Para atender esse objetivo específico buscou-se, como hipótese a ser verificada, averiguar a existência ou não, de excessos praticados pelo Poder Judiciário no processo de tomada de decisões referentes a reforma política nos casos acima especificados.

Considerando essa hipótese, primeiramente foi examinada a possibilidade de a reforma eleitoral estar passando por um processo de judicialização da política, considerando a hierarquia entre os Poderes Judiciário e Legislativo.

O Brasil assume, constitucionalmente, a estrutura de poder tripartite, com três poderes que devem ser harmônicos e independentes entre si, Judiciário, Legislativo e Executivo. Há um crescente desconforto entre as instituições, sobretudo pela possível ingerência do Judiciário na esfera legítima de deliberação do Legislativo.

Em seguida foram apresentadas algumas considerações conceituais bem como características que legitimam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Na prática, pode-se verificar que há defeitos nos sistema de freios e contrapesos, mas datados e esparsos. Crises entre os poderes também não chegam a abalar a estrutura da República. Entretanto, há uma clara ascendência do Poder Executivo na sua figura máxima (presidente) em relação aos demais poderes.

Foi possível observar um aumento substancial das incursões, no âmbito das atribuições legislativas, dos representantes do judiciário e, portanto, um avanço gradativo no que diz respeito ao descumprimento da harmonia entre os três poderes.

Alguns estudiosos podem até entender que o Poder Judiciário assume, algumas vezes, uma influência constrangedora e coercitiva, bem como, uma tendência de legislar sobre matérias onde há uma aparente lacuna no ordenamento jurídico, o que pode levar ao perigo do Poder Judiciário atuar fora da esfera que lhe é de direito: fazer cumprir a lei, julgar e orientar sobre a constitucionalidade das leis infraconstitucionais.

Meses antes das eleições de 2008, até o presente momento, a sociedade brasileira assiste a um embate silencioso, pacífico, porém tenaz, sobre a participação do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral em definir as regras eleitorais mediante lacunas ou obscuridades na legislação em vigor.

Estaria, então, o Poder Judiciário legislando sobre a política ou apenas fazendo uma análise extensiva da lei?

A questão a ser destacada na polêmica é como e por que se formou um vácuo político no Congresso na atribuição de legislar sobre alianças e coligações eleitorais, motivando o Poder Judiciário (STF/TSE) a preenchê-lo?

As decisões do STF e do TSE referentes à verticalização das alianças políticas e à fidelidade partidária dos parlamentares eleitos se situam no limítrofe das atribuições do Poder Judiciário.

Estariam os tribunais legislando no vácuo deixado pelo Congresso Nacional ou apenas cumprindo seu papel social de orientar o entendimento e atuar no sentido do cumprimento da legislação vigente?

O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral no âmbito da Pré-Reforma: os casos da verticalização e da fidelidade partidária como preâmbulo da reforma oficial. O Judiciário legislando sobre a política ou apenas fazendo uma análise extensiva da lei?

Optou-se pela escolha desse tema pela sua atualidade e pela polêmica que causa quando vai de encontro ao sistema processual clássico, justamente por permitir outra forma de acesso à ordem jurídica justa, via o importante instituto de construção doutrinária.

Para responder a essas questões foi utilizada a pesquisa bibliográfica, buscando respostas nas decisões judiciais, na legislação, doutrina e jurisprudência.

2 ESTADO DE DIREITO POLÍTICO

2.1 POLÍTICA: JURISDICIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO

O Estado de Direito teve sua fase inicial entre os séculos XVII e XVIII, assim como, também, teve início a constitucionalização das atividades políticas.

O Direito Moderno e Constitucional contou com dois grandes marcos na sua história: a Revolução Americana – com o nascimento do Estado Constitucional, e a Revolução Francesa – responsável pela consolidação das Constituições. Foi nesse período que os direitos políticos tiveram grande impulso; essa fase foi marcada com a instauração do Poder Constituinte Popular¹. Trata-se da primeira tentativa de positivizar de forma Constitucional, a vontade política do povo².

Essa fase também é conhecida como jurisdicização³ da política e do poder. Significa dizer que a política sofreu determinada transformação por meio da lei, retratando a vontade e soberania do povo, exercida através de representações do poder político.

Foi nesse período que a racionalização e a institucionalização da política estiveram sob os cuidados da Assembleia Nacional Constituinte que, ao mesmo tempo foi consentida e produtora de um novo consenso, exibindo grande capacidade de criar normas.

Nesse caso, então, a política deu origem a essas normas, ou seja, a lei derivada da política nasceu para conter os efeitos dessa mesma política, sejam estes violentos ou de transformação.

Nesse sentido, vale dizer que a política transformada teve origem pela vontade do povo constituinte e, a partir de então a história da política tomou novo rumo.

¹ Estado de Direito Constituinte Originário.

² NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

³ Fenômeno que transforma em jurídico aquilo que não é jurídico.

De modo similar, foi uma tentativa honrada e bem intencionada dos revolucionários (um *Maquiavel a favor da soberania popular e não só estatal*) em circunscrever suas ações políticas em legado escrito, objetivo, uma espécie de domesticação ou esterilização da violência política própria desse período revolucionário. Neste aspecto, o direito corresponde à busca do equilíbrio, entre a força política desperta pela revolução e a razão que leve à construção do novo Estado, da Federação e do Estado de Direito agora derivado, uma vez que já se materializou na própria Constituição: um contrato de paz ou trégua estabelecido pelo vencedor.⁴

Aduz o autor que, “surge dessa fase histórica como transformação da política, do seu jogo e das regras inatas a esse tipo de ‘realismo do poder’ (que vença o mais astuto e de maior *virtú*), na palavra escrita postada no *novo contrato social*”⁵.

A norma escrita traduz as intenções e os ideais do povo, enquanto que a linguagem oral se dá no calor da hora, diluindo-se no tempo e no espaço.

A Constituição retrata toda a cultura jurídica popular, gerando os direitos políticos. Do século XVIII até o presente século, diversas gerações vêm adequando suas normas de acordo com a realidade presente.

A atual Constituição brasileira, por exemplo, reproduz determinada segurança jurídica quando traz em seu bojo os direitos políticos, sobretudo, quando estabelece a Democracia, conforme se vê no art. 60, § 4º, I a IV, da CF.

Nesse sentido, Teixeira (2001) faz alguns recortes da Constituição:

Direitos políticos (art. 14 a 16); direito a questionar a constitucionalidade das leis e dos atos dos governantes (art. 103) (...) direitos (...) como vítima de desigualdades regionais e sociais (...) direitos do cidadão face à administração pública, no que diz respeito a cargos, empregos e funções públicas, aos concorrentes a obras, serviços e compra e alienações da administração pública, aos serviços públicos, à responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos; direito de responsabilizar o presidente da República por atos que atentem contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; direitos humanos e direito de responsabilizar o Estado pela sua violação; direitos dos anistiados e das pessoas punidas com perda

⁴ MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Político**. In.: Revista Urutáguia, nº 6, abr/mai/jun/jul. Maringá-Paraná, 2005.

⁵ MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Político**. In.: Revista Urutáguia, nº 6, abr/mai/jun/jul. Maringá-Paraná, 2005.

dos direitos políticos; direitos dos servidores públicos, ativos, inativos e pensionistas (atualização dos benefícios).⁶

Ensina Canotilho⁷ que, frente aos direitos políticos está o Princípio Democrático a ser aplicado à toda Administração Pública; não se tratando simplesmente do direito de votar e ser votado; tampouco se restringe aos direitos políticos de participação. Trata-se, porém, de norma jurídica constitucional. Por esta razão afirma o autor ser: “um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais”.

O povo é tratado pela Constituição como sujeito ativo e não passivo, podendo usufruir, como cidadão, de todos os direitos políticos relativos ao Estado Democrático de Direito. Diante desse poder soberano delegado constitucionalmente, cabe ao cidadão fiscalizar o exercício do poder público em todas as suas esferas.

A jurisdicação passou a ser judicialização⁸ da política, em determinados aspectos, no início no século XX, ao final da 2ª Guerra Mundial, entre os anos de 1970 e 1980, período esse que selou o Estado Democrático de Direito.

Diante da transparência criada através da racionalidade da lei, passou-se a ter maior controle da política, fato que tornou o poder e a política institutos socialmente mais refreados. Assim, os conflitos que envolvem política e políticos são dirimidos nos tribunais.

Tem-se, portanto, que jurisdicação é a resolução com base na vontade política do povo, enquanto que a judicialização é representada pelos magistrados que julga segundo o interesse público.

Teixeira afirma que:

No Brasil (...) tanto os juízes de primeiro grau quanto o Supremo Tribunal são autorizados constitucionalmente ou podem ser requisitados a intervir no processo de elaboração e de implementação de políticas por meio da sua atuação limitadora da ação dos outros poderes, ou seja, desde que representando seus

⁶ TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a Judicialização da Política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001, p. 169-170.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Lisboa-Portugal : Almedina, p. 285.

⁸ A jurisdicação é um fato e representa, em grande parte, a transferência do poder público para o Judiciário.

partidos, os políticos bem como os atores sociais representando entidade de classe de abrangência nacional, na forma prescrita pela Constituição e de acordo com a interpretação do STF, têm legitimidade para solicitar a declaração de inconstitucionalidade em processos concretos ou de revisão abstrata da norma. A identificação desse fundamento no sistema político é critério crucial para se verificar a possibilidade de haver ou não judicialização em relação a todas ou a determinadas políticas públicas.⁹

É irônico observar que a política geradora da lei senta de uma hora para outra no banco dos réus para ser julgada pela própria lei que criou. Para Martinez:

é a ação da *regra da bilateralidade da norma jurídica*. É a ação direta da judicialização da política, do Poder Judiciário e da polícia, além de corresponder à maturidade político-institucional alcançada no Estado Democrático de Direito: um modelo de Estado socialista no bojo da economia capitalista.¹⁰

O Estado Democrático de Direito passou a oferecer garantias que os Estados anteriores não foram capazes. Podem-se incluir, a título de exemplo, as cláusulas pétreas cuja revisão constitucional é vetada por meio de emendas constitucionais como, a Federação, a separação dos poderes, princípio da democracia e os direitos individuais.

Martinez¹¹ apresenta a seguinte análise:

1. **Estado de Direito originário** (incluindo o Estado Liberal): deste modelo, reteve-se o império da lei e a bilateralidade dos efeitos da norma jurídica (o que afeta o Estado); a defesa dos direitos individuais. O que vale dizer, mais uma vez, transformou-se em jurisdicização e posterior judicialização da política e do Poder Judiciário. Fenômeno que, juridicamente, corresponde à última e mais elaborada geração de direitos políticos: quando as minorias podem vencer, judicialmente, as maiorias partidárias ou parlamentares (CF, art.60, § 4º, III, IV).

2. **Estado Democrático** (somando-se o ideal de República e de Federação): vê-se a fruição do princípio democrático em sua

⁹ TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a Judicialização da Política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001, p. 73.

¹⁰ MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Político**. In.: Revista Urutágua, nº 6, abr/mai/jun/jul. Maringá-Paraná, 2005.

¹¹ MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Político**. In.: Revista Urutágua, nº 6, abr/mai/jun/jul. Maringá-Paraná, 2005.

essência, pois se estabeleceu e se cumpriu o preceito de que: “a regra da maioria será sempre acatada, mas, ainda mais legítima, quando disser respeito à *segurança jurídica* dos interesses manifestados pelas minorias” (CF, art.60, § 4º, I, II).

