

O Supremo Tribunal Federal e o novo desenho jurisdicional brasileiro

Daniella Dutra de Almeida Barbosa e
João Paulo Allain Teixeira

Sumário

1. A Constituição de 1988 e o Supremo Tribunal Federal. 2. A atuação do STF diante de demandas concretas: análise de casos. Fidelidade partidária. O uso de algemas. Vedação ao nepotismo nos três poderes. Inelegibilidade e vida progressiva de candidatos a cargos eletivos. Conclusão.

1. A Constituição de 1988 e o Supremo Tribunal Federal

Quando coroou sua redemocratização com a Constituição Federal de 1988, o Brasil tornou possível a ampliação das atribuições judiciais, e o fez a partir do momento em que incorporou ao texto constitucional princípios e garantias fundamentais, bem como quando, expressamente, entregou a guarda da Constituição Brasileira ao Supremo Tribunal Federal¹, dando nova definição à função que desempenha o Estado.

A Constituição de 88, quando de sua promulgação e das reformas subsequentes, optou por desenhar um Poder Judiciário propício à proteção das minorias parlamentares e aos interesses da sociedade. Assim como nas Constituições brasileiras anteriores, a Carta Magna de 1988 manteve o Supremo Tribunal Federal como órgão

Daniella Dutra de Almeida Barbosa é Conciliadora dos Juizados Especiais Federais Cíveis de Recife, Pernambuco. Bacharela em Direito.

João Paulo Allain Teixeira é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (Mestrado e Doutorado). Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

¹ Art. 102 - "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]" (BRASIL, 1988).

soberano do poder judiciário e, apesar de não promover mudanças substanciais em sua estrutura, vez que permaneceu com o mesmo número de Ministros fixado desde o Ato Institucional nº 6 de 1969, ou seja, onze integrantes, estabeleceu alterações na esfera de sua jurisdição que impuseram uma redefinição do seu papel no sistema político-constitucional brasileiro (VIEIRA, 2002, p. 147).

No que tange ao controle de constitucionalidade, foram mantidos o sistema difuso – em que a constitucionalidade da lei ou ato normativo é verificada a partir de um caso concreto, podendo qualquer instância do poder judiciário apreciar a adequação do texto impugnado aos dispositivos constitucionais – e o sistema concentrado, situação em que a inconstitucionalidade é questionada a partir da lei em tese, sendo desnecessária a incidência do texto reputado inconstitucional em um caso concreto. Entretanto, neste último caso, os instrumentos para postulação de inconstitucionalidade diretamente no Supremo Tribunal Federal foram ampliados pela nova ordem constitucional, dando origem à Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

No intuito de reduzir a carga de trabalho da mais alta cúpula do poder judiciário, a Constituição Cidadã² instituiu o Superior Tribunal de Justiça, transferindo-lhe algumas das competências do Supremo conferidas pela ordem constitucional anterior.

Apesar dos esforços despendidos no sentido de restringir o volume de processos submetidos à análise da Suprema Corte, o STF não foi convertido em um exclusivo Tribunal Constitucional e acabou por manter suas competências de jurisdição

² Expressão utilizada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte entre 1987 e 1988, ao referir-se à recém-criada Constituição Brasileira de 1988, que havia contemplado em seu texto inúmeros avanços no que concerne aos direitos sociais.

constitucional de controle abstrato de constitucionalidade, jurisdição constitucional de proteção de direitos, e jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, podendo ser essas competências de caráter originário ou recursal.³

Dessa forma, compete ao STF, atualmente, desempenhar dois papéis distintos: atuar como órgão de cúpula do poder judiciário e exercer a função de Tribunal Constitucional. Ao realizar o primeiro papel, incumbe-lhe, por meio dos recursos, a revisão das decisões proferidas pelas demais instâncias judiciárias brasileiras tendo por fundamento a compatibilidade com a Constituição Federal, além de julgar originariamente ações às quais são atribuídos foros privilegiados; enquanto, ao exercer a sua segunda função, cabe-lhe apreciar de forma concentrada as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As mudanças a respeito da jurisdição constitucional promovidas pela Constituição de 1988 e suas emendas tiveram um forte impacto sobre a função que cumpre o Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro. Aspectos como a ampliação do acesso ao STF mediante extensão do rol de legitimados para proposituras de ADIns, ADCs e ADPFs, o estabelecimento de novas competências e a inclusão de direitos no texto constitucional, antes reservados à proteção das leis ordinárias, acabaram por transformar a Suprema Corte em um relevante espaço de solução de conflitos políticos, situando-a numa posição central no sistema constitucional brasileiro (VIEIRA, 2002, p. 217). Para Oscar Vilhena Vieira (2002, p. 228), “o Supremo Tribunal Federal é hoje, mais do que nunca, um órgão inelutavelmente político, pois suas decisões têm um profundo e determinante impacto sobre a conduta dos demais Poderes e da população em geral”.

