

Judicialização da política: o Judiciário exerce poder sobre o processo político?

Marco Antonio Martin Vargas¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1 - Introdução

Ao longo da história, a tripartição de poderes foi objeto de estudo de grandes pensadores e juristas, entre os quais podemos citar Platão, Aristóteles, Locke, Montesquieu, vindo a culminar na atribuição a três órgãos independentes e harmônicos das funções de legislar, executar e julgar. Contemporaneamente, os principais mestres em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado também reconhecem a origem da divisão funcional de poder, mais conhecida como “separação de poderes”.

Não é demais lembrar que o alicerce da maioria das organizações de governo das democracias ocidentais está moldado na citada tripartição, o que consta, inclusive, do consagrado art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)².

De igual modo, o modelo tripartite foi adotado por nosso Constituinte, havendo previsão expressa no art. 2º da Carta Magna, segundo o qual: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Entretanto, não raras vezes, um poder adentra no campo de atuação do outro, advindo daí o *checks and balances of power*, ou seja, os freios e contrapesos, com o objetivo de proteger e resguardar os direitos e liberdades do indivíduo.

Em uma democracia madura, o Legislativo tem o papel de fiscalizar o Executivo, determinar o destino dos nossos impostos por meio do Orçamento da União, estabelecer pauta de prioridades nacionais, promover as reformas necessárias e referendar (ou rejeitar) as escolhas para cargos estratégicos como ministros do Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional da Justiça, Superior Tribunal de Justiça, além de presidentes do Banco Central e outras agências reguladoras. Servem de exemplos de ações do Congresso a promoção do *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello, a criação da Lei da Ficha Limpa e a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal e do Marco Civil da *Internet* – para ficarmos apenas em uns poucos exemplos. Não há democracia que se preze sem um legislativo atuante.

Entretanto, na prática, nosso Poder Legislativo não vem exercendo com eficácia seu papel básico, qual seja, o de “legislar”. O tormento da questão evidencia-se no fato de o Judiciário constantemente se deparar com uma legislação omissa e retrógrada quando do julgamento dos casos concretos, ou mesmo com situações postas sem a necessária e adequada legislação.

¹ Juiz Assessor da Corregedoria do Tribunal Regional Eleitoral e Conselheiro da Escola Judiciária Eleitoral Paulista.

² Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

A outro passo, nossa população não se comporta mais como a “Velhinha de Taubaté”, personagem do cronista e romancista Luis Fernando Veríssimo², famosa por ser “a última pessoa no Brasil que ainda acreditava no governo”, como definido pelo próprio autor³. Em junho do ano passado tivemos uma prova disso. O povo brasileiro foi às ruas para protestar contra os políticos, por não se sentir representado por estes. Assim, na tentativa de atender aos anseios sociais, a Justiça vem exercendo atividade regulamentar de forma ostensiva e, por diversas vezes, ultrapassa as fronteiras e limites do Judiciário para inovar em matéria legislativa. Essa atividade provoca verdadeiro deslocamento de poder, hipótese de neoconstitucionalismo que vem sendo tratado por muitos autores como “Judicialização da Política”⁴.

Também pudera, o órgão responsável pelo processo de extinção do “ato de tirar a caneta do bolso, preencher a cédula de papel e colocá-la na urna de lona”, substituindo-o pela urna eletrônica, sinônimo de transparência, confiança e competência, vem mostrando conduta proativa em assuntos diversos de sua alçada, entre os quais destacaremos três temas: infidelidade partidária, verticalização das coligações e invalidação dos votos de legenda.

Contudo, em todos esses casos a Justiça aparentemente extrapolou o poder regulamentar, criando regras e restrições além daquelas já existentes, advindo daí a indagação: o Judiciário exerce poder sobre o processo político? Veríssimo contava que, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sempre se pensava antecipadamente em como a velhinha iria responder, o que serviria de alicerce para as ações do Legislativo. Com a morte da velhinha em 25 de agosto de 2005, comunicada pelo seu criador e, diante da inexistência de qualquer cidadão com plena confiança no governo, indaga-se: poderia a Justiça Eleitoral em hipóteses pontuais assumir o papel de órgão diverso? Não haveria desequilíbrio nos alicerces que sustentam nossa democracia?

