

O Judiciário Legislador! Como a função legislativa do Congresso Nacional pode ser usurpada pelo Poder Judiciário?*

Frederiko Stenio Luíz Neves de Araújo¹

RESUMO. Um dos mais importantes princípios do Estado de Direito é o da separação dos poderes. Por esse princípio, cada instituição política do Estado tem competências e atribuições específicas, definidas em função da especialização funcional e da independência orgânica. A Constituição brasileira de 1988 consagrou essa teoria ao estabelecer que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O Legislativo elabora as leis e o Judiciário cabe aplicá-las e julgar os conflitos de interesses entre as pessoas. As vezes, as linhas divisórias de atuação dos órgãos desses poderes não são tão claras, o que acarreta uma tensão entre esses Poderes, quando se invade a esfera do outro, exigindo funcionalidade do sistema de freios e contrapesos. No Brasil, neste início de século XXI, essa tensão tem sido provocada pelas sentenças de caráter normativo do Poder Judiciário, transformando este Poder em legislador positivo. O Judiciário Legislador não afrontaria o princípio da separação dos Poderes previsto no texto da Constituição de 1988?. O presente busca uma reflexão acerca do ideal democrático presente na divisão dos poderes. Para tanto, analisa-se as decisões de caráter normativo do Poder Judiciário brasileiro, especificamente a Consulta nº 1398 – TSE sobre a Fidelidade Partidária, a Resolução n. 20.993 – TSE sobre a verticalização de coligações e a Resolução n. 21.702/04 – TSE, sobre a composição das câmaras municipais.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Judiciário Legislador. Resolução do TSE.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 3. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 4. ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. 4.1 VERTICALIZAÇÃO DE COLIGAÇÕES. 4.2 COMPOSIÇÃO DAS CÂMARAS MUNICIPAIS. 4.3. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Um dos princípios fundamentais do Estado de Direito é o da divisão de Poderes. Numa perspectiva funcional, por esse princípio, cada instituição política tem competências e atribuições específicas. Aos órgãos do Poder Legislativo cabe a função de discutir, elaborar e aprovar leis; ao Poder Executivo, a função de administrar; e ao Poder Judiciário, aplicar as leis e julgar os conflitos (MONTESQUIEU).

A Constituição brasileira de 1988 consagrou essa teoria ao estabelecer que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O Legislativo é representado pelo Congresso Nacional, que é dividido em duas “casas” legislativas: o Senado Federal e a Câmara dos Deputados; o Poder Executivo, representado pelo Presidente da República; e o Judiciário, pelo Supremo Tribunal Federal e os Tribunais superiores, eis os órgãos de cúpula dos Poderes da República.

Seguindo essa compreensão clássica sobre a divisão dos Poderes, não afrontaria

* Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado à coordenação do Curso de Direito/UFRN-CERES como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito sob a orientação do Prof. Dr. Orione Dantas de Medeiros.

¹ Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio G. do Norte, CERES-Caicó

o texto da Constituição de 1988, a edição, pelo Judiciário, de decisões que traduzam atos normativos genéricos e impessoais, como as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)? Esses atos normativos deveriam ser ou não objeto de controle (político) por parte do Congresso Nacional? Por meio do Decreto Legislativo, o Congresso Nacional não poderia sustar esses atos normativos oriundos do Poder Judiciário, que extrapola a sua esfera de atribuições? Mas, o controle do tipo normativo, decreto legislativo, não está fora do controle de constitucionalidade, por parte do órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF). No Brasil, em matéria de controle de constitucionalidade, a última palavra cabe ao STF.

Talvez, não seria necessário a aprovação de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC)? Para que o Congresso Nacional, em sua competência exclusiva, possa também sustar o atos normativos do Poder Judiciário que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites constitucionais (art. 49, V da CF/88).

