



JUDICIALIZAÇÃO DA “MEGA POLÍTICA”: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DO ALCANCE NORMATIVO DA CONSULTA ELEITORAL DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

JUDICIALIZATION OF “MEGA-POLITICS”: A CASE STUDY ON NORMATIVE SCOPE OF ELECTORAL CONSULTATION IN THE TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

¹Jairo Néia Lima

²Rubens Beçak

Resumo

Nos últimos anos, as cortes judiciais vêm exercitando um importante papel em torno das principais discussões políticas das democracias constitucionais. O processo eleitoral é um desses debates em que as cortes são atores protagonistas, o que significa uma potencial tensão entre a soberania popular e o constitucionalismo. Este artigo mostra esse fenômeno no Brasil por meio da análise do alcance normativo da consulta eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. Com base em uma metodologia de estudo de caso, demonstra-se como a judicialização da “mega política” exige o fortalecimento democrático das instituições judiciais.

Palavras-chave: Separação de poderes; Fidelidade partidária; Democracia; Processo eleitoral; Resolução

Abstract

In the past few years judicial courts have been exercising an important role on the main political discussions in constitutional democracies. The electoral process is one of these debates where courts are protagonist actors, which leads to a potential tension between popular sovereignty and constitutionalism. Our paper shows this phenomenon in Brazil by analyzing the normative scope of electoral consultation in the Tribunal Superior Eleitoral. Based on a case study method, it argues how judicialization of “mega politics” requires democratic strengthening to judicial institutions.

Keywords: Separation of powers; Party loyalty; Democracy; Electoral process; Resolution.

¹ Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, USP – SP, (Brasil). E-mail: jaironlima@yahoo.com.br

² Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-Docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo, USP – SP, (Brasil). Professor Associado da Universidade de São Paulo, USP – SP, (Brasil). E-mail: rubens.becak@gmail.com





INTRODUÇÃO

A Justiça Eleitoral brasileira foi criada por meio do Código Eleitoral de 1932, também conhecido como Código Assis Brasil. Sua constitucionalização, todavia, se deu apenas com a Constituição de 1934, a qual incluiu a Justiça Eleitoral como um órgão do Poder Judiciário.

A justificativa para a importância desse órgão encontra-se na sua ligação direta com a democracia. Pode-se dizer que o processo eleitoral, o qual é coordenado pela Justiça Eleitoral, corresponde à garantia de proteção do sistema democrático, pois a justa aplicação das regras eleitorais tem por missão a preservação da expressão da soberania popular com o mínimo de interferência possível na vontade do eleitor.

A Justiça Eleitoral no Brasil apresenta algumas peculiaridades em relação aos demais ramos do Poder Judiciário. Os seus membros não compõem uma carreira jurídica própria, ou seja, os juízes eleitorais são cedidos pelos demais órgãos judiciários. Em razão disso, exercem suas funções de forma transitória, há uma periodicidade na atuação da competência eleitoral por parte dos juízes. A justificativa para que não seja formado um quadro próprio de juízes eleitorais encontra-se na oxigenação e no impedimento à politização que os membros temporários propiciam à Justiça Eleitoral. Além dessa característica, é possível verificar que os prazos do Direito Eleitoral são mais exíguos em comparação com os demais ramos de aplicação do Direito, isso porque é preciso dar o mais alto grau de certeza aos eleitores no momento da eleição, as indefinições sobre candidaturas e impugnações contribuem para prejudicar a legitimidade do resultado eleitoral.

As funções exercidas pela Justiça Eleitoral no país também indicam sua nota distintiva em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, quais sejam: judicante, administrativa, normativa e consultiva. A função judicante está representada na resolução de conflitos eleitorais mediante ações e recursos específicos para tanto, tais como: ação de impugnação de registro de candidato, ação de impugnação de mandado eletivo, recurso contra expedição de diploma, entre outras. Na esfera administrativa, a Justiça Eleitoral é responsável



por colocar em práticas as eleições em um país continental, organizar o cadastro eleitoral nacional, requisitar os locais de votação, programar e instalar as urnas eletrônicas, treinar mesários, promover a apuração e divulgação dos resultados, etc. Já a função normativa da Justiça Eleitoral corresponde à expedição de regulamentos autônomos e independentes com força de lei caracterizados pela abstratividade, impessoalidade e generalidade com o propósito de dar cumprimento à legislação eleitoral. Por fim, a função consultiva consubstancia-se na possibilidade de esclarecimento a respeito das normas eleitorais.