Como se vê, após conceituar o poder político, a separação de poderes, a função jurisdicional, o poder regulamentar e questões correlatas, este artigo perquirirá as três hipóteses em que a Justiça Eleitoral praticamente assumiu o papel de legislador positivo. É certo que a ansiedade dos netos, amigos, vizinhos e simpatizantes da velhinha de Taubaté servirá de justificativa para muitas ações de nossa Justiça Especializada, proativa na sua essência. Mas até que ponto isso é saudável para nossa democracia? Essa e outras indagações nos perseguirão no tramitar deste artigo e servirão de alicerce para questionarmos determinadas ações, resoluções e julgamentos da Justiça Eleitoral.

² Luis Fernando Veríssimo (Porto Alegre, 26 de setembro de 1936) é um escritor brasileiro. Mais conhecido por suas crônicas e textos de humor, mais precisamente de sátiras de costumes, publicados diariamente em vários jornais brasileiros, Veríssimo é também cartunista e tradutor, além de roteirista de televisão, autor de teatro e romancista bissexto (http://pt.wikipedia.org/wiki/Luis_Fernando_Verissimo).

³ VERÍSSIMO, Luis Fernando. *A velhinha de Taubaté*. Porto Alegre: L&PM, 1983. p. 35.

⁴ O direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nas últimas duas décadas que podem ser relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como “neoconstitucionalismo”. Essas mudanças envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (...) e - judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 9-10).

2 - Poder político e separação de poderes

Objeto de considerações por grandes autores em clássicas obras no decorrer da história, a separação de poderes surgiu com o objetivo fundamental de limitar o poder do homem. Decorrência natural do aperfeiçoamento e organização das sociedades, determinados homens assumiram as funções de poder, unindo-se em grupos nos quais os mais fortes sempre prevaleciam contra os mais fracos, sendo assim, sucessivamente, substituídos por seus herdeiros, o que deu origem às monarquias absolutas.

Como se vê, o poder⁵ é algo natural e implícito da convivência social, viés que firma as bases da obediência civil e do poder. Por sua vez, o Estado é a institucionalização do poder político para a realização do bem comum. O poder político – ou poder estatal – é a possibilidade coercitiva que o Estado possui para se auto-organizar, formar sua estrutura, disciplinar regras de direito, equilibrar o poder social, bem como definir relações entre particulares e administrados, sempre objetivando o bem comum.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho preleciona que “não há, nem pode haver, Estado sem poder. Este é o princípio unificador da ordem jurídica e, como tal, evidentemente, é uno”⁶. Assentada a lição do preclaro doutrinador, denota-se ser necessária a existência do poder político como braço coercitivo do Estado, sobretudo para impor determinados atos ao conjunto social.

Todavia, o que deve ser verificada é a forma de distribuição desse poder. Concentrado nas mãos de uma pessoa? Sem dúvida esta não seria a melhor opção, sobretudo quando analisada sob a ótica das históricas monarquias absolutas que, sem freios ou paliativos, se mostraram corruptas e tiranas. Ao contrário, a distribuição de funções a órgãos independentes e harmônicos mostrou-se a melhor alternativa na busca da igualdade social e do pleno exercício do governo, vez que somente um poder freia outro poder, e assim estruturado o Estado mostrava-se mais equilibrado e justo.

Não obstante, evidencia-se que as funções estatais deveriam ser separadas, evitando o excesso de poder nas mãos de apenas um indivíduo, e, dessa forma, é necessário estabelecer como se daria esta separação, quais seriam os critérios e atribuições de cada esfera de poder. Afinal, a que princípios esta divisão respeitaria? Como seria o relacionamento de um poder em relação ao outro? Seria um poder superior aos demais ou haveria uma independência harmônica entre eles?

Oportuna a lição de Aristóteles, Locke e Montesquieu, conforme preleciona Alexandre de Moraes em seu livro Direito Constitucional:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre ‘separação de poderes’, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade,

⁵ Afonso da Silva define poder como: “(...) um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros: 2008. p. 106-107).

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 131 p.

*foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.*⁷

No Brasil, como mencionado anteriormente, a Constituição de 1988 adotou expressamente a separação dos poderes, constando do seu art. 2º que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Ademais, trata-se de princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, consagrado pelo constituinte originário como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, inc. III, da Constituição Federal, a lição: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) a separação de poderes”.