3. Estado Social (sobretudo as garantias sociais e trabalhistas): no jogo de forças perpetrado na Assembléia Constituinte de 1986, no Brasil, neste caso, levou melhor a direita, uma vez que os direitos e as garantias sociais e trabalhistas não foram acolhidas no rol das cláusulas pétreas, assim como o próprio princípio da justiça social. Este fato político permitirá no presente-futuro a revisão, flexibilização, extinção de muitos direitos trabalhistas. Portanto, não se trata de esquecimento ou descuido: era ato intencional e deliberado deixar um clarão jurídico às administrações futuras para denegar, desfigurar muitos direitos secularmente conquistados e garantidos (CF, art. 6º e 7º).

A conquista popular do princípio da democracia veio para impedir a tirania sobre os mais fracos, fortalecendo, ao mesmo tempo, a pluralidade e a tolerância política. A esse tratamento jurídico que vem proteger os interesses dos mais fracos politicamente, dá-se o nome de judicialização da política.

Para Teixeira¹², “o caminho da interação com o Judiciário, aberto aos partidos políticos, inquestionavelmente gerou espaço inédito à proteção e ao exercício dos direitos da minoria parlamentar”. Do mesmo modo, a extensão desse direito às confederações sindicais e às entidades de classe contornou o monopólio partidário da representação política, permitindo aos diferentes grupos de interesse da sociedade exercer, discutir e procurar a implementação dos direitos constitucionais.

As Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade são exemplos de judicialização da política e, diga-se de passagem, trata-se do principal instrumento desse instituto.

De acordo com Teixeira¹³ o art. 103 da Constituição abriu um arrazoado de oportunidades para que o Judiciário pudesse ser pressionado por agentes sociais e políticos. O autor cita como exemplo a venda da Vale do Rio Doce, momento de grande procura por liminares.

¹² TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a Judicialização da Política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001, p. 26.

¹³ TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a Judicialização da Política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001, p. 86-94.

Aduz Teixeira¹⁴ que o juiz ou tribunal constitucional deve fazer uso da prerrogativa de julgar, incidentalmente ou na hipótese de que seja requisitado pelas partes legítimas a fazê-lo, se determinada política legislativa está de acordo com os princípios e mandamentos da Constituição sem que para isso seja necessário decidir, tendo em vista um caso concreto.

Partindo desse princípio seria necessário “encontrar uma (re)ligação com a proposta ou postura de Administração Pública que pudesse satisfazer minimamente as condições de governabilidade”. Nota-se, hodiernamente, a capacidade que o Poder Judiciário tem de intervir e, até mesmo de interferir nos assuntos pertinentes ao executivo. Vale ressaltar também que “o processo crescente, constante de jurisdicização já sinalizava para o estreitamento dos limites (liberdade de ação) das atividades e tarefas executivas”.¹⁵

Há que se considerar o enunciado de Malberg¹⁶, que assim preceitua:

Por conseguinte, em suas relações com os administrados, a autoridade administrativa não deve somente abster-se de atuar *contra legem* senão que ademais está obrigada a atuar somente *secundum legem*, ou seja, em virtude das habilitações legais. Finalmente, o regime do Estado de Direito implica essencialmente que as regras limitantes que o Estado impôs a si mesmo, em interesse de seus súditos, poderão ser alegadas por estes da mesma maneira que se alega o direito, já que somente com esta condição terão de constituir, para o súdito, verdadeiro direito.

Martinez¹⁷ assinala que, a partir do século XIX, a Administração Pública do Estado passou a condicionada juridicamente, quer pelo princípio da legalidade, quer pela regra da *bilateralidade da norma jurídica*, ou, ainda, pela regulação/limitação direta das atividades políticas e administrativas do Estado, ainda que se referissem às atividades próprias do Legislativo, ou, até mesmo do Executivo. A partir de então, o administrador público passou a ser cada vez mais julgado e levado a tomar

¹⁴ TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a Judicialização da Política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001, p. 38.

¹⁵ MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Político**. In.: Revista Urutágua, nº 6, abr/mai/jun/jul. Maringá-Paraná, 2005.

¹⁶ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. 2ª reimpressão. México: Facultad de Derecho/UNAM : Fondo de Cultura Económica, 2001, apud MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Político**. In.: Revista Urutágua, nº 6, abr/mai/jun/jul. Maringá-Paraná, 2005.

¹⁷ MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Político**. In.: Revista Urutágua, nº 6, abr/mai/jun/jul. Maringá-Paraná, 2005.

decisões de cunho político e administrativo - mesmo que a contragosto - em razão das decisões judiciais. O Poder Judiciário, desde então, passou a arrogar para si muitas das tarefas que antes eram exclusivas do Poder Executivo, razão pela qual hoje se diz que é chegado o tempo do juiz-administrador.

Vale ressaltar, porém, que o Judiciário não tem os poderes orçamentários do Legislativo, nem, tampouco, o poder de coerção do Executivo, mas conta com grande poder político, haja vista, ser o Órgão de controle das regras do jogo. É ele quem decide acerca da legitimidade ou da constitucionalidade das normas. Agindo assim, acabam por influenciar o rumo das políticas públicas, julgando, de forma legítima, a legalidade dos atos praticados pelo Poder Público.

Afirma Taylor¹⁸ que:

A ciência política reconhece, há pelo menos meio século, que o Judiciário preenche um papel político como uma instituição "para a tomada das decisões sobre questões controversas da política nacional" (Dahl, 1957:279). É sabido que muitas vezes os requerentes usam o Judiciário como mais uma oportunidade ou instância política – um "*venue*" – e não como fonte de verdades constitucionais e legais. E se reconhece que os juízes freqüentemente operam com base em critérios outros que os unicamente legais quando julgam processos importantes. Mesmo quando eles se mantêm constrangidos por critérios totalmente legais, pela própria natureza da revisão judicial, eles acabam tomando decisões que influenciam ou até criam políticas públicas.

Note-se que, dentre os três Poderes, o Judiciário é o único não escolhido pelo povo. Aparentemente, pode haver algo errado na atuação política do Judiciário.

Provavelmente, há uma crescente judicialização com o conseqüente "crescimento do impacto judicial em quase todo o mundo trouxeram consigo uma mudança no discurso sobre a influência judicial na política e, em especial, uma crítica muito forte, por parte dos poderes eleitos, aos 'legisladores não-eleitos'".¹⁹

Reconhecer a importância da função política judicial e sua inevitabilidade torna-se necessário.

¹⁸ TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Scielo Brasil, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001. Acesso em 30 mar. 2010.

¹⁹ TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Scielo Brasil, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001. Acesso em 30 mar. 2010.

Observe-se que tratam os três poderes de instituições absolutamente distintas. Todavia, cada um deles exerce as funções judiciais, legislativas e executivas em conjunto, isto é, o Judiciário acaba exercendo funções do Legislativo e do Executivo, assim como, o Legislativo também entra na esfera do Executivo e Judiciário e o Executivo avança para legislar e julgar.

Taylor²⁰ ressalta que há “uma sobreposição das funções das três instituições, [...], diante da qual não é de surpreender que o Judiciário tenha algum efeito no processo de formação de políticas públicas”. Com essa linha de pensamento, o autor ilustra o texto com o quadro abaixo, representando as ações diretas e indiretas de cada Poder:

Quadro 2
A Distribuição das Funções

Função	Instituição		
	Congresso	Executivo	Judiciário
Legislativa	Faz leis.	Recomenda leis; veta leis; cria regulamentos e medidas provisórias com força de lei.	Revisa as leis para determinar ou julgar a intenção legislativa.
Executiva	Derruba vetos presidenciais; veta medidas provisórias.	Aplica e implementa as leis.	Revisa os atos executivos; restringe ações executivas por via de liminar.
Judicial	Propõe e julga processos de <i>impeachment</i> ; instaura Comissões Parlamentares de Inquérito.	Nomeia ministros (com subsequente aprovação legislativa).	Interpreta e julga a constitucionalidade das leis.

Fonte: Adotado para o caso brasileiro pelo autor, a partir de Birkland (2001:47).

Nota: A função principal de cada poder está indicada na célula destacada.

²⁰ TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Scielo Brasil, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001. Acesso em 30 mar. 2010.

Com a crescente politização do Estado de Direito, desde seu início a partir do século XIX, como já foi mencionado, observa-se que o direito político vem sendo privilegiado, privilégio também estendido aos direitos individuais e ao direito de propriedade privada.

Ensina Martinez²¹ que, “com o processo de judicialização, a política adquiriu novas regras e nova lógica”. A política passou a fazer parte do mundo jurídico. Na verdade, “a Política fez-se Direito”, [...] “entranhou-se no Direito e engravidou-o de intenções, vocações, interesses e negócios nem sempre racionais, controlados, objetivos ou imparciais”. Mas, diga-se ainda que a atividade migratória da política levou o Direito a relacionar sentidos controversos, como: “indefinição, incerteza, idiosincrasias”.

Afirma Calmon de Passos²² que: “seria ingenuidade ou desinformação negar a crescente politização do jurídico e juridicização do político, fruto de um peculiar estado de coisas maximizado no segundo pós-guerra”.

Calmon de Passos²³ ainda assevera que:

O Direito, enquanto apenas *enunciado, norma geral, juízo* é de todo impotente e sua realização só se dá em termos de decisão no caso concreto, que reclama para sua fidelidade ao previamente enunciado, adequada integração entre *enunciação/organização/processo/procedimento*, com submissão dos envolvidos, no seu operar, aos postulados básicos do Estado de Direito Democrático (...). Nenhum de nós tem dúvida de que o Direito é indissociável do poder. Direito é decisão, mas decisão que necessariamente deve revestir-se de impositividade. Apto para *dizer* o Direito é o poder institucionalizado. Este *dizer* o Direito pelo poder político é algo, portanto, que integra o próprio “ser” do Direito (...). O perfil da organização política deixa de ser algo indiferente ou estranho ao *ser* do Direito, passando a integrá-lo e afeiçoá-lo.

Destarte, nota-se que o Direito é peça fundamental no processo de civilização e, tanto quanto a Política consiste num fenômeno que acaba oscilando diante dos valores de cada sociedade em determinada época.

²¹ MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Político**. In.: Revista Urutágua, nº 6, abr/mai/jun/jul. Maringá-Paraná, 2005.

²² CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 91.

²³ CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 80.

Já o Estado Democrático de Direito, conforme Dallari²⁴ apresenta dez mandamentos como receita do que deve ser feito. Para compreender melhor essas ações optou-se por elencar o decálogo mencionado.

1º - os agentes dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário pautarão seus atos pela estreita observância dos princípios e das normas da Constituição da República (...) Nenhum Tribunal Brasileiro aceitará a alegação maliciosa de que há inconstitucionalidades convenientes.

2º - nenhuma emenda constitucional será posta em prática, antes de receber aprovação do povo, por meio de referendun popular.

3º - o Presidente da República não editará novas medidas provisórias, a menos que ocorra situação de calamidade pública ou de grave e evidente risco para a normalidade constitucional e, ainda assim, somente se o Congresso Nacional não estiver reunido.

4º - o Congresso Nacional (...) decidirá dentro de 30 dias, a contar da publicação sobre a validade de Medida Provisória, considerando fraudulenta a reedição de Medida Provisória sobre o mesmo assunto...