O desempenho dessas funções está contextualmente localizado em um ambiente em que os órgãos judiciais passaram a protagonizar as decisões em torno das questões mais fundamentais de uma sociedade política, dentre elas, o processo eleitoral. Indicando, dessa maneira, uma potencial tensão entre o a soberania popular e a separação dos poderes.

A partir disso, o presente trabalho busca investigar a problemática em torno da extensão da normatividade das consultas emitidas pela Justiça Eleitoral sob a óptica do referencial teórico da judicialização da “mega política” de Ran Hirschl. Para se alcançar esse objetivo, adota-se como método de pesquisa o estudo de caso em torno da consulta eleitoral nº 1.398. A vantagem dessa abordagem está em proporcionar uma investigação empírica sobre o fenômeno da judicialização em seu contexto real de existência. Por fim, utiliza-se como técnica de coleta de dados a pesquisa bibliográfica a fim de demonstrar os contornos legais da consulta eleitoral delineados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

1 - JUDICIALIZAÇÃO DA “MEGA POLÍTICA”

A difusão de Cortes Constitucionais a partir da segunda metade do século XX propiciou uma significativa mudança nas instituições responsáveis pela deliberação política. Dentre as principais características que descrevem o papel das cortes nesse cenário, pode-se citar: a imposição de limites jurídicos substantivos à autoridade legislativa; a produção de políticas públicas e, por fim, a tendência dos juízes de regular a conduta de grupos de interesses, partidos políticos e autoridades eleitas (FOREJOHN, 2002, p. 41). Além dessa expansão do poder judicial restrito às ordens nacionais internas, soma-se a criação de instituições judiciais supranacionais como é o caso da Corte Europeia de Direito Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Veja-se, ainda, o caso do constitucionalismo



inglês em que há uma forte ligação com a ideia de supremacia parlamentar, mas que sofreu significativa mudança principalmente a partir da adoção do *Human Rights Act* (HRA) em 1998, o qual incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos e concedeu às cortes internas o poder de revisar a legislação em desconformidade com a Convenção. O reconhecimento, portanto, dessa expansão judicial corresponde ao fenômeno da judicialização da política,³ a qual envolve tanto condições institucionais como comportamentais.

No Brasil, a judicialização se delimitou a partir do arranjo institucional previsto na Constituição Federal de 1988, unido pelo processo de reforço da magistratura e do controle de constitucionalidade ao fortalecimento de outras instituições como Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública. No tocante aos fatores comportamentais, “verifica-se que a expectativa quanto às decisões da jurisdição constitucional foi incorporada à prática dos diversos setores – especialmente grupos de interesse e partidos minoritários (LIMA, 2014, p. 223). Em razão disso, Luiz Werneck Vianna reconhece:

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico “*sociedade civil-partidos-representação-formação da vontade majoritária*”, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas -, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o *tempo passado*, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo (2015, p. 101, destaques do autor).

Dentre os diversos argumentos que ajudam na explicação da atuação protagonista do Poder Judiciário, não se pode deixar de considerar o fato de que a relação entre os Poderes sofreu significativa mudança no tempo. No Brasil, nota-se a emergente legiferação pelo Poder Executivo e o declínio da atividade legiferante pelo Poder Legislativo, assumindo, em razão disso, predominantemente um papel fiscalizatório (BEÇAK, 2008, p. 330). Pode-se afirmar que tal recente atuação não é capaz de mostrar sua aderência à concepção tradicional de

³ Registre-se nesse ponto a diferenciação trazida por Luís Roberto Barroso entre judicialização e ativismo: “A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (2012, p. 10).



separação de poderes, caracterizada principalmente pelo prisma estático que os intérpretes de Montesquieu sugeriram. No entanto, encarar o espaço jurisdicional como indiferente à política no sentido amplo configura um normativismo que naturaliza a gramática institucional e a coloca como “ideal” a ser perseguido. “A cristalização da visão de que os poderes são três e de que cada um deles tem a função de controlar o outro é apenas uma das possibilidades institucionais que mesmo a ideia original de freios e contrapesos de Montesquieu permite pensar” (RODRIGUEZ, 2013, p. 185). O fenômeno da legiferação executiva, da fiscalização parlamentar e da judicialização da política servem justamente como descrição da complexa dinâmica dos poderes na contemporaneidade. Isso não significa, todavia, abandonar as pretensões corretivas do seu potencial exercício arbitrário seja qual for o desenho institucional adotado.