Em lapidares palavras, não compete ao Poder Judiciário editar leis. Ocorre que, no uso do poder regulamentar, o c. TSE tem invadido a seara do poder legislativo, vislumbrando-se equívoco no direito eleitoral regulador.

3 - Direito eleitoral regulador: poder regulamentador, uso indevido e seus reflexos no processo eleitoral

Sob o aspecto formal, os regulamentos são atos administrativos, não baixados pelo Poder Legislativo, mas, sim, por autoridades administrativas do Poder Público. Nas palavras de Esmein, “o poder regulamentar é totalmente distinto do poder legislativo, pois regulamento não é lei. O regulamento na execução da lei é completamente subordinado a esta. Assim, para o autor, o regulamento só pode desenvolver e completar os detalhes das normas postas. Ele não pode revogar, nem contrariar, deve, sim, respeitar a sua letra e seu espírito.”⁸

No Brasil, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello divide os regulamentos da seguinte forma: (i) executivos, ou de execução; (ii) autorizados ou delegados; (iii) independentes ou autônomos.⁹

Regulamentos de execução são aqueles que desenvolvem os textos legais, constituindo os preceitos para a sua melhor eficácia possível, isto é, são regras técnicas de boa execução da lei, para a sua melhor aplicação.

Por sua vez, os regulamentos autorizados ou delegados são aqueles que o Executivo edita “em razão de habilitação legislativa, que lhe é conferida pelo Legislativo”, porém

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 133.

⁸ ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel et comparé*. 5. ed. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 475, p. 610.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1, p. 342 et seq.

nos termos dessa determinação de competência, desenvolve os preceitos constantes da lei de habilitação, que delimita o seu âmbito a respeito.

Os regulamentos independentes ou autônomos, isto é, que têm força de lei, constituem faculdade regulamentar *praeter legem* e mesmo *contra legem* para regular qualquer matéria que constitucionalmente não tenha sido reservada aos órgãos legislativos, pertinentes às relações do Estado-Poder com terceiros, e subdividem-se em orgânicos e regimentais (como regulamentos internos), além dos policiais (como externos).

Feitas essas considerações, em especial no que toca aos regulamentos independentes ou autônomos, indaga-se: o Judiciário poderia inovar em matéria legislativa? Quais os limites formais ou materiais desse poder legiferante? Quais mecanismos poderiam ser utilizados para controlar o exercício dessa função atípica?

Nos dias atuais, a atividade normativa do TSE está positivada na legislação eleitoral brasileira, que atribui a esse órgão competência para expedir instruções de caráter normativo com o objetivo precípuo de regulamentar, organizar e executar as eleições, com toda dinâmica que requer o processo eleitoral. O art. 1º, parágrafo único, combinado com o art. 23, IX, ambos do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), o art. 105 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) e o art. 61 da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) estabelecem competência privativa ao TSE para expedir as instruções que julgar convenientes à fiel execução dos referidos diplomas normativos.

Convém analisar três hipóteses em que as resoluções eleitorais foram editadas e validadas ao arrepio das leis e da Carta Magna, a saber: (1) infidelidade partidária; (2) verticalização das coligações; (3) invalidação dos votos de legenda.

3.1 - Infidelidade Partidária

A Carta Magna prevê no art. 17, § 1º, que o estatuto do partido deve estabelecer “normas de disciplina e fidelidade partidária”. Por certo, o art. 25 da Lei nº 9.096/95 estatui:

O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Ainda, prevê o art. 26 da citada lei, que perderá “automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito”. Como se vê, da leitura conjugada da constituição e da lei ordinária, não se vislumbra hipótese de infidelidade que possa gerar perda de mandato.

Nesse contexto, verifica-se que a infidelidade partidária se restringiu ao campo administrativo, isto é, regulou apenas as relações entre filiado e partido. Na prática,

durante muitos anos, o mandatário podia contrariar a orientação da grei ou abandoná-la, verdadeiro troca-troca fisiológico, sem qualquer sanção. A propósito, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a Constituição não adotava o princípio da fidelidade partidária, o que se depreende de trecho do Mandado de Segurança n.º 20.927-5, relatado pelo Ministro Moreira Alves (DJ 26-3-1993, p. 5002), a saber:

Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças ao voto de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (arts. 5º, LXX, a; 58, §§ 1º e 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o art. 55.