5º - o Presidente da República não fará indicação de qualquer nome para o Supremo Tribunal Federal ou para o Tribunal Superior sem consulta prévia ao Tribunal diretamente interessado, à Ordem dos Advogados do Brasil e ao Colégio de Procuradores da República.

6º - a Reforma do Poder Judiciário será reiniciada, designando-se comissão especial, integrada particularmente por representantes do Ministério da Justiça, da Magistratura, da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público, que deverão elaborar um projeto incluindo o controle democrático dos atos administrativos do Judiciário (...) excluídas a adoção de súmula vinculante e de advocatória.

7º - o Procurador-Geral da Fazenda Nacional e o advogado Geral da União cumprirão os seus deveres legais de publicar súmulas vinculantes para os seus respectivos subordinados, com a determinação de que não recorram aos Tribunais Superiores e ao Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de matéria pacífica na jurisprudência.

8º - o Procurador-Geral da República cumprirá seu dever constitucional de promover a responsabilidade de qualquer membro do Executivo, Legislativo ou Judiciário que, por ação ou omissão, ofenda a ordem jurídica ou o regime democrático...

9º - o Poder Executivo Federal adotará de modo expresso, claro e objetivo, uma política social protegendo e promovendo os direitos humanos, prevendo os recursos financeiros necessários...

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu, *apud* MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Político**. In.: Revista Urutáua, nº 6, abr/mai/jun/jul. Maringá-Paraná, 2005.

10º - a política econômica do governo brasileiro, que tem sido a causa da eliminação de direitos, será estabelecida através de discussão pública e ampla, com a participação do Executivo e do Congresso Nacional, devendo prevalecer, sempre de modo inequívoco, o interesse presente e concreto de todo o povo brasileiro.

Devido à vontade de se obter valores individuais ocorreu uma crise quanto à organização e objetivos do Estado Contemporâneo. A partir daí, surge como ideal político a aspiração por um Estado Democrático, que acabou por resultar em regimes contraditórios, como ainda se pode ver.

Nesse sentido, Dallari²⁵ aponta alguns pontos de conflito no tocante à fixação das características desse Estado Democrático. Dentre eles, podem ser citados: a participação do povo sendo vista como um inconveniente, a supremacia da liberdade gerando desigualdades, além dos problemas que o próprio Estado enfrenta desde longas datas.

De acordo com o autor²⁶, a democracia necessita de valores e de uma organização adequados, eliminando-se a rigidez formal e preservando a liberdade e igualdade. Afirma, ainda, que o Estado precisa de uma organização que seja flexível e da preservação da igualdade e liberdade.

Apesar dos problemas enfrentados no tocante a essa crise de identificação do Estado, entendem Moraes & Streck²⁷ que a ideia de um Estado Democrático de Direito conta com determinadas possibilidades de concretização por meio de conteúdo próprio. O princípio da legalidade, constante no rol dos princípios do Estado Democrático de Direito, visa não só excluir a arbitrariedade, mas, também, buscar a concretização do princípio da igualdade.

A ideia que se nutre do Estado Democrático de Direito é a de transformação da realidade de vida de uma sociedade. Vale dizer que está atrelada à democracia a solução dos problemas das condições materiais de existência; todavia, o Estado Democrático deve assumir o objetivo da igualdade. As normas criadas por esse Estado não devem ter o caráter de punição ou de promoção mas, de reestruturação

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

²⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

social, isto é, o Estado Democrático deve ter em mente a ideia de minimizar as diferenças econômicas e sociais e o meio para se alcançar esse objetivo é aplicar devidamente a Constituição.

Diferentemente da maneira como se vinculavam os Estados Liberal e Social, o Estado Democrático de Direito adveio para aumentar significativamente os direitos, passando por grandes mudanças de conteúdo do próprio direito.

Vale dizer que, para se chegar a esse estágio foram necessárias diversas mudanças no Estado de Direito, apresentando, atualmente, novos conteúdos. Acrescentou-se, também, um conjunto de valores e princípios que, *anteriori* se traduzia em genérico e abstrato.

Verifica-se, portanto, que o Estado adquiriu caráter dinâmico e forte, onde as normas são analisadas segundo os princípios democráticos de direito. Porém, simplesmente, prever o princípio do Estado Democrático de Direito não é o suficiente para colocá-lo em prática, deve-se, sim, fazer concretizar esse Estado em todos os Poderes da União.

Por outro lado, cabe a cada cidadão fiscalizar e exigir a atuação dos agentes políticos de acordo com o que prevê o Estado Democrático de Direito.

2.2 Súmula Vinculante e o STF

Ao aprovar a EC 45, o Congresso Nacional outorgou ao Supremo Tribunal Federal o direito de legislar.

A Súmula Vinculante consiste num instrumento necessário para concentrar o controle de constitucionalidade no Supremo.

Pode o STF editar súmula tão logo decida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Pode, também, suspender a vigência da lei e torná-la nula, sem qualquer interferência de outro poder”. (MATSUURA)²⁸

²⁸ MATSUURA, Lilian. **Súmula vinculante pode tornar STF um legislador positivo.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-out-18/sumula_vinculante_tornar_stf_legislador_positivo. Acesso em 24 mar. 2010.

Segundo Matsuura²⁹, é necessário que se tome cuidado com possíveis exageros, visto que todo o Judiciário e também a administração pública terão de seguir o entendimento firmado pela corte. “Caso contrário, a Súmula Vinculante será fator de insegurança jurídica e pode fazer com que o Supremo passe do patamar de legislador negativo para legislador positivo”.³⁰

Nesse sentido vale citar o entendimento daquela Corte em um Agravo Regimental, que assim dispõe:

ADIN - PARTIDO POLÍTICO - COMISSAO DIRETORA REGIONAL - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - INIDONEIDADE OBJETIVA DA DECISÃO JUDICIAL PARA SOFRER IMPUGNAÇÃO EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE COMO LEGISLADOR NEGATIVO - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA - AGRAVO IMPROVIDO. - Somente Partidos Politicos "com representação no Congresso Nacional" dispõem, ex vi do art. 103, VIII, da Carta Federal, de legitimidade ativa ad causam para o controle normativo abstrato. A representação partidária perante o Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas, constitui prerrogativa jurídico-processual do Diretorio Nacional do Partido Político, que e - ressalvada deliberação em contrario dos estatutos partidarios - o órgão de direção e de ação dessas entidades no plano nacional

. - Decisões judiciais proferidas em face de situações concretas ou individuais não se submetem, por total ausência de conteúdo normativo, ao controle concentrado de constitucionalidade

. - Ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle normativo abstrato, somente assiste o poder de atuar como legislador negativo. Não lhe compete, em consequencia, praticar atos que importem em inovação de caráter legislativo, tal como a modificação da data já fixada pelo Congresso Nacional para a realização de eleições municipais. (STF – AG.REG. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI-AgR 779 DF)

Somente o STF tem o poder para alterar determinado enunciado já aprovado. Sem prejuízo de que, são necessários oito dos 11 votos integrantes. Em momento algum pode o STF deixar de observar precedentes quando da edição de verbetes,

²⁹ MATSUURA, Lilian. **Súmula vinculante pode tornar STF um legislador positivo.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-out-18/sumula_vinculante_tornar_stf_legislador_positivo. Acesso em 24 mar. 2010.

³⁰ O STF quando realiza sua função no âmbito do controle de constitucionalidade atua, no máximo, como legislador negativo, logo, não podendo criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.

sempre certificando-se de que ele seja exequível. A fim de que não se tenha um legislador sem controle faz-se necessário editar Súmulas Vinculantes razoáveis.

De acordo com Matsuura:

A Constituição de 1988 fez uma clara opção pelo controle concentrado da constitucionalidade ao ampliar o leque a legitimidade para proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, na análise do constitucionalista. Em 1999, reforçou essa escolha ao dar eficácia contra todos (*erga omnes*) e estabelecer efeito vinculante nas decisões em ADIs e ADCs em relação aos órgãos do Judiciário e à administração pública.

O Supremo Tribunal Federal deve, simplesmente, se limitar a afastar os atos normativos que entrem em confronto com a Constituição.

Victorino³¹ afirma que: a mais alta Corte do Judiciário brasileiro vem demonstrando, de forma clara, “uma tendência em abandonar sua função tradicional de legislador negativo, cuja atuação se limita em controlar os atos normativos contrários ao texto constitucional”.

O STF atua sempre que o legislativo deixa de regulamentar mandamento constitucional, assim como, quando os remédios constitucionais para o controle das omissões demonstram-se ineficazes³².

Dois exemplos de questões dessa natureza merecem destaque:

a) numa ADIn discutia-se a ausência de norma regulamentando do direito de aposentadoria especial dos servidores públicos (art. 40, § 4.º, III). Essa omissão impedia, por exemplo, a aposentadoria de uma servidora pública que trabalhou durante vinte e cinco anos em atividade considerada insalubre. No caso concreto, o STF determinou a aplicação das disposições que tratam da matéria perante o Regime Geral de Previdência (Lei 8.213/91, art. 57), possibilitando, por consequência, o exercício do direito fundamental à aposentadoria, conforme

³¹ VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Supremo Tribunal Federal versus Congresso Nacional**. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/270946/>. Acesso em 25 mar. 2010.

³² Trata-se, nesse caso, do mandado de injunção (art. 5.º, LXXI) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2.º).

Mandado de Injunção nº 721, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio, publicado no DJU no dia 14/11/2007;

b) em outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, o STF resolveu um problema que já se estendia por quase duas décadas, isto é, o exercício de greve no serviço público que, nos termos do art. 37, VII, da Constituição Federal, deve haver regulamentação por lei específica. Nesse caso, a Corte estendeu ao serviço público, no que couber, as regras que se aplicam às paralisações da iniciativa privada, regulamentadas pela Lei n.º 7.783/89, de acordo com Mandado de Injunção nº 670 e 780, com Gilmar Mendes como Ministro Relator e Mandado de Injunção nº 712, cujo Relator foi o Ministro Eros Grau, publicado no DJU de 14/11/2007.

Afirma Victorino³³ que os casos citados acima se trata de sentenças aditivas, amplamente utilizadas em outros países, como, por exemplo, na Itália.

O autor³⁴ faz uma explanação dos quatro tipos de sentenças existentes no ordenamento jurídico brasileiro:

a) sentenças exortativas – nesse caso “a Corte declara a inaplicabilidade da lei impugnada e, ao mesmo tempo, mantém sua eficácia até que o legislador reforme o texto tido como inconstitucional”;

b) sentenças interpretativas - “mantém intocado o texto normativo em exame, afastando (=declarando a nulidade) as interpretações contrárias à Constituição”;

c) sentenças aditivas - atuam nas situações de omissão do Legislativo. A inconstitucionalidade da norma é declarada não pelo que contém, mas pelo que deixou de conter. Nesses casos, a Corte cria regras para suprir tal omissão e possibilitar a aplicabilidade da norma constitucional em questão;

d) sentenças substitutivas - têm lugar nos casos em que a Corte julga inconstitucional determinada norma de modo a criar um vácuo legislativo que ameace a segurança jurídica ou a ordem social. Nesses casos, ou preenche-se temporariamente esse vazio mantendo em vigor a própria lei declarada

³³ VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Supremo Tribunal Federal versus Congresso Nacional**. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/270946/>. Acesso em 25 mar. 2010.