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 49, inciso V que: “É de competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar”. Para o ideal democrático previsto na Constituição de 1988 deveria também inserir o âmbito regulamentar do Poder Judiciário? Mas o constituinte introduziu uma competência exclusiva bastante ampla, prevista no mesmo art. 49, inciso XI, que cabe ao Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

O propósito deste trabalho é lançar luzes sobre a relação complexa que envolve a divisão das atribuições dos órgãos de cúpula dos três poderes da República. Analisar as decisões de caráter normativo do Poder Judiciário brasileiro, prolatadas nos últimos dez anos à luz da teoria da (nova) separação dos poderes. Consulta nº 1398 - TSE sobre a Fidelidade Partidária. Resolução n. 20.993 – TSE sobre a verticalização de coligações e a Resolução n. 21.702/04 – TSE sobre a composição das câmaras municipais.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Sempre que se refere ao princípio da separação dos três poderes, atribui-se à Montesquieu o seu principal formulador. Mas, se ele não é o autor do preceito de que estamos falando, pelo menos foi ele quem melhor o desenvolveu e quem o recomendou de uma maneira mais efetiva à atenção do gênero humano.²

2 MADISON, James. “Exame e aplicação do princípio da separação dos poderes”. In: **O Federalista**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Cap. XLIVI, pp. 124-125.

A necessidade de separar os Poderes estatais foi observada fielmente pelos fundadores da República Norte-americana, depois da independência das 13 colônias inglesas. O princípio da separação dos poderes vem insculpido no art. V da Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 1776: os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem ser separados e distintos.

Dizia James Madison, um dos autores de O Federalista, que não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que esta objeção se funda: a acumulação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, onde uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania. (Cap. XLVII de O Federalista, escrito por James Madison).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. XVI, dispõe que toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, absolutamente não tem constituição. (art. XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa, em 26 de agosto de 1789).

Para José Afonso da Silva a divisão do poderes fundamentam-se em dois elementos básicos: o da especialização funcional e a independência orgânica. Pelo primeiro elemento entende-se que cada órgão é especializado no exercício de uma função; quanto ao segundo elemento, significa que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros.

Em sua obra “A Nova Separação dos Poderes”, Bruce Ackerman, ao focar a variedade de ideias políticas das formas possíveis da separação dos poderes, introduz um elemento fundamental que é a questão da legitimidade dos ideais da separação do poder. A pergunta que se faz é: separação dos poderes, em nome de quê? Bruce Ackerman apresenta três ideais de legitimidade: o primeiro ideal é a democrático. De um modo ou de outro, a separação pode servir (ou impedir) ao projeto popular de autogoverno. O segundo ideal é a competência profissional. As leis democráticas permanecem no plano abstrato, puramente simbólico, depende, em muito, dos tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial. O terceiro ideal constitui-se pela tutela e ampliação dos direitos fundamentais.³

No Brasil, desde a Constituição de 1891 que o princípio da separação dos poderes está presente no sistema constitucional brasileiro. Mas, com a Constituição de 1988, que

3 ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

instituiu um Estado Democrático de Direito, o ideal de democracia e ampliação dos direitos fundamentais estão presentes no princípio da separação dos poderes.

3. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 tratou da separação dos poderes, logo em seus princípios fundamentais. E o fez a partir do ideal democrático. A República Federativa do Brasil constitui em Estado Democrático de Direito. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º).

O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 44); o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado (art. 76); São órgãos de cúpula do Poder Judiciário da União, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores, que têm jurisdição em todo o território nacional (art. 92).

Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União (art. 48). Compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, espacial e do trabalho (art. 22). É da competência exclusiva do Congresso Nacional, dentre outras, sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V) e zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes.

O processo legislativo compreende a elaboração de Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos e Resoluções (art. 59).

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º).

Compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; editar medidas provisórias com força de lei, nos termos da Constituição (art. 84).

O art. 62 prevê que em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República

terão início da Câmara dos Deputados (art. 64). A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, veta-lo-á total ou parcialmente. O veto será apreciado em sessão conjunta, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores (art. 66, §4º).

São órgãos de cúpula do Poder Judiciário, no âmbito da União, o STF e os Tribunais Superiores, todos com jurisdição em todo o território nacional. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a).

O STF também julga, como suprema corte, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ADIs e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) compor-se-á de sete membros, dos quais, dois deles são nomeados pelo Presidente da República, dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo STF. São irrecorríveis as decisões do TSE, salvo as que contrariarem a Constituição.

