

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALINE BOSCHI MOREIRA

ATIVISMO NO JUDICIÁRIO ELEITORAL: ANÁLISE CRÍTICA DOS JULGAMENTOS E
DAS RESOLUÇÕES EXPEDIDAS PELO TSE

Florianópolis

2013

ALINE BOSCHI MOREIRA

ATIVISMO NO JUDICIÁRIO ELEITORAL: ANÁLISE CRÍTICA DOS JULGAMENTOS E
DAS RESOLUÇÕES EXPEDIDAS PELO TSE

Monografia submetida à Universidade Federal
de Santa Catarina para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Orides Mezzaroba

Florianópolis

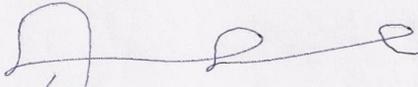
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

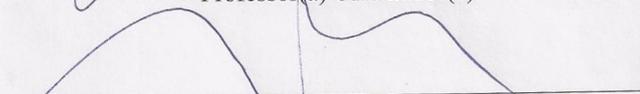
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**O ativismo no Judiciário Eleitoral: uma análise dos julgamentos e das Resoluções expedidas pelo TSE**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Aline Boschi Moreira**, defendida em **26/06/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

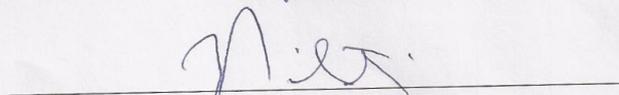
Florianópolis, 25 de Junho de 2013.



Orides Mezzaroba
Professor(a) Orientador(a)



Alexandre Morais da Rosa
Membro de Banca



José Isaac Pilati
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Lorena e Armando, que sempre me acompanharam e me auxiliaram nas minhas batalhas e realizações, não me fazendo passar fome enquanto estudava horas a fio no quarto, sala, cozinha e reclamando incontáveis vezes da minha postura em frente ao *notebook*;

A Adriana, minha irmã, com quem compartilho o amor pela pesquisa e que agradeço por fazer as melhores compras no supermercado, abastecendo a geladeira com guloseimas;

As minhas amigas do ensino médio, Diana, Priscila, Marília e a agregada Marcela, que, embora algumas em terras longínquas, reservam tempo no meio de agendas tão conturbadas para jogar conversa fora, ainda que seja pelo *Google Chat*, que a Diana insiste em usar por causa do trabalho;

Aos meus amigos da graduação: Joana, com quem divido preocupações e risadas, mais por telefone do que em sala, pela incompatibilidade de matérias, Luiza Balthazar e Adriana, vizinhas de carteira (não apenas em dia de prova) e de EMAJ, que fizeram minhas tardes mais doces e gordurosas, cuja atividade física é a de correr de novos casos, Beatriz, por ser fonte irradiadora de energia e de calor independente da estação, Leonardo e Luísa Rinaldi, por me deixarem ansiosa em períodos pré-prova, mas nunca pela falta de estudos, Ana Sofia, por me ensinar a seguir o que se ama fazer, seja criando um *blog* ou ajudando as amigas na difícil tarefa de escolher uma roupa de trabalho e Guilherme Gueiral, parceiro de estágio obrigatório e não-obrigatório na Procuradoria Regional Eleitoral, partilhando inúmeros processos tragicômicos e questionamentos jurídicos, senão vejamos;

Ao Professor Doutor Orides Mezzaroba, que me orientou desde o início da graduação no mundo da pesquisa científica, oportunidade que sou eternamente grata;

Ao Stefano, meu amor, por ser a pessoa maravilhosa que é, por me tranquilizar, aquecer meu coração e meus pés, dividir a mesa de estudos e, em especial, retribuir o favor de corrigir a presente monografia, ainda que sob coação moral.