³⁴ VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Supremo Tribunal Federal versus Congresso Nacional**. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/270946/>. Acesso em 25 mar. 2010.

inconstitucional, ou, quando isso não é possível, fixa-se nova regra em substituição àquela afastada, já orientando o Parlamento para futura regulamentação.

Após análise de alguns julgados do STF, Victorino³⁵ fornece os seguintes exemplos:

a) em sentença exortativa, o STF declarou inconstitucional a Lei baiana n.º 7.619/2000, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, decorrente do desmembramento do Município de Barreiras. Ainda que contrária ao disposto no art. 18, § 4º, da Constituição, “utilizando-se da técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (Lei n.º 9.868/99, art. 27), o Min. Gilmar Mendes propôs a manutenção da vigência da norma estadual por 24 meses”, tempo razoável para que o legislador federal aprove a lei complementar que se refere o mencionado art. 18, § 4º, da CF/88, possibilitando, com isso, a reapreciação do tema pelo legislador estadual.³⁶

b) a sentença interpretativa não é novidade para o STF, “que há muito afasta interpretações extraídas de um texto normativo contrárias à Constituição”. Essa espécie de sentença cuida da “utilização da chamada declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”. Casos assim, conforme o Ministro Gilmar Mendes, “há expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal”.

Vale dizer ainda, que, dentre outros casos, o STF afastou qualquer tipo de interpretação que venha a incluir no âmbito de compreensão da Lei Complementar n.º 87/1996 (que fixa normas gerais referentes ao ICMS) a prestação de serviços de navegação ou transporte aéreo.³⁷

A novidade, conforme Victorino³⁸, reside na sentença aditiva. O autor aduz que, “por duas oportunidades o STF já utilizou tal providência, sanando omissão

³⁵ VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Supremo Tribunal Federal versus Congresso Nacional**. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/270946/>. Acesso em 25 mar. 2010.

³⁶ STF, ADI n.º 2240, Rel. Min. Eros Grau, DJU 23/8/2007.

³⁷ STF, ADI n.º 1600, Min. Rel. Sydney Sanches, DJU 6/2/1998.

³⁸ VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Supremo Tribunal Federal versus Congresso Nacional**. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/270946/>. Acesso em 25 mar. 2010.

legislativa acerca da aposentadoria especial e direito de greve dos servidores públicos”.

Essas decisões devem, portanto, se pautar em premissa obrigatória. Segundo Victorino³⁹:

É que a solução dada pelo Judiciário não pode ser fruto de uma valoração discricionária, em que a Constituição abre um leque de alternativas ao legislador. Sua atuação deve ser limitada a partir de uma extensão logicamente necessária e às vezes até implícita. Tal como ressaltado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do citado MI n.º 670, as sentenças aditivas só têm lugar quando integram ou complementam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora uma solução constitucionalmente obrigatória, em que mesmo o legislador não poderia seguir parâmetro diverso.

Percebe-se, diante do exposto, que o STF vem deixando de lado o legislador negativo “avançando em águas até então desconhecidas pelo Judiciário. Tal papel, sem dúvida, iniciou pelo Min. Moreira Alves, e vem cada vez mais ganhando força com a atuação de seu sucessor Min. Gilmar Ferreira Mendes”.⁴⁰

2.3 O Judiciário Legislador

Quando John Locke propôs a separação dos poderes do Estado conferiu especial importância ao legislativo, já que este Poder tem a funcionalidade de criar as normas de convivência social. Montesquieu arquitetou em sistema e fundamentou essa Teoria enfatizando o sistema de freios e contrapesos.

A igualdade parece possível conforme o princípio do equilíbrio de poderes no ordenamento jurídico e as implicações diretas deste na vida real, do dia-a-dia dos cidadãos. A diversidade de opinião, multiplicidade de organizações e liberdade de imprensa também são pilares do Estado democrático, tanto quanto leis justas

O STF e o TSE cumprem sua função de guardiões da Constituição e tribunais máximo a respeito do ordenamento jurídico quanto à política, respeitando a

³⁹ VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Supremo Tribunal Federal versus Congresso Nacional**. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/270946/>. Acesso em 25 mar. 2010.

⁴⁰ VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Supremo Tribunal Federal versus Congresso Nacional**. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/270946/>. Acesso em 25 mar. 2010.

independência do Legislativo ao estabelecer que suas jurisprudências e orientações referentes às lacunas legais ficam em voga até que o Legislativo legisle definitivamente sobre as questões, portanto, jamais com o fito de substituir ou a propensão de suprir a função ou a competência legislativa.

A divisão de poderes impõe mútuo controle e interdependência e, isso, afirme-se, constitui a base do Estado democrático de Direito, sem prejuízo de dizer que se trata de cláusula pétrea instituída na Constituição de 1988.

Silva⁴¹ destaca que:

o controle jurisdicional dos atos administrativos abrange também os atos discricionários, entretanto, segundo ela, o juiz não tem poderes ilimitados, na medida em que não pode substituir o juízo administrativo pelo seu próprio, mas, em nome dos princípios da economicidade e da eficiência, os precedentes devem ser acatados pela Administração, salvo exceções claramente justificadas.

O controle da constitucionalidade é um aspecto fundamental para o exercício da democracia, considerando os limites da atuação de autoridades dos três Poderes da União.

Não se pode perder de vista que o controle da constitucionalidade se constitui num aspecto essencialmente fundamental para a continuidade do Estado Democrático de Direito, visto que, estabelece limites de atuação dos Poderes da União.

Em aprofundado exame da questão “judiciário legislador” pode-se dizer que o magistrado é um legislador negativo, atividade esta que deve ser utilizada de forma bastante condicionada.

Nessa linha de pensamento entende Silva⁴² o risco de o Judiciário legislar positivamente só ocorre nos casos de controle concentrado de constitucionalidade; pois, no controle dos casos *in concreto*, o Judiciário trata somente de fazer valer princípios constitucionais.

⁴¹ SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. **O poder judiciário como legislador?**. In: R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 121-123, out./dez. 2004.

⁴² SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. **O poder judiciário como legislador?**. In: R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 121-123, out./dez. 2004.

Vale lembrar ainda que as questões de que envolvem mérito político não afastam a revisão judicial, cabendo à justiça confrontar os atos praticados com os preceitos constitucionais.

A regra geral é a de que as políticas públicas devem partir do Legislativo e do Executivo, cabendo ao Judiciário o dever de agir em situações que exigem emergência. Agindo assim, o magistrado não substitui o legislador, mas cumpre a Lei Maior através da interpretação.

Todavia, alguns pontos merecem ser analisados, como, por exemplo, aqueles autorizados pelo Código Civil:

a) estabelece o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que na falta ou omissão da lei deve-se aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Tal autorização indica que o ordenamento jurídico brasileiro possui lacunas.

b) igualmente, o art. 126 do Código de Processo Civil expressamente repete o comando da Lei de Introdução.

c) no Direito, invariavelmente, a invocação mais imediata para o preenchimento das lacunas é a analogia, consistente em aplicar uma hipótese não prevista na lei a caso semelhante. Não cria direito novo, mas descobre o existente, como forma de auto-integração da lei. Na aplicação da lei por analogia não ocorre uma interpretação extensiva, mas sim uma interpretação analógica. A analogia, como forma de auto-integração da lei para suprir lacunas, também se denomina integração analógica, suplemento analógico ou aplicação analógica. Como se depreende, o problema das lacunas está ligado ao tema da analogia e sua aplicação pelo intérprete, o qual, em sua atividade através da interpretação extensiva dificilmente deixará de ser uma função criadora do direito.

d) na interpretação extensiva, a lei diz menos e o interprete diz mais do que a lei queria dizer - *lex minus dixit quam voluit*; o interprete reconstrói a vontade da lei.

e) na interpretação analógica, ou *intra-legem*, o próprio dispositivo permite que se aplique analogicamente o preceito; trata-se de uma espécie da primeira.

f) vale lembrar ainda que, no desempenho de suas funções jurisdicionais, deve o juiz manter-se sintonizado com a realidade social que envolve, procurando a cada demanda que lhe toca, decidir de forma criativa, aplicando a lei abstrata de modo mais amplo e inteligente e interpretando com largueza formas estáticas do

processo, que, por sua rigidez, levam à ineficiência das instituições e ao desprestígio da Justiça.

Na chamada reforma das leis processuais, cujos projetos foram devidamente examinados no Congresso Nacional, cuidou-se, de modo todo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios necessários e suficientes para que a prestação da justiça se efetive com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito.

3. REFORMA POLÍTICA

É inegável que existe uma distância entre o real e o ideal e isso também se aplica no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na forma como a atividade judicativa e legislativa podem contribuir no processo de aperfeiçoamento das instituições e o seu conjunto de preceitos que devem observar, ainda que se possa arguir eventual ausência ou inespecificidade da regra legal a situação eventual.

Há um consenso geral de que o país necessita com urgência de uma reforma sistematizando os partidos e a política eleitoral, a chamada primeira das reformas, para que as instituições melhor se consolidem, viabilizando as demais que, igualmente, são imperiosas para efetivo desenvolvimento e prosperidade do país.

Não se pode olvidar que o sistema político brasileiro tem sido alvo de duras críticas acerca do seu funcionamento, desde a década de 1980, data em que se deu a redemocratização.

Segundo Klein⁴³ os principais pontos criticados “por observadores, nativos ou estrangeiros”, são:

- 1) um sistema partidário fragmentado que ameaçaria a governabilidade e a estabilidade do regime democrático;
- 2) a ausência de partidos fortes, isto é, disciplinados, coesos, programáticos e, logo, capazes de estruturar as preferências políticas dos eleitores;
- 3) a falta de vínculos estreitos entre os parlamentares e seus representados;
- 4) a proliferação de políticos individualistas, que, quando se aproximam dos eleitores, cultivam uma relação clientelista, oferecendo bens e serviços particularistas em troca de votos;
- 5) a corrupção, estimulada pelas regras de financiamento de campanha.

Essa visão negativa das instituições políticas brasileiras foi o que levou os atores principais à necessidade de uma reforma extrema em caráter de emergência.

⁴³ KLEIN, Cristian. **O desafio da reforma política**: conseqüências dos sistemas eleitorais de listas aberta e fechada. Rio de Janeiro: Mauad, 2007, p. 15.

Os escândalos de corrupção de 2005 e 2006 levaram essa reforma a entrar na agenda pública como nunca, tendo sido, inclusive, lançada como uma das três prioridades do governo Lula.

Todavia, observa-se uma grande dificuldade para que ocorram essas mudanças, ou seja, os principais personagens do palco da reforma institucional são os próprios políticos que, por si só, são refratários às mudanças das regras.

Shugart⁴⁴ considera momento propício dessa reforma quando presentes dois fatores: a) notória insatisfação acerca do funcionamento de determinada instituição; e, b) fatores de crises políticas ou econômicas e, somente “o irrompimento de fatores extraordinários é capaz de abalar a inércia natural dos políticos”.

O Projeto de Lei n.º. 2.679/03 – medida para se fazer a Reforma Política no Brasil – visa restringir as coligações eleitorais às eleições para Presidente da República, criando em substituição às outras, a federação de partidos, instrumento para conter o problema da fragmentação partidária.

Note-se que existe hodiernamente, uma excessiva fragmentação do quadro partidário e, esse projeto de lei tem como objetivo resolver essa questão. Essa fragmentação acaba criando partidos políticos sem ideologia nítida, revelando pouca efetividade no processo político brasileiro.