Ocorre que nos últimos anos o fenômeno da judicialização da política alcançou novas áreas que até então não se encontravam sujeitas à apreciação pelas cortes judiciais. Dentre as principais controvérsias que chegaram ao Judiciário, Ran Hirschl aponta a análise judicial das prerrogativas do Executivo no que diz respeito ao planejamento macroeconômico e segurança nacional. Nesse ponto, o autor cita o caso *Belmarsh*, no qual a Casa dos Lordes britânica declarou inconstitucional a legislação pós 11 de setembro que estabelecia o estado de emergência. No tocante às políticas econômicas e sociais, Hirschl elenca as cortes constitucionais do Brasil, África do Sul e Índia como exemplos de exercício de um papel ativo nas questões de distribuição de direitos sociais, como saúde e moradia (2008, p. 09-10).

A segunda espécie de controvérsias que as cortes passaram a analisar diz respeito às mudanças de regimes políticos com a conseqüente confirmação judicial, como é o caso da Corte Constitucional da Coreia do Sul que, no ano de 2004, concedeu o direito ao presidente Roh Moo-Hyun de retornar ao cargo após ter sofrido processo de *impeachment* pela Assembleia Nacional (HIRSCHL, 2008, p. 11). No Brasil, o *impeachment* de Dilma Rouseff se destacou, dentre outros fatores, pela constante judicialização das deliberações do Congresso Nacional sobre o tema. A título exemplificativo, cita-se a ADPF nº 378 que analisou a legitimidade constitucional do rito previsto na Lei nº 1.079/1950 e o Mandado de Segurança nº 34371, no qual o ministro Teori Zavascki negou a liminar que pedia a suspensão do ato do Senado que condenou Dilma Rouseff.



A terceira área de expansão da judicialização verificada por Ran Hirschl corresponde às questões ligadas à justiça de transição. Nesse ponto, é possível encontrar o estabelecimento de várias comissões da verdade, com funções quase-judiciais para a averiguação de crimes cometidos em regimes de exceção. No que diz respeito às cortes judiciais, a Suprema Corte da Argentina é um exemplo do fenômeno encontrado pelo autor em razão da declaração de inconstitucionalidade da sua lei de anistia no caso Simón de 2005 (2008, p. 12-13).

Em quarto lugar, nota-se o papel desempenhado pelas cortes nos processos de construção de identidades nacionais, como é o caso decidido pela Suprema Corte do Canadá em torno da inconstitucionalidade da secessão de Quebec em 1995 e da Suprema Corte de Israel, a qual por diversas vezes fora chamada para se pronunciar sobre a complexa identidade nacional envolvendo judeus e não-judeus (HIRSCHL, 2008, p. 13-20). Por fim, interessa expor a última área da judicialização da “mega política”, qual seja, aquela que se dá por meio da interferência judicial no processo eleitoral. Em relação ao tema, Ran Hirschl exemplifica os casos norte-americanos de decisões judiciais sobre financiamento de campanha, redesenho dos distritos eleitorais (*gerrymandering*) e a decisão do caso *Bush v. Gore*. Diversos outros países também tiveram suas eleições nacionais decididas em disputas judiciais, como Taiwan 2004, Porto Rico 2004, Ucrânia 2005, Congo 2006, Itália 2006, México 2006 e Nigéria 2007 (HIRSCHL, 2008, p. 07).

Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel protagonista em tornos das regras eleitorais. A maneira pela qual o financiamento de campanhas eleitorais se dava no Brasil sofreu uma grande mudança a partir do julgamento da ADI 4650 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no ano de 2011. Tal ação pretendia, principalmente, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Eleições que autorizava e regulamentava a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais. Segundo os argumentos do autor da ação, as pessoas jurídicas são entidades ficcionais criadas pelo direito e não cidadãos com legítima possibilidade de participação no processo eleitoral. Além disso, haveria violação à igualdade prevista constitucionalmente, uma vez que o poder econômico desfavorece os menos abastados e ajuda os mais ricos a financiarem suas próprias campanhas. Alegaram que há violação ainda ao princípio democrático na perspectiva da igualdade política e ao princípio republicano, já que o



financiamento privado das campanhas no país tende a capturar o poder político para a execução dos interesses dos próprios investidores.

O plenário do Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do caso em 16 de setembro de 2015, reconhecendo, por maioria de 8 votos a 3, a procedência em parte da ação para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Dentre os argumentos em disputa, o Ministro Roberto Barroso destacou que a proeminência do dinheiro no processo eleitoral pode afastar a classe política da sociedade civil e que há violação ao princípio democrático, já que o poder aquisitivo e de financiamento desiguala candidatos em função de elemento discriminatório, não autorizado pela Constituição. Por outro lado, o Ministro Teori Zavascki expôs que o dinheiro pode fazer mal à democracia, mas que, na devida medida, é indispensável ao exercício do regime democrático e a abusiva interferência do poder econômico na política não está no marco normativo, mas no seu sistemático descumprimento, votou, portanto, pela improcedência da ação.