³ Acerca das três esferas de competências quanto à prestação jurisdicional, Cf. Silva, 2006.

Após essas sucintas considerações acerca do Supremo Tribunal Federal, analisa-se agora como esse órgão atua frente às demandas políticas que lhe são trazidas.

2. A atuação do STF diante de demandas concretas: análise de casos

Fidelidade partidária

O polêmico embate no Supremo Tribunal Federal acerca da fidelidade partidária teve origem a partir de uma consulta realizada pelo então Partido da Frente Liberal (atual DEM) ao Tribunal Superior Eleitoral. O questionamento jurídico girava em torno das consequências da mudança de partido durante o exercício do mandato, ou seja, se os mandatos parlamentares pertencem aos partidos políticos ou aos parlamentares que obtiveram os votos diretamente de seus eleitores. A indagação foi feita nos seguintes termos: os partidos e as coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda? A resposta dada pelo TSE foi positiva sob a justificativa de que os votos dos eleitores são atribuídos à legenda, sendo indevida a afirmação de que os votos pertencem ao candidato eleito. O Ministro relator da consulta, César Rocha, destacou que “toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do partido político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, a qual deve prestar contas”⁴; por esta razão é que não se pode afirmar que o mandato pertence ao eleito.

Com base na consulta realizada ao TSE, partidos políticos requereram ao Presidente da Câmara dos Deputados a posse dos deputados suplentes nas vagas pertencentes aos seus partidos em decor-

rência da desfiliação dos parlamentares dos seus respectivos partidos. O Presidente da Câmara negou o pedido, alegando que a mudança de partido não estava contemplada no artigo 56, § 1º, da Constituição Federal como uma das hipóteses em que é possível convocar o suplente para assumir a cadeira vacante.

Diante da negativa do Presidente da Câmara em devolver as vagas aos partidos políticos e, tendo por fundamento a decisão proferida pelo TSE na consulta prévia acerca da matéria, três partidos (PSDB, PPS e DEM) impetraram mandados de segurança perante a Suprema Corte Brasileira contra o parlamentar. Pretendiam que fosse declarada a vacância dos mandatos dos deputados federais que ali figuravam como litisconsortes passivos necessários.

A discussão sobre os três mandados acarretou discordância entre os relatores de dois deles. O Ministro Eros Grau, relator do mandado impetrado pelo PPS, opinou pelo não conhecimento das ações. Para ele, não cabe ao STF criar, por via oblíqua, hipótese de perda de mandato parlamentar não previsto no texto constitucional. Afirma que o objetivo do impetrante é “transformar o Tribunal em legislador, trilhando a estreita via do mandado de segurança”⁵. Por sua vez, o relator da ação impetrada pelo PSDB, Celso de Mello, sustentou que não se trataria de hipótese de perda de mandato como sanção à infidelidade partidária, até porque essa hipótese não está prevista no texto constitucional, que traz em seu bojo uma lista taxativa de situações em que o parlamentar perde seu mandato. O que se trata, na visão do relator, é de reconhecer que “os partidos políticos têm direito às vagas conquistadas mediante incidência do quociente partidário”⁶. Tal entendimento

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.602/DF. Rel. Min. Eros Grau. Acórdão de 4 out. 2007. DJ de 17 out. 2008.

⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.603/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 out. 2007. DJ de 19 dez. 2008.

deriva do mecanismo de representação proporcional consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Ao julgarem os *writs* constitucionais, os Ministros, por maioria, decidiram conhecer os mandados, mas denegar a ordem de segurança⁷. Contudo, na fundamentação da decisão estabeleceram que pertencem à legenda os mandatos de parlamentares que trocam de partido sem apresentarem justa causa, considerando constitucionalmente correta a interpretação feita pelo TSE acerca da fidelidade partidária quando consultado acerca da matéria. Ficou estabelecido, ainda, nessa decisão que caberia ao TSE a regulamentação das fases do procedimento destinado a confirmar ou infirmar a presença de justa causa.