Cerqueira⁴⁵ afirma que: “As coligações partidárias somente poderão ser feitas nas eleições à Presidência da República e Senado Federal, ou seja, somente nestas eleições majoritárias, jamais em outras majoritárias ou proporcionais”.

Resta claro que o Congresso Nacional tem como objetivo, minimizar ao máximo a utilização das coligações.

⁴⁴ Apud KLEIN, Cristian. **O desafio da reforma política**: conseqüências dos sistemas eleitorais de listas aberta e fechada. Rio de Janeiro: Mauad, 2007, p. 16.

⁴⁵ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Sinopse TTC de Direito Eleitoral para concursos públicos. 4. ed., São Paulo : TTC, 2005, p. 126.

3.1 O STF e a Reforma

Primeiramente vale ressaltar a importância que a proposta de reforma política vem trazer para o sistema político brasileiro.

Partindo desse ponto, diga-se, portanto que, em 27 de agosto de 2008 foi entregue no Senado uma proposta governamental referente à reforma política, contendo três eixos fundamentais: a) a adoção da lista partidária fechada; b) o financiamento público (exclusivo) dos partidos e das campanhas; e c) o modelo de fidelidade partidária inspirado nas definições já apresentadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF).⁴⁶

Afirma Oliveira⁴⁷ que, com essas peças-chave, pretende-se alcançar o que o governo classificou de “grandes objetivos”, quais sejam:

- a) o combate à corrupção e às estruturas institucionais permeáveis à corrupção;
- b) transparência;
- c) fim do abuso do poder econômico nas campanhas eleitorais;
- d) desvinculação de interesses entre grandes financiadores e candidatos eleitos;
- e) incremento qualitativo da representatividade em detrimento do clientelismo e do personalismo;
- f) busca pela isonomia nas campanhas eleitorais, com dispêndios financeiros menos díspares entre os candidatos;
- g) redução drástica dos custos de campanha; e
- h) reforço aos partidos políticos efetivamente representativos e ao debate programático e ideológico.

⁴⁶ OLIVEIRA, Nelson. 29 agosto 2008. Veja os principais pontos da reforma política do governo. In: Agência Senado. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/asen/2008/ago/29/veja-os-principais-pontos-da-reforma-politica-do-governo>. Acesso em 01 abr. 2010.

⁴⁷ OLIVEIRA, Nelson. 29 agosto 2008. Veja os principais pontos da reforma política do governo. In: Agência Senado. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/asen/2008/ago/29/veja-os-principais-pontos-da-reforma-politica-do-governo>. Acesso em 01 abr. 2010.

O momento é oportuno para se fazer breves considerações acerca de cada um dos eixos apresentados para melhor compreender a necessidade da reforma política.

a) **Lista Fechada**⁴⁸ – através desse sistema, o eleitor deixa de votar nominalmente no candidato e vota só no partido. O preenchimento dos lugares com que cada partido ou federação partidária for contemplado far-se-á segundo a ordem em que seus candidatos forem registrados nas respectivas listas partidárias. Após o preenchimento dos eleitos, faz-se com essa mesma lista o preenchimento dos suplentes. Sistema adotado na Espanha, África do Sul, Israel e Portugal.

Pontos abordados nessa proposição, segundo Oliveira⁴⁹:

- Nas eleições proporcionais apenas são contados os votos dados aos partidos.
- Para cada partido é determinado um quociente partidário que se divide pelo quociente eleitoral o número de votos válidos obtidos. A partir daí, estarão eleitos tantos candidatos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem preestabelecida pela lista partidária.
- Na cédula eleitoral conterà apenas espaço para o número ou a sigla do partido em que o eleitor pretende votar.
- De acordo com a ordem estabelecida na lista partidária, serão considerados suplentes os candidatos não eleitos.
- Cada partido poderá registrar, para as eleições proporcionais, uma quantidade de candidatos que represente até 110% do número de vagas em disputa.
- Os candidatos devem ser definidos por convenção partidária, com voto direto e secreto de, pelo menos, 15% dos filiados, sob pena de indeferimento do registro da respectiva lista.

⁴⁸ Projeto de Lei alterando dispositivos da Lei nº 4737/65 (Código Eleitoral) e da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições).

⁴⁹ OLIVEIRA, Nelson. 29 agosto 2008. Veja os principais pontos da reforma política do governo. In: Agência Senado. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/asen/2008/ago/29/veja-os-principais-pontos-da-reforma-politica-do-governo>. Acesso em 01 abr. 2010.

- Cada partido garantirá ao menos na primeira metade de sua lista partidária, a existência de ambos os gêneros a cada três candidatos, sob pena de indeferimento do registro da respectiva lista.

b) **Financiamento Público**⁵⁰: veda qualquer doação privada às campanhas eleitorais. Todo o financiamento virá de dotação no Orçamento Geral da União ao Tribunal Superior Eleitoral, que distribuirá os recursos na forma da lei. Não está necessariamente vinculado à proposta da Lista Fechada.

Pontos abordados:

- é vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, nacional ou estrangeira.

- a lei orçamentária, em ano eleitoral, incluirá dotação, em rubrica própria, consignada ao Tribunal Superior Eleitoral, no anexo referente ao Poder Judiciário, destinada ao financiamento de campanhas eleitorais, tendo por referência o eleitorado existente em 30 de abril do ano da elaboração da lei orçamentária.

- o TSE fará a distribuição dos recursos aos órgãos de direção nacional dos partidos políticos, da seguinte forma: - um por cento, dividido igualmente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; dezanove por cento, divididos igualmente entre os partidos com representação na Câmara dos Deputados; oitenta por cento, divididos entre os partidos, proporcionalmente ao número de eleitos na última eleição para a Câmara dos Deputados.⁵¹

c) **Fidelidade Partidária**⁵²: Reafirmando as recentes decisões do STF e do TSE, estabelece que os parlamentares que mudarem de partido deixarão de exercer

⁵⁰ Projeto de Lei alterando dispositivos da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) e da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições).

⁵¹ OLIVEIRA, Nelson. 29 agosto 2008. Veja os principais pontos da reforma política do governo. In: Agência Senado. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/asen/2008/ago/29/veja-os-principais-pontos-da-reforma-politica-do-governo>. Acesso em 01 abr. 2010.

⁵² Projeto de Lei alterando dispositivos da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) e da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições).

os respectivos mandatos. Define, todavia, exceções diante das quais o parlamentar continuará exercendo o mandato.

Pontos abordados:

- o mandato do parlamentar que deixar ou for expulso do partido sob cuja legenda tenha sido eleito passará a ser exercido por suplente do referido partido.
- Excetua-se os casos em que haja demonstração de que o partido político realizou mudanças essenciais ou está descumprindo o programa ou o estatuto partidário registrados na Justiça Eleitoral.
- Excetua-se também os casos em que fique demonstrada prática de atos de perseguição no âmbito interno do partido em desfavor do ocupante de cargo eletivo, objetivamente provados.
- Excetua-se os casos de filiação visando à criação de novo partido político.
- Excetua-se os casos de filiação visando concorrer à eleição na mesma circunscrição, exclusivamente no período de 30 (trinta) dias imediatamente anterior ao término do prazo de filiação que possibilite a candidatura.
- O prazo para filiação partidária para quem estiver no exercício do mandato será de seis meses.

Essa proposta tem como finalidade acabar com o troca-troca entre os partidos que ocorrem, muitas vezes sem motivo justificável. Agindo assim, haverá fortalecimento dos partidos políticos.⁵³

Oliveira⁵⁴ elenca também outros pontos a serem discutidos na reforma como:

- a inelegibilidade, momento em que outra proposição⁵⁵ estabelece, nos termos do art. 14, § 9º da Constituição de 1988, que autoriza Lei Complementar a

⁵³ OLIVEIRA, Nelson. 29 agosto 2008. Veja os principais pontos da reforma política do governo. In: Agência Senado. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/asen/2008/ago/29/veja-os-principais-pontos-da-reforma-politica-do-governo>. Acesso em 01 abr. 2010.

⁵⁴ OLIVEIRA, Nelson. 29 agosto 2008. Veja os principais pontos da reforma política do governo. In: Agência Senado. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/asen/2008/ago/29/veja-os-principais-pontos-da-reforma-politica-do-governo>. Acesso em 01 abr. 2010.

⁵⁵ Projeto de Lei Complementar alterando dispositivos da Lei Complementar 64/90 (Lei das Inelegibilidades).

definir casos de inelegibilidade considerando a vida pregressa dos candidatos, a inelegibilidade dos indivíduos condenados em decisões colegiadas proferidas no âmbito de determinadas ações judiciais. Tem como principais pontos: a) tornar inelegíveis os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão colegiada, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes; b) tornar inelegíveis os que forem condenados criminalmente, em decisão colegiada, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos após o cumprimento da pena; c) tornar inelegíveis os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com decisão colegiada, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo.

Conforme a atual concepção, somente mediante uma sentença transitada em julgado é que se impossibilita aos condenados se candidatem, permitindo a participação de criminosos contumazes no processo eleitoral, muitas vezes visando apenas a obtenção de foro privilegiado, imunidade parlamentar e outras prerrogativas, que, obviamente, têm seus fins deturpados. Por esta razão, busca-se uma reforma política nesse sentido.

- a vedação das coligações nas eleições proporcionais, admitindo-as para as majoritárias. Além disso, reduz os incentivos à mercantilização do tempo de propaganda eleitoral gratuita, a partir da sua redistribuição e da vedação de sua transmissão nos casos de coligação para eleições majoritárias.⁵⁶ Segundo a proposição: a) são vedadas as coligações para eleições proporcionais; b) o tempo para propaganda eleitoral será distribuído da seguinte forma: dois décimos, igualmente; oito décimos, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados; c) ficará determinado que a coligação disporá, unicamente, do tempo de rádio e televisão destinado ao partido com o maior número de

⁵⁶ Projeto de Lei alterando dispositivos da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições).

representantes na Câmara dos Deputados. Vale dizer nesse caso, de acordo com Oliveira⁵⁷ que:

A possibilidade de coligação para as eleições proporcionais acentua as distorções do sistema de lista aberta, haja vista que partidos com programas até mesmo contraditórios transferem votos entre si, desde que coligados. Sabe-se também que, muitas vezes, as coligações são formalizadas com o único intuito de angariar tempo de propaganda eleitoral, em que pese a distorção do resultado eleitoral frente à intenção do eleitor. Por tudo isso, como alternativa à proposta de lista fechada, que por sua natureza não admite as coligações, é imperioso, como medida de fortalecimento dos partidos políticos brasileiros, a manutenção das coligações apenas para as eleições majoritárias, bem como a mudança das regras de distribuição de tempo de propaganda eleitoral, com vistas e inviabilizar as legendas de aluguel.

- O estabelecimento de cláusula de desempenho⁵⁸ eleitoral mínimo para que os partidos políticos exerçam mandatos na Câmara de Deputados, câmaras estaduais e câmara distrital.