Além do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral também tem se destacado pela sua participação atuante na deliberação das principais alterações das regras eleitorais no país, como: fidelidade partidária, verticalização das coligações, cláusula de barreira e validade de registro de partido político. Tais episódios “exigem reflexão se não estaríamos às portas de um deslocar da atividade política para órgãos não escolhidos pelo critério democrático tradicional (BEČAK, 2008, p. 334). Nesse sentido, a presente investigação se direciona para a análise da forma pela qual a judicialização da “mega política” se deu no Brasil a partir do estudo de caso da consulta eleitoral sobre a fidelidade partidária.

2 - CONSULTAS ELEITORAIS

O fundamento legal para o exercício da atividade normativa da Justiça Eleitoral encontra-se no art. 1º, parágrafo único, do Código Eleitoral, que estipula caber ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a expedição de instruções para fiel execução daquela lei. Além disso, a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) estabelece a possibilidade de que o TSE expeça instruções até o dia 05 de março do ano da eleição. Por fim, a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) também confere a mesma competência ao TSE. Deve-se mencionar que,



apesar do seu poder normativo, essa função não tem autorização para ser exercida no sentido de inovação em matéria legislativa, ou ainda, restringindo direitos sem previsão legal.

Deve-se admitir que o poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral só pode ser realizado dentro do programa normativo das leis (*secundum legem*), ou para suprir eventual omissão ou insuficiência das mesmas (*praeter legem*). Ao expedir resoluções e instruções para confirmar a realização das eleições fora dos limites legais, estará o Tribunal Superior Eleitoral se contrapondo ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, da CF), apanágio indelével ao Estado Democrático de Direito (VELLOSO; AGRA, 2012, p. 37).

Registre-se que comumente o poder normativo da Justiça Eleitoral se expressa por meio de resoluções normativas, as quais devem se limitar à execução do quadro legislativo eleitoral e não criar direitos e obrigações não expressos em lei. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's n.ºs. 5028, 4965 e 5020, em 01/07/2014, reconheceu a invasão de competência legislativa da Resolução n.º 23.389/2013 do Tribunal Superior Eleitoral, a qual redefiniu o número de vagas para deputado federal por Unidade da Federação bem como as cadeiras a serem disputadas nas Assembleias Legislativa e Câmara Distrital para as eleições de 2014. A tese vencedora entendeu que a resolução do TSE exorbitou dos quadros de sua função normativa e alcançou esfera de competência própria do Congresso Nacional, ao qual compete a definição do número de deputados, conforme art. 45, § 1º da Constituição Federal. Destacam-se os trechos da ementa da ADI 5028 em que há a definição dos limites das resoluções eleitorais:

1. Segundo a jurisprudência desta Suprema Corte, viável o controle abstrato da constitucionalidade de ato do Tribunal Superior Eleitoral de conteúdo jurídico-normativo essencialmente primário. A Resolução n.º 23.389/2013 do TSE, ao inaugurar conteúdo normativo primário com abstração, generalidade e autonomia não veiculado na Lei Complementar n.º 78/1993 nem passível de ser dela deduzido, em afronta ao texto constitucional a que remete – o art. 45, caput e § 1º, da Constituição Federal –, expõe-se ao controle de constitucionalidade concentrado. Precedentes. 2. Embora apto a produzir atos abstratos com força de lei, o poder de editar normas do Tribunal Superior Eleitoral, no âmbito administrativo, tem os seus limites materiais condicionados aos parâmetros do legislador complementar, no caso a Lei Complementar n.º 78/1993 e, de modo mais amplo, o Código Eleitoral, recepcionado como lei complementar. Poder normativo não é poder legislativo (grifo nosso).



Verifica-se, portanto, que as resoluções eleitorais possuem normatividade, generalidade e abstração suficientes para se tornarem objeto do controle de constitucionalidade abstrato. Tal característica, por outro lado, enseja a sua atuação limitada à legislação, ou seja, não compete à resolução eleitoral inaugurar o quadro normativo nacional com novos direitos e obrigações, pois essa função é atribuída exclusivamente ao Poder Legislativo, nos moldes da tripartição de poderes acolhida pela Constituição Federal de 1988. Para Eneida Salgado (2005, p. 305), “as resoluções eleitorais devem se restringir a esclarecer datas, competências e procedimentos para a eleição específica que será disputada, facilitando a compreensão da legislação eleitoral”.