O marco temporal utilizado para que fosse declarada a vacância dos mandatos ficou determinado, à sugestão do Ministro Celso de Mello, na data da resposta proferida pelo TSE quando da consulta. Dessa forma, os parlamentares que se afastassem de seus partidos sem justa causa depois de 27/03/2007 poderiam ter, após ação julgada procedente na Justiça Eleitoral, seus mandatos declarados vagos para que os suplentes das agremiações partidárias renegadas tomassem posse de tais assentos no parlamento.

Com base na decisão proferida pelo STF, o TSE elaborou as Resoluções de nº 22.610/07 e 22.733/08, que disciplinam o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação.

Não demorou muito para que Ações Diretas de Inconstitucionalidade fossem impetradas no Supremo questionando a adequação das Resoluções emanadas do

⁷ O STF esclareceu que o único caso em que a nova regra se aplicaria de imediato seria o da deputada Jasmari Oliveira, que trocou o DEM pelo PR, no dia 29 de março de 2007. Contudo, apesar de não perder o mandato de imediato, seu caso já deveria ser encaminhado ao TSE pela Câmara, vez que seria a única litisconsorte passiva necessária que constava do mandato de segurança do DEM a trocar de partido após a data limite estipulada.

TSE à Constituição Federal. As ADIns nº 3.999/DF e nº 4.086/DF tiveram como impetrantes o Partido Social Cristão (PSC) e o Procurador-Geral da República, respectivamente.

Sustentaram os requerentes que referidas Resoluções, entre outras questões, violaram a reserva de lei complementar para a definição de competências de juízes, tribunais e juntas eleitorais (art. 121 da CF); usurparam competência do legislativo e do executivo para dispor sobre matéria eleitoral, na medida em que disciplinam de maneira inovadora a perda do mandato eletivo (arts. 22, I, 48, e 84, IV, da CF); e invadiram competência legislativa, desgastando o princípio da separação de poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III, da CF).

De acordo com o relator das duas ADIns, Ministro Joaquim Barbosa, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária e determinou que a regulamentação da disciplina caberia ao TSE. Assim sendo, não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo.

Quanto ao questionamento acerca da violação ao princípio da separação de poderes, o relator reconhece em seu voto a competência do poder legislativo para elaborar normas de cunho eleitoral e destaca as limitações impostas ao poder judiciário acerca da matéria:

“Em virtude do princípio da representação popular, que é um dos pilares da nossa organização política, compete às Casas do Legislativo processar adequadamente as tensões advindas do processo político e criar normas destinadas a estabilizar a expectativa dos cidadãos também em matéria eleitoral. O Sistema Político pode realizar operações que nenhum outro sistema, entre eles o Judicial,

está habilitado a efetuar, em razão dos procedimentos democráticos que o caracterizam”.⁸

Apesar de enaltecer o princípio da separação de poderes, mitiga a sua aplicação tendo como justificativa a inércia do Poder Legislativo. Opina, então, que as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o poder legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.

Discordando veementemente da opinião do relator, o Ministro Eros Grau votou a favor da procedência das ações, vez que, para ele, as resoluções do TSE são multiplicitamente inconstitucionais, já que muitos de seus artigos violam dispositivos da Constituição. Em seu voto referiu tratar-se a questão de abuso de inconstitucionalidade, reafirmando sua preocupação manifestada durante o julgamento dos mandados de segurança supramencionados acerca da impossibilidade de um Tribunal legislar. Em suas palavras:

“O Tribunal Superior eleitoral não está autorizado, nem pela Constituição, nem por lei nenhuma, a inovar o ordenamento jurídico, obrigando quem quer que seja a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. [...] E nem poderia essa faculdade a ele [TSE] ter sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao menos ao que me consta, ainda não distribui competências normativas, em lugar da Constituição... Estamos aqui para assegurar a prevalência da Constituição, de modo que me causa espanto e medo o sentimento que de quando em quando não há de ser assim”.