Em linhas gerais, são esses os traços caracterizadores da clássica divisão dos Poderes, em um Estado Democrático de Direito, na Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, afrontaria o texto da Constituição de 1988, a edição, pelo Judiciário, de decisões que traduzam atos normativos genéricos e impessoais, como as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)? Esses atos normativos deveriam ser ou não objeto de controle político por parte do Congresso Nacional? Mas, para esse controle político não seria necessário a aprovação de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) para que o Congresso Nacional proteja a sua competência exclusiva? A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 49, inciso XI, que cabe ao Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

O Deputado Federal, o Sr. Nazareno Fonteles apresentou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 033/2011) visando condicionar o efeito vinculante de

súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

Em sua justificação, o proponente argumenta que o protagonismo do Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório e atual. A maneira pela qual esse protagonismo vem se manifestando consiste em duas direções que, embora semelhantes, apresentam contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.

O ativismo judicial denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Essa postura sendo adotada pelo magistrado, para o deslinde da controvérsia, às vezes, vai além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador.

O fenômeno do ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina aspectos dos sistemas americano e europeu, sendo considerado um dos mais abrangentes do mundo ocidental.

Podemos aqui citar vários exemplos com característica de ativismo judicial no Brasil. Começemos pelo caso da fidelidade partidária, no qual o STF ratificou o entendimento do TSE, criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, em edição às enumeradas no art. 55, sem que houvesse qualquer menção expressa no texto constitucional relacionada à sanção por infidelidade partidária.

Um caso emblemático foi a extensão da vedação do nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, por meio de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso. Outro caso bastante conhecido foi a verticalização de coligações, estabelecida por Resolução do TSE. Há ainda o caso da redução de vagas de vereadores. Todos revelam o fenômeno explícito do ativismo judicial no Brasil. Trataremos desses casos específicos logo abaixo.

4. ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O sistema constitucional brasileiro concentra a atividade legislativa no Congresso Nacional. É expresso o elenco de matérias para as quais a Constituição atribui a competência legislativa, de modo privado – ou de modo exclusivo – ao órgão nacional do Poder Legislativo. Entre as matérias cuja competência legislativa é atribuída com exclusividade encontra-se o direito eleitoral, conforme disposição expressa do art. 21, inciso I:

Art. 21. Compete privativamente à União legislar sobre:

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

Não resta nenhuma dúvida, na Constituição Federal de 1988, de que o órgão do poder estatal ao qual são atribuídas as competências legislativas da União, é o Congresso Nacional. Cabe a esse órgão, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre as competências atribuídas à Justiça Eleitoral e, nele, ao Tribunal Superior Eleitoral, em nenhum momento confere Poder Legislativo primário a esse órgão do Poder Judiciário. Trata-se de uma competência decorrente da legislação ordinária, como o Código Eleitoral, instituído pela Lei n. 4.737, de 15 de junho de 1965, o qual, no parágrafo único de seu art. 1º, e no inciso IX do art. 23, confere ao TSE a competência para expedir instruções para a sua fiel execução.

A Lei Geral das Eleições (Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997), do mesmo modo, em suas Disposições Transitórias (art. 105), confere ao TSE a competência para, “até o dia 5 de março do ano da eleição, expedir as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito”.

Nesse sentido, a competência normativa da Justiça Eleitoral (do TSE), encontra-se sujeita às leis eleitorais. Devem limitar-se, portanto, em princípio, a apenas regulamentar essas leis. A atividade regulamentar, de que também dispõe o Poder Executivo, quanto a outras matérias, destina-se à expedição de norma com a estrutura jurídica de um decreto para fazer cumprir as regras gerais para cuja elaboração é o Congresso Nacional o órgão originariamente competente.

Portanto, as atribuições do Poder Judiciário, por princípio, limitam-se à elaboração de atos normativos secundários, derivados da lei, não diretamente da Constituição. Entretanto, diferente desse posicionamento, órgãos do Poder Judiciário têm expedido atos normativos primários, que inovam regras no ordenamento jurídico pátrio e buscam o fundamento de validade diretamente na Constituição.

4.1 FIDELIDADE PARTIDÁRIA

No ano de 2007, O Tribunal Superior Eleitoral foi consultado pelo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas, querendo saber, desse órgão do Poder Judiciário, a

respeito da aplicação ao sistema partidário brasileiro do princípio da fidelidade partidária.