As resoluções eleitorais, como já afirmado, conectam-se diretamente com a função normativa da Justiça Eleitoral. No entanto, não se restringem a ela, pois o Regimento Interno do TSE previa, em seu art. 25, § 3º, que os feitos tramitados no Tribunal Superior Eleitoral ligados a questões contenciosas-administrativas e as de caráter normativo, receberiam a categoria de resolução (ALMEIDA NETO, 2014, p. 157). Isso significa dizer que até mesmo os atos que não possuíam nenhuma natureza normativa seriam denominados de resolução, dificultando a identificação das consultas, por exemplo.

No que diz respeito a essas últimas, o Código Eleitoral nacional (Lei nº 4.737/1965) determina que dentre as diversas competências exercidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, encontra-se a autoridade para responder às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político sobre matéria eleitoral (art. 23, XII da Lei).⁴ O primeiro dos requisitos para a formulação dessa consulta encontra-se na necessidade de que ela se dê “em tese”, ou seja, não pode se referir a um caso específico ou pessoa determinada. Além disso, em razão da especialidade do Tribunal, o esclarecimento limita-se a questões de aplicação da legislação eleitoral. Por fim, os únicos legitimados para a proposição da consulta são autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político. Nota-se, portanto, que há um eminente caráter pedagógico de esclarecimento nessa competência da Justiça Eleitoral (RIBEIRO, 2000, p. 180).

Historicamente, é possível encontrar referência à 1ª consulta realizada no Brasil ainda antes da Declaração de Independência. Manoel Ferreira (2005, p. 67-68) indica a

⁴ Essa mesma competência é atribuída aos Tribunais Regionais conforme dispõe o art. 30, VIII do Código Eleitoral: “Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais: (...) VIII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político”.



consulta feita pela Câmara de Olinda em Pernambuco ao Príncipe Regente a respeito da necessidade de novas eleições de eleitores para a escolha dos procuradores das províncias, levando-se em conta a dúvida concernente à possibilidade de utilização dos eleitores das eleições gerais para deputados às Cortes de Lisboa. Em resposta,

O príncipe regente deixava ao arbítrio das províncias a realização, ou não, de novas eleições para a escolha dos eleitores de paróquia (3º grau), que iriam eleger os procuradores. No caso de não serem realizadas novas eleições, continuavam os eleitores de paróquia escolhidos na primeira eleição geral (deputados às Cortes de Lisboa) investidos das suas funções, isto é, seriam considerados um corpo eleitoral, ou mais propriamente, um colégio permanente, ao menos durante aquela circunstância agitada da vida política brasileira (FERREIRA, 2005, p. 68).

A título exemplificativo, também é possível citar a Resolução nº 215 de 02/10/1945, a qual respondeu consulta formulada por partido político com o objetivo de esclarecer a extensão de poderes que seriam destinados a futuros parlamentos. Manoel Carlos de Almeida Neto (2014, p. 133-134) narra o fato de que Getúlio Vargas sancionou a LC nº 9 fixando data para a realização de eleições para a instalação da Assembleia Nacional Constituinte de 1946. Diante de um cenário de incertezas políticas, houve a provocação do Tribunal Superior Eleitoral para elucidar quais seriam os reais poderes dos deputados eleitos.

O então Ministro José Linhares respondeu a consulta afirmando que o Parlamento a ser eleito teria poderes constituintes. No entanto, com a renúncia de Getúlio Vargas em outubro de 1945, o próprio José Linhares assume a Presidência da República e edita a Lei Constitucional nº 13 de 12/11/1945 ratificando o poder constituinte originário dos novos eleitos reconhecido anteriormente por ele na resposta à consulta eleitoral. Esse caso indica a emergência de um poder constituinte originário a partir de uma consulta à Justiça Eleitoral, ou seja, o esclarecimento requerido pelos partidos políticos, ao interpretar o alcance de uma lei, concedeu a autorização para a instauração de um novo poder constituinte.

A despeito desses exemplos históricos, o recorte metodológico da presente pesquisa envolve o reconhecimento da recente judicialização de questões cruciais para a constituição das sociedades democráticas. A judicialização da “mega política” por meio da influência judicial sobre o processo eleitoral revela uma forte tensão entre os parâmetros constitucionais e a soberania popular. A partir desse contexto, apresenta-se um estudo de caso em torno da decisão a respeito da fidelidade partidário no país, com enfoque nos limites normativos da consulta eleitoral.