Em que pesem os esforços de argumentação do Ministro Eros Grau, apenas

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 3.999/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Acórdão de 12 nov. 2008. DJ em 17 abr. 2009.

o Ministro Marco Aurélio acompanhou seu voto. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedentes as Ações Diretas e declarou a constitucionalidade das resoluções impugnadas, nos termos do voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa.

Analisando as demandas explanadas, percebe-se que dos julgamentos dos mandados de segurança resultou a criação de nova hipótese de perda de mandato não prevista na Constituição, apesar do Ministro Celso de Mello insistir na tese contrária. Ora, ao reconhecer que os partidos têm direito às vagas conquistadas mediante incidência do quociente partidário, indiretamente afirma-se que, se o parlamentar deixar o partido sem causa justificada, perderá o mandato. Ainda que essa hipótese não seja taxada de sanção à infidelidade partidária, é assim que ela se apresenta no âmbito de sua aplicação.

No que tange ao julgamento das ADIns, a tese de que o STF distribuiu competências normativas não é de todo infundada. Evidencia-se da leitura do artigo 121 da Carta Magna⁹ que as competências dos Tribunais Eleitorais serão estabelecidas mediante Lei Complementar, não sendo permitido ao Supremo repartir competências.

Além disso, ainda que em caráter excepcional e temporário, como explicitou o relator, o poder judiciário exerceu função legislativa, elaborando normas gerais e abstratas. Nesse embate entre separação de poderes e fidelidade partidária, esta saiu vitoriosa, deixando ofuscada a limitação aos poderes do Estado.

O uso de algemas

Regras rígidas para a permissão do uso de algemas foram estabelecidas pelo STF em decorrência do julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.952/SP.

O impetrante do remédio constitucional alegava que o paciente, quando submetido

⁹ Art. 121 - “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais” (BRASIL, 1988).

a júri popular e condenado à pena de 13 anos e 6 meses de reclusão por prática de homicídio triplamente qualificado, teria sido constrangido ilegalmente a utilizar algemas durante todo o julgamento, vez que não foram verificadas as condições de efetiva periculosidade do réu. Pugnando pela nulidade do veredicto popular, o impetrante afirmou ter havido desrespeito ao princípio da isonomia, com desequilíbrio na igualdade de armas, que há de ser assegurada à acusação e à defesa, além de ofensa à dignidade da pessoa humana.

Ao proferir seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, destacou a importância do princípio da não-culpabilidade, lembrando que se tratava de simples acusado (e não de criminoso convicto) que estava sob a custódia do Estado. Desnecessária seria, portanto, a utilização de instrumentos que dificultassem a mobilização do réu. O relator deixou claro que não ignorava que a pessoa submetida ao veredicto dos jurados estava sendo acusada de crime doloso contra a vida, porém isso não impediria que o suposto autor da conduta criminosa recebesse “o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito”¹⁰. Aduziu, ainda, que a manutenção de algemas no acusado durante a audiência, sem que este houvesse demonstrado em práticas anteriores a sua periculosidade, além de configurar uma situação degradante, significaria colocar a defesa em um patamar inferior, vez que o júri popular é composto por pessoas leigas que, não raro, associam o réu algemado a um criminoso de alta periculosidade.

Dessa forma, votou favoravelmente à concessão da ordem, opinando pela nulidade da decisão proferida pelo Tribunal do Júri e pela realização de novo julgamento, momento em que o acusado deveria permanecer sem algemas.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 91.952/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão de 7 ago. 2008. DJ em 18 dez. 2008.

O voto do relator foi seguido por todos os membros do Tribunal Supremo que enalteceram a decisão do Ministro Marco Aurélio. Merecem destaque, contudo, os votos dos Ministros Menezes Direito e Eros Grau.

Imediatamente após as considerações feitas pelo relator, Menezes Direito proferiu seu voto e fez questão de ressaltar que ali não estava sendo julgado o uso das algemas em tese, mas, sim, em um caso concreto, ou seja, durante a realização do júri e por determinação da juíza presidente do Tribunal do Júri. Contudo, deixou claro que:

“[...] não é inoportuno que se faça uma observação, ao meu sentir necessária, de que o uso de algemas é sempre em caráter excepcional. Não existe a normalidade do uso de algemas. É evidente que não se pode, desde logo, em tese, dizer que é vedado o uso das algemas. Sim, é permitido o uso das algemas, mas desde que ele configure realmente uma exceção em casos em que haja justificativa própria para que sejam utilizadas”.