Outros editoriais iam mais longe, reclamavam a abolição pura e simples do segredo de voto e propunham para o futuro, quando a situação se normalizasse, como por jeito ou por força terá de suceder algum dia, a criação de uma caderneta de eleitor, na qual o presidente da assembleia de voto, após conferir, antes de o introduzir na urna, o voto expresso, anotaria, para todos os efeitos legais, tanto os oficiais como os particulares, que o portador havia votado no partido tal ou tal, E por ser verdade e tê-lo comprovado, sob palavra de honra o assinava. Se tal caderneta já existisse, se um legislador consciente da possibilidade do uso libertino do voto tivesse ousado dar este passo, articulando o fundo e a forma de um funcionamento democrático totalmente transparente, todas as pessoas que haviam votado no partido da direita ou no partido do meio estariam agora a fazer as malas para emigrar com destino à sua verdadeira pátria, essa que sempre tem abertos os braços para receber aqueles a quem mais facilmente pode apertar. Caravanas de automóveis e autocarros, de furgonetas e camiões de mudanças, levando arvoradas as bandeiras dos partidos e buzinando a compasso, pê dê dê, pê dê eme, não tardariam a seguir o exemplo do governo, a caminho dos postos militares da fronteira, sentados os meninos e as meninas com o rabo de fora das janelas, a gritar aos peões da insurreição, Vão pondo as barbas de molho, miseráveis traidores, Esperem-lhe pela pancada quando voltarmos, bandidos de merda, Filhos da grande puta que vos pariu, ou então, máximo insulto no vocabulário do jargão democrático, berrando, Indocumentados, indocumentados, indocumentados, e isto não seria verdade, porque todos aqueles contra quem gritavam também teriam em casa ou levariam no bolsa a sua própria caderneta de eleitor, onde, ignominiosamente, como marco a ferro, estaria escrito e carimbado Votou em branco.

José Saramago, Ensaio sobre a Lucidez.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A monografia objetiva estudar o Ativismo na Justiça Eleitoral em relação ao poder normativo que lhe compete. O objetivo principal da pesquisa, coincidente ao problema, reside em avaliar se as resoluções expedidas com base nesse poder do Judiciário Eleitoral que criam direitos, penalidades, inelegibilidades, obrigações, competências são consideradas inconstitucionais por violarem os princípios da separação de poderes, da legalidade, da segurança jurídica, as normas de organização judiciária e demais dispositivos legais. A hipótese é de que sim, tais instruções vão de encontro à Constituição Federal. Ademais, os objetivos secundários perpassam a exacerbação do Judiciário frente aos demais poderes estatais, apontando-se o ativismo judicial e suas causas, consequências e distinções. O trabalho averigua, também, os limites à regulamentação do Tribunal Superior Eleitoral – fonte considerável de posturas ativistas – e critica a desarmonia instalada no sistema constitucional de freios e contrapesos quando da usurpação da competência do Congresso Nacional pelos magistrados. Quanto à atualidade da pesquisa, é perceptível a tentativa contínua e recente do Judiciário em deixar sua passividade e atuar no intuito de moralizar a política brasileira por meio de normas gerais, abstratas e prospectivas, impedindo candidatos de concorrerem às eleições e também alterando o resultado do pleito. Concluiu-se que as resoluções analisadas, as quais instituíram a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária e o requisito de aprovação das contas para se obter a certidão negativa eleitoral (Resolução TSE nº. 22.610/2007 e nº. 23.376/2012, respectivamente), devem ser expurgadas do ordenamento por serem inconstitucionais.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Tribunal Superior Eleitoral. Poder Regulamentar. Infidelidade Partidária. Prestação de Contas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ATIVISMO JUDICIAL: APORTES INAUGURAIS	11
1.1 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL E ORIGEM NORTE-AMERICANA.....	12
1.1.1 Análise Conceitual do Ativismo nos EUA e influência no Brasil	18
1.2 ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMAIS TERMOS ...	21
1.2.1 Judicialização da Política	21
1.2.2 Cenário Global e Brasileiro da Judicialização da Política	24
1.2.3 Ativismo Judicial e Judicialização da Política: distinções existentes	27
1.3 CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL	30
2 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL ELEITORAL	38
2.1 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL EM EXPEDIR RESOLUÇÕES, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E RESERVA DE LEI	39
2.1.1 Poder Regulamentar	44
2.2 A DESARMONIA NO SISTEMA DE PESOS E CONTRAPESOS.....	49
2.2.1 A Separação dos Poderes no Cenário Brasileiro e o Ativismo Judicial	55
2.3 DÉFICIT DE LEGITIMIDADE, ANUALIDADE ELEITORAL E INSEGURANÇA JURÍDICA	58
2.3.1 Déficit de Legitimidade Democrática	60
2.3.2 A não prevalência do Princípio da Anualidade Eleitoral	63
2.3.3 A Insegurança Jurídica das Resoluções e Julgados do TSE	65
3 ANÁLISE DE RESOLUÇÕES E JULGADOS DO TSE	69
3.1 RESOLUÇÃO TSE Nº. 22.610/2007: INFIDELIDADE PARTIDÁRIA	70
3.1.1 Resposta à Consulta e confirmação pelo STF da Infidelidade Partidária	74
3.1.2 A Resolução TSE nº. 22.6010/2007 e flagrante inconstitucionalidade	81
3.1.3 Ações Diretas de Inconstitucionalidade: reiterada conivência do STF	86
3.2 RESOLUÇÃO TSE Nº. 23.376/2012: PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA..	89
3.2.1 Marcha Processual da Instrução nº. 154264: o dever de prestar contas	90
3.2.2 A aprovação da Resolução nº. 23.376/2012: ativismo judicial às claras	94
3.2.3 Contribuições críticas à instrução normativa	100
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	112