A mais recente discussão em torno da fidelidade partidária no sistema eleitoral brasileiro se iniciou por meio da consulta eleitoral perante o TSE de nº 1.398/DF,⁵ formulada pelo Partido da Frente Liberal em 2007 para saber se partidos e coligações teriam o direito de preservação da vaga quando o candidato eleito cancelasse sua filiação ou se transferisse para outro partido, ou seja, quando o filiado fosse infiel. Ao identificar esse fenômeno, Mônica Caggiano afirma:

Estes [os parlamentares] vão caminhando de partido em partido, uma verdadeira peregrinação entre as diversas agremiações, movimento que tem por símbolo João Caldas ao trocar 8 vezes de partido. Esse fluxo interpartidário de parlamentares não se apresenta como privilégio do atual ciclo democrático. Ao invés, assume contornos crônicos, já assinalados. É quase que da natureza da política-partidária praticada entre nós e que gira, predominantemente, ao redor da figura do candidato e não da agremiação política que lhe sustenta a candidatura (2008, p. 232).

No Brasil, a redemocratização reforçou os espaços dos partidos políticos e abriu caminho para que eles ocupassem o papel de atores políticos importantes na disputa pelo poder. Todavia, também não estiveram imunes às diversas formas de perda das qualidades originais.⁶ Nesse sentido, vale destacar a pesquisa de Pedro Rubez Jehá (2009) a qual apresenta diversas patologias do sistema de partidos no país, dentre elas, destacam-se: *a homogeneização ou amorfismo dos partidos; a multiplicação dos partidos; oligarquização das decisões partidárias; a cooptação de partidos e as alianças com o governo; a infidelidade e indisciplina partidárias*; entre outros. Tais fatos impõem a necessidade de se colocar em pauta nas análises científicas o tema dos partidos políticos, pois são figuras com papel destacado nas democracias representativas e, no Brasil, por serem os mecanismos

⁵ A Resolução nº 21.002/2002 do TSE que ensejou a discussão a respeito da verticalização das coligações (ADI's 2.626 e 2.628) também é proveniente de uma consulta eleitoral (Consulta 715/DF).

⁶ Convém indicar, nesse ponto, que a crise partidária verificada no Brasil não está distante da mesma situação ocorrida nos demais países do globo. As taxas de identificação partidária brasileira, ou seja, a preferência por algum partido, estão dentro de uma média mundial. “Em relação às novas democracias, advindas da terceira onda de democratização, o Brasil se sobressai em relação a países da América do Sul, como por exemplo, Chile e Peru, e a nações da Europa Oriental, como Eslovênia, Lituânia, Bulgária e Polônia. O Brasil encontra-se ainda em um patamar muito próximo ao do México e Portugal. Observamos também que em relação à Ásia, o Brasil está em melhores condições do que Tailândia e Taiwan. Em relação às democracias consolidadas, o Brasil se posiciona em níveis próximos aos encontrados na Grã-Bretanha, Dinamarca, Noruega, Suécia, Finlândia e Irlanda, e ainda possui nível superior ao Japão, Coreia, Alemanha, Suíça, Bélgica e Holanda. Aparecem com níveis um pouco superiores, mas dentro de uma margem estreita, Islândia e Hungria. Mesma a França e os EUA, não apresentam níveis muito maiores que os do Brasil” (BRAGA; PIMENTEL, 2011, p. 274-275).



exclusivos de apresentação das candidaturas, influenciam diretamente o exercício do direito de sufrágio.

Pode-se notar que no período eleitoral os partidos políticos ocupam determinada importância por serem os veículos exclusivos de condução das candidaturas e também pelo seu papel de “amortecedor das tensões pré-eleitorais” (CAGGIANO, 2008, p. 225). Além disso, oferecem um amplo espectro de vantagens indispensáveis para o sucesso nas urnas, como o fundo partidário, o espaço em TV e rádio e o quociente eleitoral, especialmente. Mas não somente isso, pois se constitui em um “instrumento que transmite, ao menos em nível teórico, segurança à população de que o candidato cumprirá as diretrizes programáticas do partido” (VELLOSO, AGRA, 2012, p. 122). Todavia, após a proclamação do resultado das eleições, sua participação política é desvalorizada em razão, principalmente, do movimento de turismo interpartidário para a composição das bases governistas e de oposição. Ou seja, a utilização do partido originário apenas como impulsionador eleitoral faz com que haja um desrespeito à vontade do eleitor, já que os votos são dirigidos à legenda.

Diante de um cenário em que a troca de partidos era prática rotineira,⁷ o Tribunal Superior Eleitoral, ao responder a consulta em discussão, se manifestou favoravelmente ao direito dos partidos de exigirem a vaga dos seus filiados infiéis. Tal ato exteriorizou-se por meio da Resolução 22.526, deliberada em 27/03/2007. Após o resultado da consulta, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da impetração de mandados de segurança requerendo a vaga de parlamentares que haviam mudado de legenda, mas que o Presidente da Câmara dos Deputados à época havia negado o pedido.