O Ministro Eros Grau também se preocupa em evidenciar que o Supremo Tribunal Federal não estaria traçando uma norma geral sobre a matéria, mas, sim, afirmando o que a Corte entende a respeito dela.

Proferido o último voto pelo Presidente do Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, sacramentou-se a decisão da Corte Suprema em conceder a ordem e reconhecer a nulidade do veredicto popular. Entretanto, o Ministro Cezar Peluso indagou sobre a possibilidade de edição de súmula que sintetizasse o pensamento do Tribunal acerca da matéria. Justificou a necessidade da elaboração de tal instrumento no fato de não se saber se seria aprovado o projeto de lei elaborado pelo Senador Demóstenes Torres¹¹ que atenderia todas as exigências da decisão da Corte acerca da matéria.

¹¹ Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 185 de 2004 que proíbe o uso de algemas no ato da prisão de

O Ministro Marco Aurélio, então, prontificou-se a buscar os precedentes que possibilitariam a edição da súmula e a elaborar seu texto com base na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, enaltecendo a dignidade e integridade do preso, física e moral.

Nenhum dos membros do STF fez qualquer objeção à edição do verbete vinculante, sobretudo no tocante ao fato de a necessidade de sua elaboração partir da incerteza de aprovação de projeto de lei do Senado. Não se pronunciaram nem mesmo Menezes Direito e Eros Grau, que antes haviam feito questão de frisar que não se tratava de elaboração de norma geral sobre a matéria, mas apenas de análise de caso concreto.

O texto¹² da súmula vinculante nº 11 foi aprovado em 13/08/2008 com base em quatro precedentes, incluído o HC nº 91.952/SP, e atualmente vigora no ordenamento jurídico brasileiro.

Evidente que a decisão proferida pela Corte não se limitou ao caso concreto. A edição de súmula vinculante deu à decisão o *status* de norma cogente. Ademais, os precedentes que embasaram a edição da súmula são apenas quatro, datados de 1978, 1994, 2007 e 2009. Diante de tal fato, questiona-se a obediência ao estabelecido na Constituição quando autoriza a edição de súmulas vinculantes em face de reitera-

suspeito ou condenado que não oferecer resistência aos policiais e nos casos em que não haja risco de fuga do acusado ou de ameaça aos agentes públicos. Até o julgamento do mencionado HC, o projeto de lei não havia sido aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Atualmente, já aprovado pela CCJ, o projeto continua em tramitação no Senado e, até 28/06/2009, aguardava inclusão em ordem do dia.

¹² Súmula vinculante nº 11: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

das decisões. Qual o real sentido da expressão "reiteradas decisões"? Quatro casos ao longo de 30 anos podem ser considerados suficientes para consentir a elaboração de um verbete vinculante?

Vedação ao nepotismo nos três poderes

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mediante Resolução, disciplinou o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do poder judiciário. Alguns Tribunais aplicaram de imediato as disposições contidas na Resolução nº 7 do CNJ, como foi o caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; entretanto, outros declararam que não pretendiam aplicá-la, tal como anunciou o Tribunal de Justiça da Bahia. Inúmeros mandados de segurança foram impetrados pelo país afora, objetivando atacar a supra-mencionada Resolução, e liminares foram concedidas no Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais no sentido de afastar a sua aplicação.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, diante da controvérsia judicial, propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de providência cautelar, com o fito de que fosse declarada, em caráter definitivo, a constitucionalidade da Resolução nº 7 de 2005 do CNJ, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

Entre os argumentos contidos nos mandados de segurança que atacavam a Resolução do CNJ, encontrava-se o de que o Conselho Nacional de Justiça não gozava de competência para proibir, por meio de ato próprio, a prática de nepotismo. Somente lei formal, editada pelo poder legislativo, poderia tratar da matéria.

O Plenário do STF, ao analisar a demanda, entendeu que a polêmica Resolução não ofendia os preceitos constitucionais, declarando unanimemente a sua constitucionalidade. No tocante à necessidade de lei específica, a Corte sustentou que a

vedação ao nepotismo decorre do núcleo dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas, ambos expressos na Constituição Federal de 1988.