A medida se justifica, segundo Oliveira⁵⁹, tendo em vista que uma cláusula de desempenho é coerente com os princípios que direcionam a proposta de reforma política que se apresenta, qual seja, o fortalecimento dos partidos políticos. Conforme o autor, a existência de um grande número de partidos políticos mina a capacidade de cada um deles exercer seu papel no jogo democrático, isto é, o de servir de meio para a identificação imediata de candidatos com os programas partidários, reduzindo, dessa forma, a assimetria de informações inerente ao processo eleitoral. A cláusula de desempenho ora proposta está em consonância com modelos que almejam garantir a governabilidade e a representatividade ideológica da sociedade em seu parlamento, sem abrir mão do pluralismo político-ideológico.

⁵⁷ OLIVEIRA, Nelson. 29 agosto 2008. Veja os principais pontos da reforma política do governo. In: Agência Senado. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/asen/2008/ago/29/veja-os-principais-pontos-da-reforma-politica-do-governo>. Acesso em 01 abr. 2010.

⁵⁸ Proposta de Emenda à Constituição inserindo parágrafos ao art. 17.

⁵⁹ OLIVEIRA, Nelson. 29 agosto 2008. Veja os principais pontos da reforma política do governo. In: Agência Senado. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/asen/2008/ago/29/veja-os-principais-pontos-da-reforma-politica-do-governo>. Acesso em 01 abr. 2010.

Faz-se oportuno também mencionar nesse item o Projeto de Lei da “Ficha Limpa” que se encontra, atualmente, para a sanção do Presidente da República.

De acordo com o projeto, está prevista a inelegibilidade daquele que renuncia para escapar da punição por desrespeito a normas constitucionais, assim como, dos que foram condenados em qualquer instância, ainda que não tenha havido o trânsito em julgado ou que, sendo detentores do foro privilegiado, tenham denúncia criminal recebida pelo tribunal competente. No último caso, basta apenas o recebimento da denúncia. Não se considera justo o fato de que os detentores de foro privilegiado tenham o mesmo tratamento que os demais cidadãos.

Além do que, a denúncia é recebida por um colegiado composto por desembargadores ou ministros, magistrados experientes e que decidem em conjunto sobre a existência da autoria e da materialidade.

Vale lembrar que o TSE só poderá emitir parecer sobre o projeto Ficha Limpa quando este for sancionado pelo presidente da República.

Segundo o projeto, também ficarão inelegíveis os que sofrerem condenação em ações por improbidade administrativa, as quais não possuem natureza criminal, sem prejuízo de outras ações similares.

Um fator a ser considerado é a simplificação da tramitação dos processos judiciais eleitorais.

O princípio constitucional da presunção de inocência pode vir a ser questionado nesse caso, visto que não necessita de sentença transitado em julgado para sua aplicação; porém, acerca dessa temática, entende o Comitê Nacional do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral que este somente se aplica na esfera penal. No âmbito eleitoral, prevalecem outros princípios constitucionais.⁶⁰

O § 9º, do art. 14 da CF, determina ao Congresso a edição de lei complementar que estabeleça “outros casos de inelegibilidade (...), considerada a vida pregressa do candidato”. Enquanto no âmbito penal exige-se o esgotamento de todos os recursos para a aplicação da pena, no âmbito eleitoral basta a consideração da vida pregressa.

⁶⁰ **Projeto de Lei de Iniciativa Popular sobre vida pregressa dos candidatos Fundamentos e constitucionalidade.** Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. Disponível em: <http://mcece.org.br/sites/default/files/fundamentos1.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2010.

Eis então, o que se propõe a mudar segundo a reforma.

Sobre a decisão do STF extrai-se o posicionamento de Tarso Genro, então Ministro da Justiça, quando afirmou ao GI, que a decisão do Supremo Tribunal Federal “sobre a fidelidade partidária deve ser interpretada como um 'recado' ao Congresso Nacional por conter o trâmite da reforma política”.⁶¹

Para Genro, trata-se de uma medida como um processo de "judicialização da reforma política". O então Ministro afirmou ser favorável à fidelidade partidária conforme decisão da Corte, cujo texto estabelece que o “mandato de deputados e vereadores pertence à legenda, não ao parlamentar”. Tarso entende que essa decisão não é coisa atípica no processo republicano e que não desequilibra a relação entre os poderes.⁶²

O ex-ministro aduz que, havendo determinada contenção de um dos poderes, especificamente no caso do Legislativo acerca da reforma política, outro poder avança exercendo certa capacidade normativa. Para Genro, conforme mencionado anteriormente, a decisão do STF foi um recado ao Poder Legislativo quando afirmou em Belo Horizonte no momento da assinatura de convênio para institucionalização do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania: “se vocês não estão fazendo a reforma política nós estamos dando um passo”.⁶³

Com a mesma linha de pensamento do ex-ministro, o Governador de Minas Gerais Aécio Neves, considerou a decisão um avanço sobre fidelidade partidária afirmando que a medida valoriza a vida pública e permite reconciliação do eleitor com seu representante.⁶⁴

⁶¹ GI - Jornal Eletrônico. **Decisão do STF pressiona por reforma política, diz Tarso.** Publicado em 05/10/2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL145602-5601,00.html>. Acesso em 31 mar. 2010.

⁶² GI - Jornal Eletrônico. **Decisão do STF pressiona por reforma política, diz Tarso.** Publicado em 05/10/2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL145602-5601,00.html>. Acesso em 31 mar. 2010.

⁶³ GI - Jornal Eletrônico. **Decisão do STF pressiona por reforma política, diz Tarso.** Publicado em 05/10/2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL145602-5601,00.html>. Acesso em 31 mar. 2010.

⁶⁴ GI - Jornal Eletrônico. **Decisão do STF pressiona por reforma política, diz Tarso.** Publicado em 05/10/2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL145602-5601,00.html>. Acesso em 31 mar. 2010.

Para Pereira⁶⁵, o STF se encontra hoje no centro das discussões políticas pelo fato de seu presidente o Ministro Gilmar Mendes ter sido vítima de escuta telefônica clandestina, tendo levado o fato diretamente ao Presidente da República, exigindo deste apuração dos fatos.

Outros fatos merecem destaque como:

A transcrição de uma conversa com o senador Demóstenes Torres, confirmada pelos dois, seria a prova de que a Operação Satiagraha, conduzida pelo delegado Protógenes Queiroz, teria grampeado ilegalmente diversas autoridades na seqüência da investigação que levou à prisão do banqueiro Daniel Dantas. Uma investigação da Corregedoria da própria Polícia Federal acabou indiciando criminalmente o delegado por ilegalidades na operação, entre elas escutas telefônicas não autorizadas e a violação de sigilo funcional.

Um grupo de agentes da Agência Brasileira de Inteligência (Abin), recrutados “informalmente” teve acesso a dados sigilosos da investigação, como escutas telefônicas, fazendo papel de polícia judiciária, o que é proibido por lei.

As constantes intervenções do ministro Gilmar Mendes contra os abusos da Polícia Federal nas investigações e prisões levaram a que fosse acusado de estar protegendo o banqueiro Daniel Dantas, a quem concedeu dois Habeas Corpus.⁶⁶

A doutrina muito tem se referido ao comportamento adotado pelos magistrados visando reconhecer sua atividade como elemento fundamental para o devido exercício da atividade jurisdicional.

Essa postura do magistrado é explicada por Dworkin⁶⁷ da seguinte forma:

... o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as

⁶⁵ PEREIRA, Merval. **País precisa de reforma política e isso o STF não pode fazer**. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-23/pais-reforma-politica-isso-stf-nao>. Acesso em 31 mar. 2010.

⁶⁶ PEREIRA, Merval. **País precisa de reforma política e isso o STF não pode fazer**. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-23/pais-reforma-politica-isso-stf-nao>. Acesso em 31 mar. 2010.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.

estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

Todavia, a moderação judicial é afastada a partir do momento em que o magistrado recusa outra postura que venha a atingir frontalmente a restrição sua judicial.

Em uma outra obra Dworkin⁶⁸ assevera também que:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

O ativismo exige dos juízes mais atuação no sentido de, não só fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente formal exclusivamente, mas exige audácia quando da interpretação de princípios constitucionais abstratos como, a dignidade humana, “igualdade, liberdade, reivindicando, então, para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado preciso aos mesmos”, de forma a concretizá-los, assim como, para “julgar os atos dos outros poderes que interpretam estes mesmos princípios”⁶⁹.

Outra grande polêmica foi a interpretação de uma decisão do ministro Carlos Alberto Direito, arquivando uma representação do PPS que alegava a inconstitucionalidade dos decretos 4.376/2002 e 6.540/2008, que autorizam a Abin a manter, em caráter permanente, representantes dos órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência no Departamento de Integração do Sistema Brasileiro de Inteligência. Nesse ponto, conforme Pereira⁷⁰ houve um erro de interpretação quanto ao pedido de arquivamento da ação, fazendo crer que o

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 1999, p. 451-452.

⁶⁹ CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Ativismo judicial em crise**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2137, 8 de maio 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12781>. Acesso em 01 abr. 2010.

⁷⁰ PEREIRA, Merval. **País precisa de reforma política e isso o STF não pode fazer**. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-23/pais-reforma-politica-isso-stf-nao>. Acesso em 31 mar. 2010.

Ministro admitiu como legal a atuação da ABIN na Operação Satiagraha. Todavia, a decisão de Direito foi de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é o meio próprio para questionar decretos.

Em outra situação polêmica foi a edição da súmula vinculante sobre o uso de algemas nas operações policiais que devem ter caráter excepcional. Não era intenção do STF editar a norma, mas o fez depois que um delegado usou algemas de forma desnecessária e, questionado sobre o pronunciamento do Supremo, dizendo que aquela decisão “não valia”.⁷¹

Há que se reconhecer, mediante tais situações, que o Poder Judiciário vem ganhando espaço na credibilidade do povo. Nota-se que tem reforçado seu papel institucional, terminando por legitimar o ativismo judicial.

Conforme Pereira⁷²:

O site **Consultor Jurídico** registrou recentemente que o advogado Saul Tourinho Leal, mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), uma instituição de ensino cujo proprietário é o ministro Gilmar Mendes, fez uma tese de mestrado em que compara as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos em sua fase mais ativista, quando foi presidida pelo juiz Earl Warren, nas décadas de 1950 e 60, com precedentes adotados pelo Supremo no Brasil, garantindo direitos fundamentais aos indivíduos, em muitos casos contra a opinião majoritária da sociedade, como a progressão da pena para crimes hediondos ou o direito de um réu responder em liberdade, mesmo condenado, até que sejam esgotados os recursos legais.

As transformações sofridas pelo Supremo Americano ocorreram sem qualquer participação por meio de atos do Congresso ou da Presidência e, isso vem acontecendo também no Brasil por dois motivos: a) a mudança de composição do Supremo. Nos anos iniciais da “Constituição de 1988, foi mantida a composição do Supremo que vinha do regime militar, que tinha um perfil muito comprometido com a velha ordem, fazia interpretações conservadoras, a jurisprudência ficava alinhada ao que sempre fora”. Somente, “últimos anos houve uma renovação do Supremo e,

⁷¹ PEREIRA, Merval. **País precisa de reforma política e isso o STF não pode fazer**. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-23/pais-reforma-politica-isso-stf-nao>. Acesso em 31 mar. 2010.