Em razão de posicionamentos como o acima exposto, tornou-se prática recorrente em nossa democracia a troca desenfreada de partidos, fato que foi destacado com ênfase na mídia.

A propósito, Jairo Nicolau, em artigo publicado no Jornal do Brasil, ressaltou:

Uma boa forma de dimensionar o fenômeno das trocas de partido no Brasil é observar a Câmara dos Deputados. A soma de todos os deputados federais das três últimas legislaturas (1987-1991, 1991-1995, 1995-1998) totaliza 1.503. Destes, nada menos do que 467 (31%) abandonaram o partido pelo qual foram eleitos durante a legislatura.

Alguns deputados protagonizaram casos bizarros. O deputado Onaires Moura (PR), eleito em 1990 pelo PMDB, trocou sete vezes durante o mandato, até que voltou ao partido para se recandidatar na eleição seguinte. O deputado João Mendes, eleito pelo PPB do Rio de Janeiro, mudou para o PMDB na manhã de um dia, e na tarde desse mesmo dia já estava de volta ao PPB.

Outro dado importante é que as trocas se concentram nos meses próximos a setembro dos anos ímpares. Desta forma, o político garante sua elegibilidade nas eleições seguintes, já que a legislação exige pelo menos um ano de filiação partidária para se candidatar a qualquer cargo.

As evidências de que partidos contam pouco para os eleitores são muitas. Pesquisa feita pelo IUPERJ, na cidade do Rio de Janeiro, em 1994, revelou que 74% dos eleitores escolhem seus deputados federais independentemente do partido. Pesquisa feita pelo IBGE, em 1996, mostrou que 68% dos entrevistados consideram, para a escolha eleitoral, o candidato mais importante do que o partido.

Algum mecanismo precisa ser adotado para desestimular as trocas de partido. Há os que defendem que o político perca o mandato, caso abandone a legenda pelo qual foi eleito. Tal proposta é acompanhada por um debate interminável sobre o mandato pertencer ao partido ou

ao parlamentar. Considerando o nosso sistema eleitoral de lista aberta – que combina o esforço individual dos candidatos nas campanhas com a distribuição das cadeiras levando em conta a soma dos votos partidários – os dois lados têm uma certa razão.¹⁰

No julgamento conjunto dos Mandados de Segurança 22.602, 22.603 e 22.604, a Corte Superior decidiu que a regra de fidelidade partidária é “um corolário jurídico lógico e necessário do sistema constitucional positivado” (MS 26.604, rel. Min. Cármen Lúcia). Lastreado nesse entendimento, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 22.610 de 2007, que disciplina o processo de *perda de cargo eletivo* por desfiliação sem justa causa. Assim, o mandatário infiel, que é eleito *graças ao partido* e com verbas públicas do fundo partidário e propaganda eleitoral gratuita, perde o mandato *caso não prove* a existência de hipóteses especialíssimas de justa causa. A saber: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; e IV) grave discriminação pessoal.

No entanto, como bem observado pelo doutrinador José Jairo Gomes,

a Resolução nº 22.610/2007 apresenta nítido caráter jurisdicional, e não meramente administrativo, pois o Estado não poderia intervir ex auctoritate propria no patrimônio jurídico de alguém para dele sacar um bem e atribuí-lo a outrem, máxime se houver discordância do prejudicado. Isso só poderia ocorrer sob a égide do exercício do poder jurisdicional, e ainda assim com estrita observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Ademais, diferentemente do que ocorre no exercício de função administrativa, não se prevê a atuação espontânea do Estado-Administração (aqui representado pelo órgão judicial eleitoral), devendo haver provocação da parte interessada (princípio dispositivo: ne procedat iudex ex officio). Deveras, somente as pessoas arroladas naquela norma (partido político, alguém com interesse jurídico e Ministério Público) detêm legitimidade ativa para pleitear a perda do mandato. Evidencia-se, pois, que o exercício do direito de ação deverá suscitar a atuação da jurisdição. Como se sabe, o art. 22, I, da Constituição reservou à União (e não ao TSE) competência privativa para legislar sobre direito processual; e também, nos termos do art. 5º, LIV, desse mesmo diploma, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim, somente ao Parlamento é dado inovar na ordem jurídica, instituindo regras atinentes ao exercício do direito fundamental de ação, tais como competência, legitimidade ativa e passiva, prazo, defesa, prova e recurso.¹¹

É curioso examinar que a Resolução TSE nº 22.610/2007, baixada pelo TSE no uso de suas atribuições (art. 23, inc. XVIII, do Código Eleitoral), na verdade, por seu conteúdo abstrato, inovou em matéria legislativa, criando regras e prazos processuais, razão pela qual sua constitucionalidade foi levada ao Supremo Tribunal Federal pelo

¹⁰ NICOLAU, Jairo. *Jornal do Brasil*, 10 jun. 2001.