INTRODUÇÃO

O estudo é resultado de pesquisa científica desenvolvida pela acadêmica com orientação do Professor Doutor Orides Mezzaroba por meio do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq) na temática do Direito Eleitoral, que teve como consequência artigo publicado por ambos, intitulado “O Ativismo no Judiciário Eleitoral: contribuições críticas sobre a aplicação da Resolução TSE nº. 23.376/2012”, no qual o presente trabalho se baseia e aprofunda.

Em breve apanhado histórico, percebe-se que os Poderes Estatais antes considerados superiores e de atividade acentuada, tal como o Legislativo na modernidade e o Estado no *welfare state*, abriram espaço para a formação de um Judiciário exponencial, devolvendo certa harmonia ao sistema de pesos e contrapesos. A percepção hodierna, contudo, excede o equilíbrio entre os poderes e passa a analisar atuações polêmicas, a exemplo da dispensação de medicamentos pelo Judiciário, a invalidação de atos administrativos em juízo, o sistema de controle de constitucionalidade, a moralização da política brasileira, dentre outros.

A par do cenário acima, a monografia põe em foco as posturas do Judiciário Eleitoral, em peculiar no que tange sua atribuição normativa. Desta forma, o problema, que coincide com o objetivo principal, versa se resoluções expedidas que criam direitos, penalidades, inelegibilidades, obrigações (com fundamento no poder regulamentar atribuído à Justiça Eleitoral) são consideradas inconstitucionais por violarem os princípios da separação de poderes, da legalidade, da segurança jurídica, da reserva legal e demais dispositivos. A hipótese é de que sim, sempre que aquela especializada expedir instruções contrárias à Constituição da República Federativa do Brasil haverá flagrante inconstitucionalidade.

Por sua vez, os objetivos secundários perpassam a contextualização do panorama mundial que culminou no destaque do Judiciário frente aos demais poderes estatais, o qual passa a levantar a bandeira do ativismo judicial. Outrossim, serão estabelecidas as diferenças de tal conceito com outros institutos (como a judicialização da política) e as suas causas e consequências. O trabalho averigua, também, o poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral – fonte considerável de posturas ativistas eleitorais – e critica a desarmonia instalada no sistema constitucional de freios e contrapesos quando da usurpação da competência do Congresso Nacional pelos magistrados.

Almeja-se, ademais, constatar que, com base em tais resoluções expedidas pela Justiça Eleitoral, houve inovação em direito eleitoral e processual mediante ato regulamentar aquém da lei. Para tanto, a monografia será realizada com base no método dedutivo, com procedimento de análise bibliográfica.

Quanto à atualidade do tema, percebe-se, nos últimos anos, a tentativa contínua do Judiciário em deixar sua passividade e atuar no intuito de moralizar a política brasileira por intermédio de normas gerais, abstratas e prospectivas. Como principais exemplos são citados os casos da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária e a abrangência de novo requisito para se obter a certidão de quitação eleitoral (condição de elegibilidade) nas Resoluções TSE nº. 22.610/2007 e nº. 23.376/2012, respectivamente.

Neste sentido, o assunto ganha importância no panorama nacional vez que tal atividade importa em repercussões nos resultados dos pleitos periódicos, impedindo candidatos de se registrarem para concorrer ao escrutínio, alterando a titularidade dos mandatos eletivos, entre situações emblemáticas outras. Ademais, a novidade do trabalho é visualizada na crítica à atuação legiferante do Juízo Eleitoral em seu poder regulamentar, o qual deveria atender à fiel execução das leis ordinárias e não inserir sanções por via transversa com o fito de institucionalizar o “fichalimpismo” político – expressão utilizada por Espíndola (2012). Assim, embora o clamor social, sabe-se que a via eleita pelo Judiciário não corresponde ao Estado Democrático de Direito que se pretende construir, pensamento que vai de encontro às ovações midiáticas quando dos acórdãos proferidos.