Em seguida, na mesma sessão de julgamento, o STF apreciou o Recurso Extraordinário nº 579.951/RN, em que se questionava a validade da nomeação de parentes de vereador e de vice-prefeito para cargos públicos. A Corte reconheceu que a Resolução do CNJ que acabara de ter sua constitucionalidade declarada estava restrita ao âmbito do poder judiciário. Contudo, a prática do nepotismo nos demais poderes também seria ilícita. Nos termos da Ementa: “A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática [...] proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal”.¹³

Dessa maneira, o STF estendeu a vedação do nepotismo aos poderes legislativo e executivo e, assim como na hipótese de restrição ao uso de algemas, editou súmula vinculante¹⁴ após proferir decisão, desta vez em Ação Declaratória de Constitucionalidade e Recurso Extraordinário.

O certo é que essa forma de proceder adotada pela Suprema Corte Brasileira, muito embora não se trate de norma propriamente dita, assume uma conotação quase-normativa, pois deu origem a uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa (BARROSO, 2009).

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 579.951/RN. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Acórdão de 20 ago. 2008. DJE em 11 set. 2008.

¹⁴ Súmula vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Inelegibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 144/DF¹⁵) que ensejou o debate na cúpula do poder judiciário foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e questionava a validade constitucional das interpretações do Tribunal Superior Eleitoral – TSE sobre a inelegibilidade fundada na vida pregressa dos candidatos. O TSE não demonstrou apoio à Justiça Eleitoral de diversos Estados brasileiros que negaram registro a candidatos condenados em processos criminais e administrativos, independentemente do trânsito em julgado das decisões.

Para o TSE, o trânsito em julgado da decisão proferida por juiz ou Tribunal seria indispensável para que fosse negado o registro ao candidato. A AMB, por sua vez, argumentou que a exigência do trânsito em julgado reduziria a eficácia do art. 14, § 9º, da Constituição, que estabelecia a observância da moralidade e da probidade por meio da análise da vida pregressa do candidato.

Ao proferir seu voto, o Ministro Celso de Mello, relator do caso, opinou pela improcedência da ação, argumentando que, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não é possível imprimir sanções ao réu, caso contrário os princípios da não-culpabilidade e da presunção de inocência estariam sendo gravemente violados. Não seria plausível suprimir direitos fundamentais em razão do princípio da moralidade. Além disso, outras hipóteses de inelegibilidade não previstas na Lei Maior são objeto de reserva de Lei Complementar. Dessa forma, a instituição de novos casos de inelegibilidade que não emanem do Poder Legislativo violaria a divisão funcional dos poderes.

Contraopondo-se aos argumentos do relator, o Ministro Carlos Ayres Britto opinou

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 144/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Acórdão de 6 ago. 2008. DJE em 8 ago. 2008.

pela procedência da ação e fundamentou sua decisão alegando que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, que a situação *sub judice* não se equipara à suspensão ou perda de direitos políticos e que tampouco se trata de causa de inelegibilidade, mas antes de elegibilidade. Para ser eleito, o candidato deve ter demonstrado o respeito à noção de moralidade e isso inclui a análise da vida pregressa do concorrente ao cargo público.

Por fim, o Ministro Joaquim Barbosa pronunciou-se pela procedência da ação argumentando que não há direitos fundamentais de caráter absoluto e que o exercício político por pessoas ímprobas repercute de forma negativa no próprio sistema representativo. Para ele, a permissão de registro a pessoas cuja vida pregressa coloca em dúvida a moralidade de seus atos se converteria em uma diminuição e deslegitimação da própria democracia.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencidos os Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Observa-se, neste caso, que o Supremo assume uma clara postura de reduzir sua interferência no campo de atuação do poder legislativo. O princípio da separação de poderes foi, nesta demanda concreta, o norteador da decisão proferida pelo Tribunal. Havendo reserva de matéria à Lei Complementar, uma atuação positiva do poder judiciário significaria que este estaria assumindo uma postura de órgão legislador.