⁷² PEREIRA, Merval. **País precisa de reforma política e isso o STF não pode fazer**. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-23/pais-reforma-politica-isso-stf-nao>. Acesso em 31 mar. 2010.

hoje, há mais ministros que têm um sentimento ligado ao novo regime, à Constituição de 1988, liberando forças represadas”; b) o Poder Legislativo vive uma crise de funcionalidade que estimula também as medidas provisórias. A energia política que é necessária para aprovar qualquer coisa no Congresso é tão grande, para compor as maiorias, que é mais fácil atuar por medidas provisórias.⁷³

⁷³ BARROSO *apud* PEREIRA, Merval. **País precisa de reforma política e isso o STF não pode fazer**. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-23/pais-reforma-politica-isso-stf-nao>. Acesso em 31 mar. 2010.

4. VERTICALIZAÇÃO, FIDELIDADE PARTIDÁRIA E PARTIDOS POLÍTICOS

Não é necessário ir muito além para identificar as deformações pertinentes à fidelidade partidária. Conforme se observa na apresentação da mídia, é muito comum a prática de mudanças de partidos entre os parlamentares brasileiros.

Aduz Machado⁷⁴ que há registros, de acordo com o Jornal da Globo, de 29 de julho de 2002 de que, em cada legislatura, pelo menos, de cinco a seis parlamentares trocam de partido. “Na legislatura de 2002 constatou-se, ainda, que, no mesmo período, houve duzentas e sessenta e cinco mudanças de filiação partidária entre os parlamentares”.

Significa afirmar que:

os parlamentares elegem-se por determinado partido e, num curto espaço de tempo, atendendo interesses puramente pessoais, abandonam-no e buscam outro partido, permanecendo no mandato, mas em partido diverso daquele pelo qual foi eleito.⁷⁵

Ainda, de acordo com Machado:

a mesma fonte informou que dos quinhentos e treze deputados federais, apenas vinte e oito elegeram-se com os próprios votos. Quatrocentos e oitenta e cinco, em face do quociente eleitoral, necessitaram da legenda. Usam a legenda exclusivamente para pleitear uma candidatura e sagrar-se vitorioso na eleição. Não há nenhuma identidade programática com o partido. Filiam-se ao partido por conveniência e não por afinidade ideológica. Transformam os partidos em meras **siglas de aluguel**. (grifo do autor)⁷⁶

⁷⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Os partidos políticos no Brasil e o princípio da verticalização das coligações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3231>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

⁷⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Os partidos políticos no Brasil e o princípio da verticalização das coligações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3231>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

⁷⁶ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Os partidos políticos no Brasil e o princípio da verticalização das coligações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3231>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

Constitui-se em dever constitucional dos partidos políticos estabelecer normas de fidelidade partidária. Porém, na prática isso não é o que vem ocorrendo, demonstrando verdadeiro despreço da Norma Maior.

Outro aspecto a ser levado em conta é a representatividade dos partidos políticos brasileiros. De acordo com Machado, percebe-se grande pulverização partidária, sem, contudo, obter uma linha ideológica definida.

É certo que o pluralismo político e pluripartidarismo são princípios constitucionais; todavia, conforme Machado⁷⁷:

[...] critérios devem ser definidos, objetivando a concretização da vontade constitucional, porquanto os partidos devem prestar um serviço à democracia e funcionar, efetivamente, como veículos a serviço do Estado Democrático de Direito e da cidadania.

Em 03 de março de 2006, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu pela manutenção da verticalização partidária, levando o Supremo Tribunal Federal a declarar constitucional a decisão daquele Tribunal⁷⁸. Com essa decisão, fica impedida a quebra da verticalização.

No dia 25 de Janeiro de 2006, segundo Côrtes⁷⁹:

[...] a Câmara dos Deputados aprovou, em primeiro turno (343 votos a favor e 143 contra), a Proposta de Emenda à Constituição (PEC 548/02) visando acabar com a obrigatoriedade de verticalização das coligações eleitorais que na verdade não é lei e sim uma interpretação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Significa dizer que as alianças feitas a nível nacional devem se repetir nos Estados – a isso se dá o nome de verticalização. A coligação que leva à disputa

⁷⁷ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Os partidos políticos no Brasil e o princípio da verticalização das coligações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3231>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

⁷⁸ A decisão do Supremo foi em resposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela OAB em 09 de março de 2006.

⁷⁹ CÔRTEZ, Bernardo Juste Werneck. Verticalização partidária: um golpe final de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 980, 8 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8076>>. Acesso em: 21 mar. 2010.

para presidente da república tem que repetir nos níveis estaduais e municipais a mesma aliança.

Sobre os efeitos da verticalização, afirma Cerqueira⁸⁰ que:

(...) deixa o cenário político bem definido, mostrando quais são os partidos de direita, de esquerda e de centro, além de impedir coligações espúrias e sem ideologias similares no território nacional, o que não é aceito por partidos políticos que justificam as diferenças geográficas do território nacional, que provocam um natural disparate ideológico, vertente de uma democracia tipicamente brasileira.

Vislumbra-se no projeto de lei comentado, que a união desses partidos em federações, de caráter mais duradouro que as coligações para eleições, possibilitará diminuir o casuísmo das alianças, e viabilizará a atuação conjunta dos mesmos nas casas legislativas.

A universalização do sufrágio fez com que os Partidos Políticos pudessem se organizar e ganhar força. Antes disso, eram criados pequenos grupos de parlamentares e comitês eleitorais.⁸¹

Todavia, antes mesmo da criação desses comitês eleitorais, já era possível encontrar grupos que defendiam uma idéia comum. Hoje poderiam ser considerados pequenos partidos⁸² políticos. Diante desse fato, vale dizer que na história da humanidade sempre houve organizações capazes de representar o sentimento da sociedade.

Teoricamente, sempre houve partidos políticos. No século XIX na Inglaterra, partidos regulares começaram a se tornar regulares. De acordo com Bastos, antes

⁸⁰ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Sinopse TTC de Direito Eleitoral para concursos públicos. 4. ed., São Paulo : TTC, 2005, p. 147.

⁸¹ Segundo Garcia (2009), universalização do sufrágio significa a extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real - característica principal: a luta e a conseqüente positivação dos direitos sociais ou de segunda geração e de algumas outras liberdades como a de associação e a de reunião e a ampliação da cidadania com a universalização do sufrágio. (GARCIA, Marcos Leite. “**Novos**” **Direitos Fundamentais: características básicas**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 70, 01/11/2009 **Disponível em** http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654. Acesso em 16 mar. 2010.)

⁸² Parte de um todo.

disso, esses grupos atuavam em forma de associações inorgânicas, sempre defendendo o interesse do grupo.⁸³

Ao longo da história, muitos estudiosos procuraram definir partido político e, pode-se perceber que existem alguns pontos em comum entre as diversas definições quanto à sua identificação.

Para Benjamin Constant se trata de uma reunião de pessoas que possuem a mesma idéia política. Já Hans Kelsen afirma ser os partidos políticos organizações de homens que comungam da mesma opinião, visando afiançar aos seus atores verdadeira influência na concretização dos negócios públicos.⁸⁴

Bonavides⁸⁵, entretanto, oferece uma definição que reflete a realidade da sociedade atual. Segundo ele, se trata de uma organização de pessoas inspiradas por idéias ou movidas por interesses, que buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, devendo nele conservar-se para concretização dos fins propugnados.

Deste modo, de acordo com o doutrinador, partidos políticos se caracterizam como: a) grupo social; b) um princípio de organização; c) um acervo de idéias e princípios, que inspiram a ação do partido; d) um interesse básico em vista: a tomada do poder; e, e) um sentimento de conservação desde mesmo poder ou de domínio do aparelho governativo quando este lhes chega às mãos.⁸⁶

Independentemente de sua ideologia, a meta do partido político será sempre buscar o poder.

Vale ressaltar que a inserção dos partidos políticos no mundo jurídico, consiste num fator bastante recente. Nem as Constituições Americanas ou Francesas do século XIX tratavam do assunto, ou seja, nenhuma fazia menção de partidos políticos.

Até então, partidos não passavam de fenômeno sociológico. A bem da verdade, os partidos políticos surgiram com a entrada do Estado Social

⁸³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito Constitucional. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁸⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Os partidos políticos no Brasil e o princípio da verticalização das coligações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3231>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Metrópole, 1986, p. 429.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Metrópole, 1986.

Democrático, passando a ter importância e reconhecimento jurídico, conforme Bonavides⁸⁷.

As duas primeiras Constituições Brasileiras também não se referiam a partidos políticos. Somente na década de trinta se pode observar uma preocupação, embora ainda tímida, com o tema.

A corroborar, vale lembrar que em 1932 foi criada a Justiça Eleitoral. Porém, foi com a Constituição de 1946 que se institucionalizou juridicamente os partidos políticos.

Hodiernamente, os partidos políticos ganharam nova imagem com a Constituição que passou a disciplinar a matéria no título dos direitos fundamentais, assegurando ampla liberdade de criação de partidos políticos, conforme se vê no art. 1º, Inciso V, quando se refere a “pluralismo político”.

Há que se observar, entretanto, que essa liberdade de criação de partidos políticos se limita ao respeito da soberania nacional, do regime democrático e dos direitos fundamentais.

Toda candidatura deve estar vinculada aos partidos políticos, segundo determinação do art. 14, Inciso V da CF; do mesmo modo, devem ser constituídos como pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do art. 17, §2º⁸⁸, também da CF.

Aos partidos políticos brasileiros é assegurada a legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo, nos termos em que preceitua o art. 5º, LXX da Constituição, assim como, para propor ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com o art. 103, VIII, CF. A única exigência feita pela Carta Maior é que esses partidos tenham representação no Congresso Nacional.

A lei de base dos partidos políticos é a Lei nº 9.096/95, também denominada Lei dos Partidos Políticos. O art. 1º dessa norma estabelece que:

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Metrópole, 1986.

⁸⁸ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

[...]

§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

o partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

A legislação citada assegura também autonomia no sentido de definir sua estrutura interna, organização e funcionamento.⁸⁹

No Brasil não se vislumbra uma identidade própria dos partidos políticos, do mesmo modo como se revelam frágeis e incapazes de consolidar uma ideologia individualizada.

É evidente que não se quer generalizar a inexistência de partidos políticos definidos ideologicamente; entretanto, na prática o que se vê é que os partidos estão sendo utilizados simplesmente como legendas para o fim de candidaturas. A repentina criação de um novo partido é constante, dando a entender que se aspira vontades pessoais ou, quando muito, de um grupo de pessoas.

Afirma Ferreira Filho⁹⁰ que os partidos brasileiros: "não passam de conglomerados decorrentes de exigências eleitorais, sem programa definido e, o que é muito pior, sem vida própria".

Diz ainda que:

a autenticidade dos partidos é outra das condições da democracia pelos partidos. No Brasil, essa autenticidade parece ser em face da experiência do passado e do presente um sonho remoto, utópico. Traço inegável do caráter nacional brasileiro é a falta de inclinação para a vida cívica e associativa.

Machado⁹¹ exemplifica alguns casos de falta de autenticidade dos partidos políticos, como: "O atual PTC (Partido Trabalhista Cristão), inicialmente chamava-se PJ (Partido da Juventude) e depois PRN (Partido da Reconstrução Nacional)". Outro caso elencado pelo autor: "O atual PPB (Partido Progressista Brasileiro)" nasceu da

⁸⁹ Art. 3º É assegurada, ao partido político, autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento.

⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 108.