¹¹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96-97.

Procurador-Geral da República, tendo sido ajuizada ADI nº 4.086, distribuída ao Ministro Joaquim Barbosa. A inconstitucionalidade também foi objeto da ADI nº 3.999 impetrada pelo Partido Social Cristão – PSC, ocasião em que o requerente afirmou que a resolução violou reserva de lei complementar para definição das aptidões de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição), usurpou competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84 da Constituição) e, por estabelecer regras de caráter processual, como o modelo de petição inicial e das provas, o prazo para resposta e as consequências para a revelia, os requisitos do direito de defesa, o julgamento antecipado da lide, a disciplina e o ônus da prova, a resolução do TSE afrontou a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV, da Constituição, bem como invadiu competência legislativa, desgastando o princípio da separação dos Poderes (arts. 2º, 60, § 4º, da Constituição).

Ao final, as ações diretas de inconstitucionalidade foram julgadas improcedentes, considerando, pois, válidas as resoluções adotadas pelo TSE até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria.

Nesse proceder, constata-se que o Poder Judiciário extrapolou seu poder regulamentar para, em julgamento eminentemente político definir, a partir da análise do sistema proporcional e princípios constitucionais como defesa do direito das minorias parlamentares e a própria democracia partidária, a titularidade do mandato eletivo pelo partido político.

3.2 - Verticalização das coligações

Às vésperas das eleições de 2002, precisamente sete meses antes do pleito, na sessão de 26 de fevereiro, o TSE enfrentou a Consulta 715/DF formulada em agosto de 2001 pelos deputados federais do Partido Democrático Trabalhista – PDT Miro Teixeira (RJ), José Roberto Batocchio (SP), Fernando Coruja (SC) e Pompeo de Mattos (RS), que indagava: “Pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação para eleição de Presidente da República com alguns outros partidos (partidos B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à Presidência da República) visando à eleição de Governador?”.

Após parecer do Procurador-Geral Eleitoral Geraldo Brindeiro, que possibilitava coligações sem vinculações, sobreveio relatoria do Ministro Garcia Vieira que, acolhendo parecer da Assessoria Especial da Presidência do c. Tribunal Superior Eleitoral, fundado em precedente do próprio Tribunal (Res. TSE nº 20.121/98), respondeu negativamente à consulta.

Em que pese vencido, de bom alvitre ressaltar o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence, que discordava do relator por entender que a questão central envolvia a compreensão do sentido da expressão “dentro da mesma circunscrição”, do art. 6º da Lei das Eleições: “Art. 6º. É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário”. O conceito de circunscrição, por sua vez, encontra-se no art. 86 do Código Eleitoral: “Nas eleições presidenciais, a circunscrição será o país, nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo Município”.

No entender do citado Ministro, o relator estava equivocado ao considerar o conceito de circunscrição no sentido geográfico e assim transpor a vedação de formação de mais de uma coligação para a eleição majoritária e proporcional, na circunscrição “País” (eleição presidencial), para as demais circunscrições, no caso, para a circunscrição “Estado” (eleição de governadores, deputados e senadores), impondo a coerência de cima para baixo, isto é, a verticalização de coligações, ao argumento de que a circunscrição país engloba a circunscrição dos estados federados.

Decisivo para a formação da maioria no Tribunal foi o voto proferido pelo então Presidente da Corte, Ministro Nelson Jobim, que adotou como critério central de interpretação o “caráter nacional dos partidos políticos no Brasil”, definido pela Constituição (art. 17, I).

Nas palavras do Ministro Nelson Jobim: “(...) Admitir coligações estaduais assimétricas com a decisão nacional é se opor ao caráter nacional e à ação de caráter nacional, que a Constituição e a lei impõem aos partidos. A condição do caráter nacional, tanto da Constituição como da lei é incompatível com coligações híbridas, que não respeitem o paradigma nacional”.