A questão foi formulada nos termos seguintes:

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

É preciso lembrar, a respeito, que a Constituição dispõe sobre o assunto para conferir ao partido político a competência para, internamente, mediante estatuto, disciplinar a matéria.

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

I – caráter nacional;

(...)

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

Portanto, não resta nenhuma dúvida, *prima face*, quanto à competência constitucional conferidas aos partidos políticos para dispor sobre regras de fidelidade e disciplina partidárias. São regras postas pelo legislador constituinte originário visando a garantir a liberdade de organização política.

O TSE, no entanto, ao responder à Consulta acima referida, não só aplicou a todos os agentes políticos ocupantes de cargos proporcionais o princípio da fidelidade partidária, como determinou a punição respectiva (perda do mandato) e estipulou as situações nas quais o princípio da fidelidade partidária comportaria exceção.

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

4.2 VERTICALIZAÇÃO DE COLIGAÇÕES

Inicialmente, cumpre registrar uma peculiaridade do sistema eleitoral brasileiro. Trata-se do fato de que nas eleições nacionais para presidente da República, ocorrem simultaneamente com as eleições estaduais, para Governador de Estado. Nesse mesmo pleito são eleitos Senadores, Deputados Federais e Estaduais, além dos Distritais, no Distrito Federal.

Sobre a questão das coligações, o Tribunal Superior Eleitoral, no início de 2002, ao deliberar a respeito da Consulta formulada por deputados federais (Consulta n. 715, de 2002), respondeu que as coligações partidárias, nas eleições estaduais daquele ano, vinculam-se necessariamente à coligação firmada na eleição presidencial.

O TSE partiu da premissa legal prevista no art. 6º da Lei nº 9.504/97, de que fica facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário (art. 6º da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997).

Desse modo, no dia 26 de fevereiro de 2002, exercendo o seu poder regulamentar, o TSE editou as instruções para as eleições daquele ano, entre as quais a Resolução nº 20.993. Pelo art. 4º desta resolução tornou-se obrigatória nos estados as coligações firmadas em âmbito federal para presidente da República.

Pela decisão do TSE, um mesmo partido político não poderá integrar coligações diversas para a eleição de governador(a) e a de senador(a); porém, a coligação poderá se limitar à eleição de um dos cargos, podendo os partidos políticos que a compõem indicar, isoladamente, candidato(a) ao outro cargo (art. 4º, §2º da Resolução nº 20.121/TSE, de 12 de março de 1998).

Quando partidos políticos ajustarem coligação para eleição majoritária e para proporcional, poderão ser formadas coligações diferentes para a eleição proporcional entre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário (art. 4º, §3º da Resolução nº 20.121/TSE, de 12 de março de 1998).

Poderá o partido político integrante de coligação majoritária, compondo-se com outro ou outros, dessa mesma aliança, para eleição proporcional, constituir lista própria de candidatos à Câmara dos Deputados, Assembleia ou Câmara Legislativa (art. 4º, §4º da Resolução nº 20.121/TSE, de 12 de março de 1998).

É vedada a inclusão de partido político estranho à coligação majoritária, para formar com integrante do referido bloco partidário aliança diversa, destinada a disputar eleição proporcional (art. 4º, §5º da Resolução nº 20.121/TSE, de 12 de março de 1998).

Nesse sentido, fixou-se uma norma segundo a qual ficam vinculadas as coligações estaduais à nacional, bem como fica vedado que um partido fora da coligação nacional forme parte de qualquer coligação estadual se os integrantes desta coligação estadual são partícipes de uma coligação nacional. Lembre-se, a esse respeito, que a norma

constitucional então vigente conferia aos partidos políticos ampla liberdade para dispor sobre o seu funcionamento e a lei eleitoral, coerentemente com o preceito constitucional, assegurava ampla liberdade de coligação.