Para fins didáticos, o trabalho foi compartilhado nos seguintes tópicos: primeiramente, abarcam-se os aportes do que seria o Ativismo Judicial, incluídos o conceito do instituto no Brasil e nos demais sistemas jurídicos, as principais diferenças deste e a Judicialização da Política bem como as causas e consequências de posturas ativistas no Judiciário. Em seguida, o próximo capítulo aprofunda os principais questionamentos levantados quando da expedição de atos normativos pela Justiça Eleitoral, quais sejam: limites de sua competência, déficit de legitimidade para normatizar, violação aos princípios da legalidade, da separação dos poderes e a insegurança jurídica que se estabeleceu na seara.

Finalmente, passa-se a esmiuçar situações cotidianas, momento em que duas resoluções foram escolhidas para análise ante a complexidade de atos que a antecederam, de julgamentos ocorridos, de votos divergentes publicados, pela atualidade temporal e pelas consequências acarretadas. Dispôs uma sobre a perda do mandato pelo candidato eleito que muda de partido sem justa causa (infidelidade partidária) e, a outra, acerca da inclusão de novo requisito estar quite com a Justiça Eleitoral, a aprovação de contas – requisito

inexistente em texto legal. Trazem-se, por fim, contribuições críticas tanto aos julgamentos que conceberam tais inovações jurídicas como às resoluções que implementaram essas assertivas, apontando-se o cunho ético trazido pelo Tribunal Superior Eleitoral à atividade política.

1 ATIVISMO JUDICIAL: APORTES INAUGURAIS

Nos últimos séculos, percebeu-se gradual deslocamento da importância conferida aos poderes do Estado, o que culminou em exacerbações de cada função ante as demais. Em momentos como o período liberal, por exemplo, o Judiciário e o Executivo foram deixados de lado a fim de contemplar a significativa ascensão do Legislativo. Nesta época, Locke (1998) defendia um parlamento forte e supremo, dissociado da execução das leis e que subordinava todos os poderes existentes, pois aquele que legisla é, por consequência, hierarquicamente superior.

Em momento posterior, conforme a transformação elucidada por Cappelletti (1993), o Legislativo deixou de confiar piamente na ‘mão invisível do mercado’ e passou a intervir em diversas áreas, como na economia e nos direitos sociais. Tendendo para a consagração do *welfare state*, a situação necessitava de um órgão executor forte, capaz de implementar os programas e diretrizes fixados em lei. Resumindo essa transformação, ainda consoante Cappelletti (1993, p. 39):

Inicialmente, as intervenções estatais tinham principalmente natureza de preceitos legislativos, do que decorreu o fenômeno caracterizado incisivamente pelo conhecido jurista americano Grant Gilmore, como “orgia de leis”. Obviamente, contudo, um aparelho administrativo sempre mais complexo foi e deve ser criado, com o fim de integrar e dar atuação prática a tais intervenções legislativas.

A expoência dos poderes acima descritos fez com que o Judiciário seguisse a mesma crescente: novas competências foram trazidas com fito de reequilibrar a harmonia entre eles. A percepção atual, assim, põe em destaque temas como a dispensação de medicamentos pelo Judiciário, a invalidação de atos administrativos em juízo, a hermenêutica contemporânea, o sistema de controle de constitucionalidade, o protagonismo da justiça nas políticas públicas.

Esse fenômeno foi descrito por Barroso como sendo de escala mundial, não se restringindo apenas ao caso brasileiro (ainda que aqui a situação seja especial pela sua extensão e o seu volume). Para Barroso (2009, p. 01):

Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controversos na sociedade.

Exemplos internacionais não faltam para se compreender a abrangência do estudo: em 2000, na eleição presidencial estadunidense, a Suprema Corte deu a última palavra no resultando das urnas ao julgar o caso *Bush v. Gore*; em Israel, decidiu-se pela constitucionalidade do muro construído na fronteira com a Palestina; o fundamentalismo islâmico tem encontrado resistência na Corte Constitucional da Turquia; dentre outros casos (BARROSO, 2009). Todavia, embora fossem incorporadas novas competências ao Judiciário e Cortes Constitucionais – as quais são ampliadas cotidianamente –, começou-se a conceber atividades judiciárias para além daquelas delimitadas em lei, num verdadeiro ativismo pelos magistrados. Resta saber, dentre as novas manifestações judiciais e os casos acima elencados, quais poderiam se enquadrar no conceito de ativismo judicial. Antes, contudo, há que se submergir na análise conceitual do instituto.