Assim, visando à coerência partidária ideológica, sob a presidência do Min. Nelson Jobim, o TSE respondeu à referida consulta negativamente, assentando que “os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de Estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial”.

Como bem observado por Manoel Carlos de Almeida Neto, em obra de excelência à análise do poder regulador, vencido na assentada, o Min. Sepúlveda Pertence lançou a seguinte advertência:

O juízo de conveniência, confiado ao TSE, tem por objeto a expedição ou não de instrução, não o seu conteúdo. Este, destinado à execução do Código – e, obviamente, a todo o bloco da ordem jurídica eleitoral, está subordinado à Constituição e à lei. É verdade – além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, viabilizando a sua aplicação uniforme – pode o Tribunal colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida das necessidades de operacionalização do sistema gizado pela Constituição e pela lei. Óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juizes a opção do legislador. Por isso, não cabe ao TSE suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer o ‘silêncio eloquente’ de uma ou de outra¹².

O Tribunal Superior Eleitoral transformou em norma geral e abstrata a deliberação administrativa, de modo que inseriu o entendimento exposto na Consulta 715/DF, de espécie “consultiva”, para outro processo administrativo julgado na mesma sessão: a Instrução 55/DF, rel. Min. Fernando Neves - Res. do TSE 20.993, de 26.02.2002, da espécie “normativa”, com força de lei em sentido material.

¹² NETO, Manoel Carlos de Almeida. *Direito Eleitoral Regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 180.

A resposta da Consulta 715/DF resultou no art. 4º da Res. TSE 20.993, *in verbis*: “Art. 4º (...) § 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei 9.504/1997, art. 6º, Consulta 715, de 26.02.2002)”.

A decisão de verticalização proferida pelo TSE foi alvo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.626 e 2.628 propostas pelos partidos PT, PSB, PC do B, PL (atual PR), PPS e PFL (atual DEM).

Ocorre que, quando do julgamento das citadas ações, prevaleceu o entendimento de que não seria cabível ação direta de inconstitucionalidade contra uma resolução proveniente de consulta, em tese, nem para interpretar norma infraconstitucional (art. 6º da Lei das Eleições), conforme ementa que segue:

Ação direta de inconstitucionalidade. § 1º do art. 4º da Instrução 55, aprovada pela Res. 20.993, de 26.02.2002, do TSE. Art. 6º da Lei 9.504/1997. Eleições de 2002. Coligação partidária. Alegação de ofensa aos arts. 5º, II e LIV, 16, 17, § 1º, 22, I e 48, caput, da CF. Ato normativo secundário. Violação indireta. Impossibilidade do controle abstrato de constitucionalidade. Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regularmente formulada por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinamento das coligações tal como previsto pela Lei 9.504/1997 em seu art. 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os limites da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar. Precedentes: ADI 2.243, rel. Min. Marco Aurélio, ADI 1.900, rel. Min. Moreira Alves, ADI 147, rel. Min. Carlos Madeira. Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar, ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados. Ação direta não conhecida. Decisão por maioria.

Portanto, não foi aceito pela Corte Suprema o argumento despendido pelas agremiações partidárias de que o TSE teria “legislado” sem ter competência para tanto.

Nesse sentido, como bem apontado por Manoel Carlos de Almeida Neto¹³:

evidente o equívoco do entendimento sufragado uma vez que a Instrução 55 não se tratava de mera consulta administrativa. O plenário não soube diferenciar duas resoluções formalmente distintas: (i) a

¹³ NETO, Manoel Carlos de Almeida. *Direito Eleitoral Regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 181.

Res. 21.002 (Consulta 715): meramente “consultiva”; e a Res. 20.993 (Instrução 55); ato normativo impregnado de generalidade, abstratividade e impessoalidade, com força de lei em sentido material, como uma Instrução para as Eleições 2002. A tese vencedora apoiou-se em uma premissa falsa: de ser a norma impugnada mera consulta administrativa e em outra questionável: de que as resoluções eram atos regulamentares secundários e, portanto, imunes ao controle de constitucionalidade perante o STF.

Sem dúvida alguma, ao baixar a instrução regulando a formação das coligações partidárias, exerceu a Corte Eleitoral ato normativo e autônomo e por isso atacável em ação direta de inconstitucionalidade, a teor do art. 102, inc. I, alínea “a”, da Constituição Federal, já que evidente ofensa ao princípio da legalidade, tendo sido usurpada a competência privativa do Congresso Nacional.