Coube então ao STF a interpretação a respeito da fidelidade partidária no âmbito da Constituição de 1988. Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra (2012, p. 128) afirmam que a Constituição de 1967, com redação dada pelo EC 01/1969, permitia a perda do mandato de parlamentar que descumprisse as diretivas partidária ou que abandonasse a agremiação. Tal procedimento exigia manifestação da Justiça Eleitoral e observância do contraditório e ampla defesa. Todavia, tal fidelidade não foi acolhida pela Emenda Constitucional nº 25, de 15/05/1985.

Ao decidir os mandados de segurança nºs. 26.602, 26.603, 26.604 e 26.890, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento anterior para confirmar a

⁷ Em 18 de fevereiro de 2016 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 91 que criou a “janela partidária”, ou seja, a possibilidade de troca de partidos nos 30 dias seguintes à promulgação do texto.



constitucionalidade do conteúdo da Resolução do TSE. Além disso, fixou como marco temporal para o início da obrigação de fidelidade partidária o dia da expedição da resposta à consulta. Segundo a ementa do MS 26.602/DF: “O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007”.

O advento da concessão do mandato representativo ao partido político reflete um fortalecimento das agremiações com o objetivo de se proporcionar ao cidadão-eleitor maior respeito à decisão depositada nas urnas e, por consequência, tentar resgatar os laços que legitimam a representação. Enquanto se mantiver candidaturas exclusivamente partidárias, a fidelidade se mostra importante, pois objetiva estabelecer uma aderência programática a guiar as futuras decisões políticas do representante.

Diante dessa significativa alteração jurisprudencial gerada a partir de uma resposta à consulta eleitoral, Manoel Carlos de Almeida Neto levanta o seguinte problema: “ao estabelecer o dia 27/03/2007 como data de início para a nova regra de fidelidade partidária, o STF conferiu à consulta administrativa do TSE, de 27/03/2007, uma força maior do que o pronunciamento do STF na sessão de 04/10/2007, que mudou a jurisprudência da Suprema Corte” (2014, p. 140). Nesse ponto, a judicialização da “mega política” eleitoral não se limitou à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, mas retroagiu temporalmente para conceder efeitos jurídicos à questão consultiva iniciada no Tribunal Superior Eleitoral.

Diante desse fato, o Tribunal Superior Eleitoral alterou seu regimento interno em 10/08/2010 para limitar a utilização do termo resolução apenas aos atos decorrentes do seu poder normativo, nesses termos: “§ 3º Os feitos serão numerados, e as decisões serão lavradas sob o título de acórdão, *reservando-se o termo resolução àquelas decisões decorrentes do poder regulamentar do Tribunal* e nas hipóteses em que o Plenário assim o determinar, por proposta do Relator” (grifo nosso). Tal alteração buscou tornar clara a diferenciação entre as funções normativas e consultivas da Justiça Eleitoral, trazendo maior racionalização para que ambas não sejam tratadas sob o mesmo rótulo.

A periodicidade e a dinamicidade das eleições, aliadas ao fato da dificuldade de os legisladores acompanharem esse movimento contínuo, justificam a utilização das consultas



eleitorais, principalmente diante do fato de que as instruções normativas expedidas em cada eleição podem deixar dúvidas a respeito do seu âmbito de aplicação.⁸

Ocorre, no entanto, que as consultas eleitorais, por se tratarem de mecanismo essencialmente opinativo, oferecem muito pouco aos seus peticionantes. Não há qualquer garantia de que o consulente ao agir de acordo com a resposta dada a uma consulta pelo TSE estará cumprindo a legislação eleitoral, pois se a questão que deu ensejo à consulta é judicializada, a manifestação anterior do Tribunal não gera qualquer vinculação para a decisão do caso concreto.⁹ Sendo possível, portanto, que mesmo tendo seguido a orientação da consulta, a Corte entenda que o consulente não agiu de acordo com a legislação eleitoral. As chances de que essa situação ocorra aumentam em razão da transitoriedade dos membros do Tribunal Superior Eleitoral. Ademais, a consulta eleitoral não é expressão do poder normativo da Justiça Eleitoral, por essa razão, esses atos não estão sujeitos ao controle de constitucionalidade abstrato, pois desvestidos de normatividade.

Todavia, o estudo de caso acima apresentado indica que o Supremo Tribunal Federal atingiu o outro extremo dos limites normativos da consulta eleitoral, pois estabeleceu a data do referido documento como marco temporal para a alteração de jurisprudência daquela Corte no tocante à fidelidade partidária. Tal retroação configurou uma judicialização da “mega política” que não se limitou à função normativa da Justiça Eleitoral.