Repita-se: a Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) dispõe a respeito da liberdade de coligação ao estabelecer que fica facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

A questão aqui posta é o de saber dos limites da atividade normativa do TSE, quando, por meio de Resolução consegue invadir reserva de legislação do Poder Legislativo. O STF, em sede de Ação Direta de Inconstitucional (ADI 2.626-DF e ADI 2.628-DF, de 18 de abril de 2002) foi instado a deliberar sobre a matéria. O STF entendeu que o dispositivo impugnado limitou-se a dar interpretação ao art. 6º da Lei n. 9.504/97, caracterizando-se, portanto, como ato normativo secundário de natureza interpretativa, de modo que os eventuais excessos do poder regulamentar da Resolução em face daquela Lei não revelariam inconstitucionalidade, mas sim eventual ilegalidade frente a Lei ordinária regulamentada, sendo indireta, ou reflexa, a alegada ofensa à Constituição Federal. Assim, a análise da matéria foi considerada incabível em sede de controle abstrato de normas (Informativo nº 264 do STF).

Nessa decisão do STF, alguns Ministros entenderam que a norma atacada – a Resolução do TSE – era um ato normativo autônomo, que não se assentava em nenhuma lei, e introduzia inovação na legislação eleitoral. Dessa forma, invadia a competência legislativa do Congresso Nacional.

O problema somente veio a ser contornado posteriormente quando o Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte, aprovou e promulgou a Emenda Constitucional de nº 52, de 08 de março de 2006, a qual explicitou a liberdade de os partidos políticos celebrarem as coligações. A Emenda conferiu nova redação ao §1º do art. 17, nos seguintes termos:

§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.

O Poder Legislativo aparentemente recuperou a sua prerrogativa. Digo

aparentemente, em razão da possibilidade dessa nova redação, que foi dada à regra das coligações, terminar de novo caindo nas mãos do STF. Porque cabe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra em matéria de constitucionalidade. Se o ideal democrático, presente na separação dos poderes, prevalecer, a matéria termina na palavra do Congresso Nacional, casa legislativa na qual reside a representação popular.

4.3 COMPOSIÇÃO DAS CÂMARAS MUNICIPAIS

O STF, em março de 2004, ao julgar Recurso Extraordinário nº 197.917/2004, em que se questionava a composição da Câmara de Vereadores da cidade de Mira Estrela-SP, decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica desse município que estipulava o número de integrantes da Câmara de Vereadores em onze membros.

Trechos do Acórdão do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 197.917/2004:

Recurso Extraordinário. Municípios. Câmara de Vereadores. Composição. Autonomia Municipal. Limites constitucionais. Número de Vereadores. Composição. Autonomia Municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF/88, art. 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre população e número de vereadores. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. 1. O art. 29, IV, da CF/88, exige que o número de vereadores seja proporcional à população dos municípios. Observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas *a, b* e *c*. 2 Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximo e mínimo do preceito (CF/88, art. 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. (...) 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. (...)

O Supremo adotou fórmula matemática para definir a quantidade de membros dos legislativos municipais: por ela, cada vereador brasileiro deve, idealmente, representar precisos 47.610 habitantes. Desse modo, o Município paulista, com apenas 3.000 habitantes, teve o seu número de vereadores reduzido ao mínimo constitucional, nove.

Posteriormente, o TSE, em 2 de abril do mesmo ano de 2004, ao deliberar sobre a matéria, estabeleceu, com base na decisão do Supremo, estender para todo o País esse entendimento:

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

23, IX, determina competir àquele Tribunal “expedir as instruções que julgar conveniente à execução deste Código”.

O Código Eleitoral não especifica o número de integrantes das Câmaras Municipais. Sequer trata dessa matéria, que é objeto de disciplina constitucional. A Constitucional, por sua parte, atribui aos legislativos municipais a disciplina em tela, quando da elaboração da lei orgânica municipal:

Art. 19. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, obedecidos os princípios estabelecidos nesta Constituição e na Constituição do respectivo Estado, e os seguintes preceitos:

.....

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

São a seguir definidos esses limites, que vão do mínimo de nove até o máximo de cinquenta e cinco. Releva, sobretudo, para a matéria, a definição de que o mínimo de nove e o máximo de vinte e um aplica-se aos municípios com “até um milhão de habitantes”. Portanto, pela Constituição Federal, pode um município com um milhão de habitantes ter 9 (nove) vereadores, se assim o decidir a Câmara Municipal, e outro, com mil habitantes, ter 21 (vinte e um) vereadores. A matéria se encontraria no âmbito da autonomia municipal.