Ante o ocorrido, coube ao Congresso Nacional impor limite ao ativismo judicial eleitoral promulgando a EC 52, que deu nova redação ao § 1º do art. 17 da CF para disciplinar as coligações eleitorais, conforme regra que segue:

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 (EC 52, de 08/03/2006).

Nessa linha, denota-se inequívoca inconstitucionalidade da Res. TSE 20.993/2002 que inovou em matéria constitucional, tanto que somente uma emenda à Constituição desconstituiu seus efeitos, qual seja, EC 52/2006, que pôs fim à obrigatoriedade de verificação das coligações.

3.3 - Invalidação dos votos de legenda

O Tribunal Superior Eleitoral implementou modificação no sistema político-eleitoral ao prever anulação, para todos os efeitos, inclusive para a legenda, do cômputo dos votos atribuídos a candidatos que tiveram o registro de candidatura indeferido após o dia da eleição.

A referida modificação foi incluída na seara jurídica por meio do art. 147 da Resolução TSE nº 23.218/2010, bem como pelo art. 136 da Resolução TSE nº 23.372/2011. Mostra-se pertinente a transcrição dos artigos:

Resolução TSE nº 23.218/2010 - Art. 147. Serão nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda, os votos dados a candidatos ilegíveis ou não registrados (Código Eleitoral, art. 175, § 3º, e Lei 9.504/1997, art. 16-A). Parágrafo único. A validade dos votos dados a candidato cujo registro esteja pendente de decisão, assim como o seu cômputo para o respectivo partido ou coligação, ficará condicionada ao deferimento do registro (Lei 9.504/1997, art. 16-A).

Resolução TSE nº 23.372/2011- Art. 136. Serão nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda: I – os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados (Código Eleitoral, art. 175, § 3º, e Lei 9.504/1997, art. 16-A); II – os votos dados a candidatos com registro cassado, ainda que o respectivo recurso esteja pendente de apreciação; III – os votos dados à legenda de partido considerado inapto. Parágrafo único. A validade dos votos dados a candidato cujo registro esteja pendente de decisão, assim como o seu cômputo para o respectivo partido ou coligação, ficará condicionada ao deferimento do registro (Lei nº 9.504/1997, art. 16-A).

Sem dissenso, o exemplo acima é mais uma hipótese em que o c. Tribunal Superior Eleitoral invadiu competência legislativa ao condicionar o cômputo dos votos de legenda ao deferimento do registro, de forma genérica e sem marco temporal, a despeito do que impõe o art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral, *in verbis*:

Art. 175. (...)

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados. (Parágrafo remunerado pelo art. 39 da Lei 4.961, de 04/05/1996).

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro. (Incluído pela Lei 7.179, de 19/12/1983).

Como bem observado por Manoel Carlos de Almeida Neto¹⁴,

ignorou-se, solenemente, o § 4º do art. 175 do Código Eleitoral que assegura a validade e o cômputo dos votos para o partido ou coligação, quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro foi proferida após a realização da eleição. (...) o mencionado dispositivo teve em mira proteger o sufrágio universal e a vontade do eleitor que, de boa-fé, no dia da eleição, deposita o seu voto em candidato com registro deferido pela Justiça Eleitoral, ainda que esteja sub judice por eventual recurso das partes. (...) Ora, se no dia da eleição o candidato está com registro deferido, ou seja, com a chancela da Justiça Eleitoral, esse voto, caso seja posteriormente anulado, não pode ser tratado como se absolutamente nulo fosse, sob pena de afronta a inúmeros vetores constitucionais como a segurança jurídica, proteção da confiança e o dispositivo vigente do Código Eleitoral. Portanto, caso esse voto seja anulado pelo Judiciário após a eleição, o candidato fica inelegível ou perde o seu mandato, mas o sufrágio vale para o partido conforme impõe o § 4º, do art. 175 do Código Eleitoral.

¹⁴ NETO, Manoel Carlos de Almeida. *Direito Eleitoral Regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 190-191.

Entretanto, o TSE firmou entendimento de que o parágrafo único do art. 16-A da Lei nº 12.034/2009 revogou o § 4º do art. 175 do Código Eleitoral. Nesse proceder, esta Justiça Especializada baixou e aplicou a sua própria resolução que, a toda evidência, invadiu seara legislativa, desprezando o valor do sufrágio universal, a segurança jurídica e o princípio da fidelidade partidária.