Assim, a Corte se abstém de dar suporte à criação de hipótese de inelegibilidade emanada do poder judiciário. Interessante notar que se trata de questão que guarda intrínsecas semelhanças com o caso anteriormente citado e que deu origem à nova situação de perda de mandato decorrente de infidelidade partidária. Contudo, a decisão tomada pelo STF durante o julgamento das ADIns nº 3.999/DF e nº 4.086/DF assumiu

uma posição diametralmente oposta à decisão proferida nesta ADPF nº 144/DF.

Conclusão

Responsável pela guarda da Constituição Brasileira, o Supremo Tribunal Federal tem se deparado, assim como as demais instâncias do poder judiciário nacional, com a crescente demanda pela sua tutela. Essa intensificação da ação judicial justifica-se a partir do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados pelo Brasil após a redemocratização de 1988, trazendo à apreciação do judiciário, sobretudo, questões de largo alcance político.

A judicialização da política, fenômeno apreciado em escala mundial, encontra terreno fértil para a sua propagação no Brasil e, por isso mesmo, tem marcado presença nas arenas de decisões judiciais das Cortes brasileiras.

A grande polêmica acerca da judicialização da política reside no fato de que, tal como foi proposta a separação de poderes, as questões políticas são reservadas ao poder legislativo, quando da elaboração de leis, e ao poder executivo, quando da escolha das ações de governo. Ao judiciário não cabe decidir acerca de questões notadamente políticas.

Eis, então, o cenário que se apresenta ao Supremo Tribunal Federal: de um lado o princípio da separação de poderes na condição de cláusula pétrea da Constituição Brasileira, delimitando o campo de atuação dos poderes do Estado. De outro lado, o aumento progressivo da demanda pela proteção do judiciário diante da inefetividade das instâncias majoritárias, o dever constitucional de zelar pelos valores contidos na Carta Magna e a vedação do *non liquet*.

Diante dessa realidade, a Corte Constitucional pode atuar de duas maneiras distintas, isto é, pode decidir participar intensamente das escolhas políticas que, pela via da ação judicial, foram submetidas

ao seu crivo, realizando o que se entende por ativismo judicial; ou pode optar pela não interferência no campo de atuação dos demais poderes, impondo-lhe uma autocontenção e enaltecendo o princípio da separação de poderes.

Apesar de não utilizar a expressão “ativismo judicial”, Ernani Carvalho (2004) avalia a efetividade do fenômeno da judicialização da política no Brasil e pondera que, a despeito do aumento do número de processos judiciais, sobretudo das ADIns, não é possível vislumbrar uma intervenção efetiva do judiciário brasileiro. Para fundamentar sua conclusão, Carvalho faz uso de dados empíricos coletados por Werneck Vianna, que revelam que apenas 13,54% das ADIns impetradas entre 1988 e 1998 foram julgadas. Isso significa dizer que, para o autor, ao menos em sede de controle abstrato da constitucionalidade, o operador do direito ainda não demonstra empenho em participar da elaboração de políticas.

Observe-se, contudo, que o exame feito por Ernani Carvalho tem como base a quantidade de ADIns impetradas e julgadas ao longo dos dez primeiros anos de vigência da Constituição Brasileira. A análise é, portanto, quantitativa. O número de processos julgados pelo STF tem maior valia para investigar a “celeridade” com que se dá a solução de lides no Brasil do que para determinar a postura ativista ou autocontida com a qual o Supremo responde a essas demandas.

O ativismo judicial é um fenômeno passível de verificação empírica. E é exatamente por essa razão que este trabalho se propôs a avaliar a atuação da Corte Constitucional Brasileira diante de casos concretos, tendo por foco o aspecto qualitativo das decisões emanadas.

Os veredictos foram proferidos pelo STF durante a apreciação de três mandados de segurança, duas ADIns, um *habeas corpus*, uma ADC, um recurso extraordinário e uma ADFP, envolvendo temas como a fidelidade partidária, as restrições ao uso

de algemas, a vedação ao nepotismo no âmbito dos três poderes e a inelegibilidade de candidatos a cargos eletivos tendo por base sua vida pregressa.

O resultado das análises de referidos casos acabou indicando para a direção oposta àquela concluída por Carvalho quando se baseou em dados quantitativos. Nas situações que envolviam a fidelidade partidária, as restrições ao uso de algemas e a vedação ao nepotismo no âmbito dos três poderes, o Tribunal Supremo não se absteve de ingressar nas esferas de atuação reservadas aos poderes legislativo e executivo e proferiu decisões que, apesar de não ostentarem formalmente um caráter normativo, assumiram um *status* de norma cogente, usurpando funções legislativas pertencentes a outra esfera de poder que não a judicial.