1.1 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL E ORIGEM NORTE-AMERICANA

Em se tratando do significado do termo ativismo judicial, há que se fazerem algumas considerações iniciais. Primeiramente, malgrado a sua utilização corriqueira e quase ‘senso-comum’ pela doutrina brasileira – fazendo com que muitos juristas se furtem de enveredar pelo seu significado e tragam conceitos pré-estabelecidos sem maiores apreciações –, existem profundas divergências conceituais acerca do instituto.

Streck (2013) pontua bem a questão inicial ao inferir que o termo tem sido empregado de forma frívola, como uma tábula rasa. Ademais, uma segunda constatação infere que a escolha entre uma ou outra definição trará consequências nos demais tópicos, principalmente na elucidação das causas do ativismo judicial, nas consequências e na diferenciação com outros institutos. Que fique claro, por fim, que essa introdução irá tratar da aceção do termo no Brasil, separando-se o conceito elaborado em outros sistemas jurídicos.

Sob essa perspectiva de distinções existentes na doutrina pátria, Barroso (2009) compreende por ativismo judicial o modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição levada a cabo pelo intérprete, fazendo com que o alcance das normas vá além do legislador ordinário. São colocados como exemplos dessa atividade por Barroso (2009, p. 05):

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com

base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Tal entendimento é seguido por uma séria de doutrinadores, dentre os quais Maia (2010) destaca que o ativismo judicial é um agir proativo do julgador que se vale de interpretação criativa a fim de ampliar o sentido de preceitos legais, que precisariam de uma complementação legislativa para serem efetivados. Da mesma forma, Petracioli (2009, *online*) infere que:

O ativismo judicial, em primeira perspectiva, é o fenômeno em que o Poder Judiciário transmuda de seu estado de passividade para uma atitude proativa, optando ativamente pela interpretação dos preceitos constitucionais de maneira que lhes são emprestados máximas efetividade e concretização de direitos, notadamente de direitos fundamentais.

E alguns vão além da simples menção à ampliação e concretização da Carta Magna: afirmam que o fenômeno da intensificação do Poder Judiciário na materialização de direitos e demandas sociais é uma evolução natural das democracias modernas – vide Santos (2008). No entanto, enganam-se tais estudiosos, dado que essa atividade nem sempre está associada a uma evolução democrática e social, vez que nos países em que o ativismo é de longa data, flutuou-se entre decisões progressistas e conservadoras dos tribunais (para melhor compreensão, veja o estudo acerca da origem norte-americana).

Uma linha de argumentação diversa, por sua vez, critica a opinião suso delineada e esclarece que o fato do judiciário dar cumprimento à Constituição quando provocado não é caso de ativismo. E mais: qualquer juiz no exercício da sua atribuição deverá atuar de maneira a alargar o sentido da Carta Magna, exatamente da forma com que Barroso afirmaria ser ativista (TASSINARI, 2012). O ativismo judicial ocorre, pois, de modo diverso: no momento em que se extrapolam os limites constitucionais impostos e se passa a fazer política judiciária (STRECK, 2013).

Ramos (2010, p. 129), indo ao encontro da posição alhures, explicita que o ativismo judicial reside no “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incube, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios [...]”. De acordo com o mesmo autor, o Judiciário passaria a exercer funções legislativas, executivas ou atos de gestão, com maior destaque para a atividade das legislaturas. Tal fundamento também encontra respaldo nas obras de Baio e Charur (2011) os quais sintetizam que a usurpação da competência do Congresso cumulado com a deturpação da função judicante são formas de ativismo judiciário. Tassinari (2012), orientada por Lênio

Streck, resume as colocações marcando que o ativismo corresponde à exacerbação das competências do Judiciário, as quais não foram reconhecidas pelo texto constitucional.