⁹¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Os partidos políticos no Brasil e o princípio da verticalização das coligações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3231>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

seguinte forma: o PDS (Partido Democrata Social) fundiu-se ao PDC (Partido Democrata Cristão) dando origem ao PPR (Partido Progressista Reformador). O PST (Partido Social Trabalhista incorporou-se ao PTR (Partido Trabalhista Reformador), nascendo o PP (Partido Progressista). Após tudo isso o PPR aglutina-se ao PP, surgindo o PPB. Posteriormente, o PST foi criado mais uma vez.

Diante desse quadro caótico só resta afirmar que a ausência de autenticidade dos partidos políticos brasileiros não deve perdurar.

4.1 A Emenda Constitucional nº 52/2006 e o fim da Verticalização

Por determinação do Tribunal Superior Eleitoral, a regra da verticalização valeu pela primeira vez nas eleições de 2002; porém, desde o início tem sido alvo de grande polêmica.

Segundo seus defensores, a verticalização ajuda a formar partidos nacionais, visto que as alianças negociadas em âmbito federal ganham força de lei sobre diferenças regionais e "caciques locais". Já seus opositores declaram que a regra "engessa" os pactos políticos e peca justamente por ignorar as conjunturas locais.⁹²

Teoricamente, por temerem a "cláusula de barreira", os partidos menores são os opositores, já que, as legendas que não atingirem um desempenho eleitoral mínimo perdem uma série de direitos e privilégios no Congresso. Podendo se aliar conforme o melhor quadro político região a região, ganhariam mais chances de eleger seus candidatos.

O interesse dos partidos grandes se pauta na obrigatoriedade considerando que consolidam suas alianças políticas no país inteiro.

A Emenda Constitucional nº 52/2006 veio, então, para renovar o dispositivo constitucional que trata da autonomia dos partidos. Através dessa norma foi dada total autonomia aos partidos políticos no tocante às coligações partidárias, *in verbis*:

Art. 17. (...)

⁹² SILVEIRA, Rose Ane. **Câmara aprova fim da verticalização em votação de 1º turno**. 2006. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u75370.shtml>. Acesso em 02 abr. 2010.

(...)

§ 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.

Inconformado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a de nº 3685, tendo como alvo o art. 2º que trata da aplicabilidade da nova norma, sem, contudo, fazer oposição ao art. 1º da emenda que extinguiu a obrigatoriedade de verticalização em caso de se formarem coligações.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, reconheceu a inconstitucionalidade da parte que se refere à data de aplicação das novas regras.

Considerando o fato prescrito no art. 16 da Constituição⁹³, o fim da verticalização das coligações político-partidárias não poderia ser aplicado nas eleições presidenciais de 2006.

Vê-se, entretanto, que a parte da EC nº 52/2006, que altera a disciplina das coligações partidárias não foi analisada na ADIn.

Vale acrescentar que outra ADIn foi também ajuizada contra a EC 52/2006, mas, além de questionar seu art. 2º, ataca também o art. 1º que se refere ao fim da verticalização das coligações. Ocorre que essa ADIn nº 3686 extinguiu-se pelo fato de que o Ministério Público não pode invadir questões partidárias.

Isso significa que a parte relacionada à verticalização das coligações político-partidárias ficou sem análise pelo STF. Diante disso, o Congresso Nacional revogou o art. 4º, parágrafo 1º da Resolução 20.993/02 do TSE, bem como, o art. 6º, parágrafo 1º da Lei 9.504/97.

Da decisão do STF na ADIn nº. 3685 foi mantida a verticalização de coligações apenas para as eleições de 2006.

⁹³ Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência

Tendo em vista a alteração do parágrafo 1º do art. 17 da Constituição⁹⁴, os partidos políticos poderão realizar diversas alianças políticas com fins eleitorais.

Quando chamado a relatar a PEC, Pauderley Avelino (PFL-AM) recomendou a aprovação da mesma, argumentando em cima da diferença de partidos e coligações. Assim, então, arguiu o parlamentar: "Partidos com caráter nacional são partidos com existência legal na maior parte do território brasileiro; nada tendo a ver com coligações eleitorais". Acrescenta ainda que: "Partidos políticos são entidades perenes", e que: "coligações, ao contrário, são alianças temporárias entre vários partidos políticos, sem qualquer estrutura permanente".

⁹⁴ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

§ 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

6. CONCLUSÃO

O mundo jurídico não é uma esfera totalmente apartada da política, ou dos outros dois poderes harmônicos entre si e independentes, Executivo e Legislativo, conforme designa a Carta Magna de 1988. Toda a realidade é composta das diversas dimensões sociais. Outras formas de poder também influenciam a vida moderna, como os conglomerados midiáticos e a opinião pública.

Alguns estudiosos podem até entender que o Poder Judiciário assume, algumas vezes, uma influência constrangedora e coercitiva, bem como, uma tendência de legislar sobre matérias onde há uma aparente lacuna no ordenamento jurídico, o que pode levar ao perigo do Poder Judiciário atuar fora da esfera que lhe é de direito: fazer cumprir a lei, julgar e orientar sobre a constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Possivelmente, essa é a grande preocupação.

Para que isso não ocorra, sugere-se que o Legislativo solte as amarras apertadas que o Executivo lhe impõe - da forma bastante conhecida como edição de Medidas Provisórias, afogando os trabalhos das Casas Legislativas; e, ao mesmo tempo suprir brechas que acabam permitindo ao Judiciário analisar extensivamente, decidir os conflitos e as obscuridades em indisfarçável ato de legislador.

Quanto ao estudo das duas situações fáticas atuais: verticalização e infidelidade partidária que, recentemente foram examinadas pelo judiciário, verificou-se que, embora ainda carente de normatização específica e clara para a atuação pontual do Judiciário quando chamado a manifestar-se, há respaldo na lei processual civil brasileira autorizando, se não explicitamente, com enunciado de modo formal e categórico, pelo menos implicitamente, ou seja, contida de modo não manifestamente exposto, mas sim subentendido, a atuação concreta para a resolução dos litígios e discussões acerca da lacuna ou vacância da lei, ou até mesmo da regular interpretação legal da norma em particular para dirimir questões como a verticalização e fidelidade partidária, ora via manifestação do STF, ora do TSE.

Ademais, na chamada reforma das leis processuais, com vários projetos já devidamente examinados no Congresso Nacional e sancionados em lei, cuidou-se, de modo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais - Poder Judiciário - os meios

necessários e suficientes para que a prestação da justiça se efetive com a presteza indispensável à eficaz atuação do Direito.

Há muito o país vem reclamando por uma reforma política, fato que, ocorrendo, servirá para o fortalecimento democrático brasileiro. Ainda antes de estabelecer regras mais claras para o sistema partidário e eleitoral é imperiosa a determinação de evitar que modificações sejam realizadas somente ao sabor do humor dos mandatários de plantão. Infelizmente, só se muda regras para atender necessidades circunstanciais, como ocorreu na aprovação da possibilidade de reeleição de ocupantes de cargos no Poder Executivo. Uma reforma política séria tem de se precaver dessas interferências próprias da administração reinante.

Para que haja melhoria, seria razoável buscar o aperfeiçoamento do sistema vigente adotando-se um sistema misto e razoavelmente flexível para forjar partidos fortes e candidatos engajados com a doutrina partidária e os compromissos eleitorais propostos.

É plenamente possível acompanhar um agente sem acompanhar todo seu arcabouço ideológico, que seria a filiação partidária. Todavia, a reflexão a respeito de financiamento público de campanhas políticas para coibir o abuso econômico em todas as esferas de cargos eletivos seria muito bem-vinda.

Extremamente frágeis, os partidos brasileiros, invariavelmente, por inúmeras razões, não conseguem se distinguir aos olhos do eleitorado. E a culpa, quase por consenso, pode ser debitada na conta das agremiações. Sem a cobrança eficaz de cumprimento de seus programas - e isso quando existem programas definidos -, os partidos acabam sofrendo com a rotatividade impressionante dos quadros eleitos. No Congresso Nacional é de fácil constatação, o comportamento de deputados e senadores que flutuam aos sabores de interesses pessoais. Isso somente é possível pela quase certeza de ausência de penalização por infidelidade, o que causa reflexos na sociedade em geral, na medida em que é um chamamento a desobediência civil as regras e normas vigentes.

A pauta é longa e os problemas nos sistemas eleitorais e partidários foram diagnosticados há algum tempo. A democracia brasileira já esperou tempo demais. Aqui um choque de seriedade talvez se transforme em uma alavanca na recuperação da credibilidade dos políticos. Para tanto, só faltam agirem no sentido de providenciarem as mudanças há muito reclamadas pela sociedade.

Conforme o tema proposto: verticalização, última eleição e fidelidade partidária, concluiu-se que a ausência, brecha ou vacância da lei, levou o Judiciário a suprir o legislativo na interpretação e aplicação da norma com vistas a resolução dos conflitos e questionamentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 13. ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Metrópole, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Lisboa-Portugal : Almedina.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Ativismo judicial em crise**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2137, 8 de maio 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12781>. Acesso em 01 abr. 2010.

CÔRTEZ, Bernardo Juste Werneck. Verticalização partidária: um golpe final de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 980, 8 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8076>>. Acesso em 21 mar. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GARCIA, Marcos Leite. **“Novos” Direitos Fundamentais: características básicas**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 70, 01/11/2009
Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654. Acesso em 16 mar. 2010.

GI - Jornal Eletrônico. **Decisão do STF pressiona por reforma política, diz Tarso**. Publicado em 05/10/2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL145602-5601,00.html>. Acesso em 31 mar. 2010.

KLEIN, Cristian. **O desafio da reforma política**: conseqüências dos sistemas eleitorais de listas aberta e fechada. Rio de Janeiro: Mauad, 2007.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Os partidos políticos no Brasil e o princípio da verticalização das coligações**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3231>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Político**. In.: Revista Urutágua, nº 6, abr/mai/jun/jul. Maringá-Paraná, 2005.

MATSUURA, Lilian. **Súmula vinculante pode tornar STF um legislador positivo**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-out-18/sumula_vinculante_tornar_stf_legislador_positivo. Acesso em 24 mar. 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

OLIVEIRA, Nelson. 29 agosto 2008. **Veja os principais pontos da reforma política do governo**. In: Agência Senado. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/asen/2008/ago/29/veja-os-principais-pontos-da-reforma-politica-do-governo>. Acesso em 01 abr. 2010.

PAGANELLA, Marco Aurélio. **O executivo, o legislativo, o judiciário e o controle concentrado por omissão**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2254>. Acesso em 24 mar. 2010.

PEREIRA, Merval. **País precisa de reforma política e isso o STF não pode fazer**. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-23/pais-reforma-politica-isso-stf-nao>. Acesso em 31 mar. 2010.

Projeto de Lei de Iniciativa Popular sobre vida pregressa dos candidatos Fundamentos e constitucionalidade. Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. Disponível em: <http://mcce.org.br/sites/default/files/fundamentos1.pdf>. Acesso em 03 jun. 2010.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. **O poder judiciário como legislador?**. In: R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 121-123, out./dez. 2004.

SILVEIRA, Rose Ane. **Câmara aprova fim da verticalização em votação de 1º turno.** 2006. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u75370.shtml>. Acesso em 02 abr. 2010.

TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil.** Rio de Janeiro: Scielo Brasil, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001. Acesso em 30 mar. 2010.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a Judicialização da Política no Brasil.** Brasília: Plano Editora, 2001.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Supremo Tribunal Federal versus Congresso Nacional.** Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/270946/>. Acesso em 25 mar. 2010.