Quanto às decisões acerca da fidelidade partidária, fica evidenciada uma postura claramente ativista do STF. Note-se que em lugar algum do texto constitucional foi prevista a perda de mandato do parlamentar em virtude de sua desvinculação ao partido pelo qual se elegeu. As hipóteses de perda de mandato são taxativas na Constituição e qualquer nova possibilidade de perda de mandato emanada do judiciário se configura como atividade legiferante realizada pelo Tribunal por via oblíqua. A “nova modalidade” de perda de mandato parlamentar constitui manifesta aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto.

O mesmo pode ser dito da vedação ao nepotismo no âmbito dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Não há previsão legal, constitucional ou infraconstitucional que condene o favoritismo para com os parentes daqueles que detêm o poder público. Ainda assim, a decisão foi proferida e, para a garantia de sua aplicação, editou-se súmula vinculante que cristalizava o entendimento daquela Corte.

No que tange às restrições impostas ao uso de algemas por agentes e autoridades

públicas, a opção por posterior elaboração de súmula vinculante deixou claro o objetivo dos Ministros de suprir lacuna legislativa. A incerteza da aprovação de projeto de lei que regulava a matéria foi expressamente mencionada durante os debates dos membros da Corte e serviu de suporte para a demonstração da necessidade da produção do verbete vinculante.

Não restam dúvidas que no deslinde das causas que envolviam as matérias supramencionadas o STF adotou uma postura ativista, relegando o princípio da separação de poderes a um segundo plano.

Entretanto, não se pode dizer que o ativismo praticado pelo STF é constante e declarado. Como ficou demonstrado, quando discutido o tema da inelegibilidade de candidato a cargo público tendo por base a sua vida pregressa, o posicionamento do Tribunal se apresentou de forma conservadora.

Ao afirmar que a instituição de novos casos de inelegibilidade que não emane do poder legislativo viola a divisão funcional dos poderes, vez que, nesse caso, há reserva de Lei Complementar, o Supremo restringiu o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, exercendo assim uma autocontenção judicial. Invertem-se os pesos da balança, desta vez para elevar o princípio da separação de poderes a um patamar de destaque.

É claro que um universo de nove demandas acerca de quatro temas distintos não é suficiente para dar um diagnóstico preciso da atuação do STF acerca de questões políticas, nem se presta para afirmar que a Corte Constitucional Brasileira assume uma postura muito mais ativista que conservadora. Porém, a análise dos casos serve para constatar a presença do ativismo judicial no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal, ainda que essa atuação se apresente de forma tímida.

A partir das análises aqui efetuadas, demonstrou-se que o ativismo judicial não é estranho à realidade brasileira e que o

Supremo, embora não se declare um órgão ativista, tem, em alguns casos, adotado essa postura.

Dessa forma, não se pode negar que o ativismo judicial no Brasil é uma realidade e, se nos primeiros anos do Estado brasileiro sob a égide da Constituição Cidadã esse ativismo se apresentou de maneira tímida, sua tendência é, cada vez mais, tomar vultos maiores, pois, como já explicitado, o ambiente criado pela Constituição de 1988 é bastante favorável à expansão do processo de judicialização da política e do consequente ativismo judicial.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). 11 ed. São Paulo: Rideel, 2005. (Série Compacta – Códigos).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 3.999/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Acórdão de 12 nov. 2008. DJ em 17 abr. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 144/DF. Rel. Min. Celso de Melo. Acórdão de 6 ago. 2008. DJE de 8 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 91.952/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão de 07 ago. 2008. DJ em 18 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.602/DF. Rel. Min. Eros Grau. Acórdão de 27 mar. 2007. DJ de 8 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.603/DF. Rel. Min. Celso de Melo. Acórdão de 4 out. 2007. DJ de 19 dez. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 579.951/RN. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Acórdão de 20 ago. 2008. DJE de 11 set. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. CTA nº 1398/DF. Rel. Min. Francisco César Asfor Rocha. Acórdão de 27 mar. 2007. DJ de 8 maio 2007.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para

uma nova abordagem". *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, nov. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 abr. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.