A propósito, pertinente a citação do art. 16-A da Lei das Eleições:

O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. (Incluído pela Lei 12.034/2009).

Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja sub judice no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro de candidato. (Incluído pela Lei 12.034/2009).

Da análise conjunta do parágrafo único do art. 16-A da Lei das Eleições e do § 4º do art. 175 do Código Eleitoral, verifica-se que referidos mandamentos legais coexistem e se complementam, visto que o primeiro trata de candidatos com registro indeferido e sub judice no dia da eleição, já o segundo diz respeito ao candidato que tiver o seu indeferimento após o pleito. Assim, em nenhum momento extrai-se da interpretação sistemática dos artigos a conclusão de que seriam nulos os votos dados àquele candidato cujo registro foi indeferido posteriormente à eleição.

Por isso, é seguro dizer que a Resolução TSE nº 23.218/2010 ao anular os votos dados a candidatos que tiveram o registro de candidatura indeferido após o pleito, na verdade, legislou e impôs efeito não previsto propositadamente pelo legislador, razão pela qual a questão é objeto das ações diretas de inconstitucionalidade nº 4.513 e 4.542 e das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 223 e 238, sem previsão para julgamento.

Salta aos olhos a inadequação do regramento da validade do voto de legenda por meio de resolução. Assim, caberá ao Poder Legislativo elaborar nova redação ao parágrafo único do art. 16-A da Lei das Eleições, impondo expressamente seu posicionamento acerca da validade ou não dos votos de legenda.

4 - Conclusão

Os limites “do regular ao legislar” e “do legislar ao regulamentar” nem sempre são claros e entre as duas competências medeia uma zona de fronteira, indecisa, porventura comum. Muitas vezes a Justiça Eleitoral, em resposta aos anseios sociais, praticamente criou leis independentes, assumindo função de poder diverso.

Esta não se mostra a melhor alternativa. Ao assumir a função legiferante, o Judiciário afrontou princípios e teorias desenvolvidas há séculos, abandonando os ensinamentos de Platão, Aristóteles, Locke e Montesquieu, além de ofender texto expresso da Constituição, visto que a separação de poderes é cláusula pétrea de nossa democracia.

Veja-se que, na verdade, toda problemática advém da falta de amadurecimento de nosso eleitorado. Ora, de nada adiante queixar-se do Congresso, reclamar dos políticos e criticar a falta de representatividade de nossa democracia, se não sabemos escolher bem nossos “homens das leis”. A escolha de bons parlamentares é tão ou mais importante que a do presidente da República, haja vista que são eles que redigem as leis, que deveriam atender aos interesses sociais. Infelizmente, no primeiro domingo de outubro de 2014, vimos um eleitorado ainda imaturo ou revoltado (essa questão merece análise detida de cientistas sociais) eleger, com milhões de votos, artistas, humoristas, cantores, entre outras figuras despreparadas para o exercício do “ofício de legislar”.

Ante a inoperância legislativa, e em consideração à memória da “Velhinha de Taubaté”, não existe outra alternativa à Justiça Eleitoral senão regulamentar pontos cruciais do processo eleitoral, ainda que tais atos sejam posteriormente contestados sob o fundamento de que inconstitucionais. Sem dúvida, de um modo geral, os efeitos benéficos advindos da judicialização da política, ainda que temporários e posteriormente declarados inconstitucionais, prevalecem sobre os malefícios da invasão dos poderes.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. vol. 1, p. 342 et. seq..

ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel et comparé*. 5. ed. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 475, p. 610.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2010. p. 548-549.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 363.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 9-10.

LENZA, Pedro. *Direito eleitoral esquematizado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. p. 477-479.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 133.

NETO, Manoel Carlos de Almeida. *Direito eleitoral regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 59.

NICOLAU, Jairo. *Falta de fidelidade partidária anula o voto*. *Jornal do Brasil*, 10 jun. 2001.

PEREIRA, Luiz Márcio. *Propaganda política*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 257-258.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 445- 486.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VERÍSSIMO, Luis Fernando. *A velhinha de Taubaté*. Porto Alegre: L&PM, 1983. p. 35. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Luis_Fernando_Verissimo>.