CONCLUSÃO

A consulta eleitoral objeto do presente estudo de caso foi exteriorizada por meio de uma resolução do Tribunal Superior Eleitoral. Conforme já exposto, as resoluções que decorrem do poder normativo da Justiça Eleitoral têm densidade normativa própria, ainda que não inovem na ordem jurídica. No entanto, as consultas eleitorais não correspondem à manifestação do poder normativo, são uma função apartada da possibilidade de emissão de

⁸ Marcelo Passamani Machado indica outras vantagens em relação às consultas, tais como: “as consultas muitas vezes funcionam como esclarecimento prévios sobre as regras do jogo, o que contribui para a preservação da legitimidade e da estabilidade do sistema político-eleitoral. [...] a função consultiva da Justiça Eleitoral, dentro do contexto brasileiro, contribui bastante para a segurança jurídica e estabilidade do sistema político-eleitoral, dando-lhe fôlego para sua lenta mas necessária maturação” (2013, p. 282-283).

⁹ Veja-se que no âmbito do Tribunal de Contas da União, a Lei 8.443/1992 concede ao TCU a competência para decisão sobre consultas a respeito de aplicação das normas concernente à matéria de sua competência (art. 1º, XVII). A novidade, no entanto, encontra-se no § 2º do dispositivo citado: “A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”. Ou seja, atribui-se valor normativo à resposta da consulta no âmbito do Tribunal de Contas da União.



atos gerais e abstratos, já que correspondem ao esclarecimento em torno do processo eleitoral, sem qualquer força vinculatória. A diferenciação dessas funções é altamente relevante para se delimitar o alcance da interferência judicial no processo eleitoral. A principal razão para essa afirmação se fundamenta em dois diagnósticos empíricos.

O primeiro deles corresponde à atual dinâmica dos poderes constituídos, na qual é possível encontrar uma estrutura reconfigurada em comparação à teoria clássica de separação de poderes. Não se trata de uma desconfiguração, mas de uma nova maneira de interação entre os poderes. Nesse ponto, Ran Hirschl identificou a potencialização de uma judicialização já em evolução na sociedade, a qual ele denominou de judicialização da “mega política” por abranger questões anteriormente não rotineiras nas cortes judiciais.

A segunda justificativa se relaciona com o estudo de caso apresentado nessa pesquisa, o qual demonstrou que o Supremo Tribunal Federal reconheceu uma grande força jurídica à consulta eleitoral sobre a fidelidade partidária, pois estabeleceu a mudança de interpretação constitucional a partir de sua edição e não no momento do julgamento pelo próprio órgão judicial.

A conjugação desses fatos denota, portanto, a potencialidade interventiva que o Supremo Tribunal Federal tem em relação ao processo eleitoral. O fato de que as cortes estão envolvidas cada vez mais na deliberação de questões políticas específicas, em especial, na definição das regras do jogo democrático tem a vantagem de colocar o poder judicial no centro da esfera pública com todas as responsabilidades que esse movimento traz, inclusive a discussão sobre os limites de sua atuação em uma sociedade comprometida com a democracia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito Eleitoral Regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito UERJ*, v. 2, nº 21, 2012.

BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a “judicialização da política”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, 2008.

BRAGA, Maria do Socorro Sousa; PIMENTEL JR, Jairo. Os partidos brasileiros realmente não importam? *Opinião Pública*. Campinas, vol. 17, nº 2, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5028*. Tribunal Pleno. Rel. para acórdão: Min. Rosa Weber, DJ: 01/07/2014.

_____. _____. *Mandado de segurança nº 26.602*. Tribunal Pleno. Rel: Min. Eros Grau, DJ: 04/10/2007.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Dados estatísticos: eleições 2014*. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014.

_____. _____. *Regimento Interno do TSE – Resolução nº 4.510*, de 20 de setembro de 1952.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. *Código eleitoral comentado e legislação complementar*. Rio de Janeiro: EJE/SAD/CADOC, 2012.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. A fenomenologia dos trãnsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro. In: LEMBO, Claudio. *O voto nas Américas*. Barueri: Manole, 2008.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. 2ª ed. Brasília: TSE/SDI, 2005.

FOREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 03, 2002.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, 2008.

JEHÁ, Pedro Rubez. *O processo de degeneração dos partidos políticos no Brasil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009.

LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e Política: Ativismo e Autocontenção no STF*. Juruá: Curitiba, 2014.

MACHADO, Marcelo Passamani. A Justiça Eleitoral. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (Coord.). *Direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.





RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck. *Ensaio sobre política, direito e sociedade*. São Paulo: Hucitec, 2015.