Aliás, ao lado daqueles temas de “interesse local”, esse seria um tema que a Constituição conferiu ao Município autonomia para a sua disciplina. O TSE, entretanto, a partir da fórmula aritmética definida pelo STF, desconsiderou a autonomia municipal, nesse caso.

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

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

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

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

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

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

A matéria foi definitivamente tratada por meio da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, que alterou a redação do inciso IV do *caput* do art. 29 e do art. 29-A da Constituição Federal, tratando das disposições relativas à composição das Câmaras Municipais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seguindo essa compreensão clássica sobre a divisão dos Poderes, não afrontaria o texto da Constituição de 1988, a edição, pelo Judiciário, de decisões que traduzam atos normativos genéricos e impessoais, desde que respeitos os ideais democráticos presentes no princípio da separação dos poderes, em um Estado Democrático de Direito. Esses atos normativos devem ser objeto de controle político por parte do Congresso Nacional. Embora não se afasta a hipótese do controle judicial do Supremo Tribunal Federal.

Não é necessária aprovação de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) para que o Congresso Nacional proteja a sua competência exclusiva. A Constituição Federal de 1988 já prevê, em seu art. 49, inciso XI, que cabe ao Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

Na atual quadra de nossa história constitucional, o brasileiro tem acompanhado a hipertrofia do Poder Judiciário, expresso pelo ativismo judicial. Esse fenômeno vem deslocando boa parte das questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. Isto traz como consequência uma preocupação à jovem democracia brasileira. Disso são exemplos, as Resoluções do TSE já citados no presente trabalho, como a verticalização das coligações, a fidelidade partidária e a composição das câmaras de vereadores.

Há muito que o Judiciário, o STF e o TSE, deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. O certo é que o STF vem se tornando em um “superlegislativo”.

As decisões proferidas pelas Cortes Superiores através da interpretação própria,

desconstroem o sentido da lei estatuída pelo órgão legislativo legítimo e competente segundo a constituição para inovar a ordem jurídica. Disposições literais da lei eleitoral feitas pelo legislador ordinário no caso da realização das coligações partidárias, assim como, as regras gravadas pelo legislador constituinte na lei maior, de modo cristalino, isto é, claro e não ambíguo, atinentes sobre a matéria da fidelidade partidária, tiveram o sentido transmutado. As Cortes Superiores ao julgarem dando interpretação diversa do estatuído, atuam como legisladores concretos, reformando leis sem alteração de texto, em razão dos seus julgados terem alcance *erga omnes* e eficácia vinculante, o que relega ao Congresso Nacional papel de legislador abstrato por já não ser mais capaz de conferir a lei um sentido, em razão da atividade interpretativa das Cortes de Justiça.

Por último, precisamos resgatar o valor da representação política, da soberania popular e a dignidade da lei aprovada pelos representantes eleitos legitimamente pelo povo. É preciso restabelecer o equilíbrio entre os Poderes, assim como promover a cooperação destes em vista dos ideais da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALVAREZ, Anselmo Prieto; NOVAES FILHO, Wladimir. **A Constituição dos EUA Anotada**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal; Secretaria de Editoração Técnicas, 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 20.121, de 12 de março de 2002 (Dispõe sobre as coligações e dá interpretação ao art. 6º da Lei n. 9.504/97 para estabelecer regras nas eleições de 2002). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/1998/RES201211998.html>>. Acesso em: 29 maio 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 20.993, de 12 de março de 2002 (Dispõe sobre a escolha e o registro dos candidatos nas eleições de 2002). Disponível em: <https://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/legjurisp/eleicoes_2002/res_tse/res020993.26022002.pdf>. Acesso em: 29 maio 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 21.702, de 2004 (Instruções sobre o

número de vereadores a eleger segundo a população). Disponível em: <https://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/legjurisp/eleicoes_2002/res_tse/res020993.26022002.pdf>. Acesso em: 29 maio 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional n. 033/2011 (Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas à aprovação pelo Supremo Tribunal Federal e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 29 maio 2016.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **O FEDERALISTA**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores)

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores)

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VALE, TCSC. Pré-história e História da Justiça Eleitoral. Trabalho apresentado no XXVI, 2011.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.