A mesma autora (2012) traz importante levantamento ao observar que a doutrina elenca como exemplos de ativismo judicial, alguns de forma errônea, os seguintes atributos: a) poder do magistrado ou tribunal de controlar a constitucionalidade de leis (função que irá depender da forma com que o judiciário atua para que seja considerado ativismo); b) mais demandas e interferência do Judiciário (configurando para Tassinari a judicialização da política, ao invés de ativismo); c) discricionariedade no ato decisório; d) aumento da capacidade de gerenciar o processo pelo julgador. Assim, retira-se que esses enfoques merecem maior compromisso teórico em sua definição, visto ser o ativismo a “configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.” (TASSINARI, 2012, p. 27).

Indo ao encontro do segundo posicionamento, Vieira (2009) aponta que sua investigação reconhece no Supremo Tribunal Federal – STF um ativismo de caráter jurisdicional, o que significa dizer que as decisões são construídas não para concretizar direitos, e sim com o fito de alargar a competência institucional do referido órgão. Na mesma esteira, Baio (2011, p. 173) conclui que “a posição ativa de juízes e tribunais na criação do Direito, em sistemas de tradição romano-germânica, vem sendo entendida como desvirtuamento dos limites da função judicante e da conseqüente usurpação da competência legislativa.”

Já outros escritores, capitaneados por Cappelletti (1993), estabelecem ser a criatividade judicial – vista como forma de ativismo – ínsita à atividade interpretativa dos magistrados. Santos (2008) e Cappelletti (1993) apontam que o esforço hermenêutico na análise do caso concreto é impossível sem a atuação criativa do exercício jurisdicional. Desta forma, a discussão se voltaria não para a alternativa entre ser criativo ou não (dado que aquela opção sempre existe), mas para o grau de criatividade e os limites, modos e legitimidade judiciais. Assim é que o limite passa a ser o da sujeição à lei; já os modos de criação legislativa e judiciária diferem porque este impõe a atitude passiva do tribunal, a imparcialidade e a oitiva das partes; e, por fim, a legitimidade na criação do direito pelo judiciário reside no fato de que este é renovado com frequência, fundamenta suas decisões, protege grupos minoritários e enfrenta as dificuldades populares cotidianamente nos processos judiciais.

Por todo o exposto, é interessante que fique registrado, pois, que não há uma única concepção do que seria ativismo judicial, sendo papel de grande relevo sublinhar as diversas

perspectivas, para que não se envolva o tema pelo manto da “verdade universal”. Neste sentido, resumidamente, parte dos juristas entende que o instituto representa a interpretação proativa com vistas a alargar o alcance da Constituição Federal; enquanto outros dirão se tratar de usurpação da função legislativa levada a cabo pelo Judiciário (posição adotada na monografia). Alguns dirão ainda que o ativismo judicial consiste na criatividade existente em qualquer ato interpretativo do direito, devendo-se estabelecer os limites, modos e legitimidade para essa criação jurisprudencial.

Feitos os aportes acerca da sua terminologia, há que se adentrar, agora, na origem do objeto de estudo com o intuito de verificar as influências alienígenas na incorporação do ativismo à brasileira. A importância de se estudar os contributos teóricos desenvolvidos nos Estados Unidos, consoante Tassinari (2012), reside em três motivos: de início, o país foi o seio da discussão jurídica sobre o tema; ademais, a literatura brasileira incorporou a expressão muitas vezes com fundamentos teóricos norte-americanos; e, finalmente, importa analisar a transposição dessa teoria ao direito pátrio. Passa-se, então, ao início do ativismo judicial.

No que tange à utilização primeira que atraiu atenção substancial do público sobre o termo ativismo judicial, existe certo consenso na doutrina em afirmar que ocorreu com a publicação na revista norte-americana *Fortune* de artigo de Arthur M. Schlesinger Jr. intitulado: *The Supreme Court: 1947* (GREEN, 2008; KMIEC, 2004; STANDLER, 2006; VISCOSI, 2009). A constatação ocasionou certa surpresa pelo fato de que não se tratava de decisão jurisprudencial ou de artigo jurídico, mas de trabalho desenvolvido numa revista popular, voltado para as massas e elaborado por não-jurista (KMIEC, 2004)¹.

Nesse breve estudo de cinco páginas, Schlesinger individualiza os perfis dos nove membros da corte americana e expõe as alianças e divisões no tribunal, notadamente desmembrado em dois grupos: um detinha a denominação de juízes ativistas, sendo composto pelos *Justices* Black, Douglas, Murphy e Rutledge; enquanto o segundo – capitaneado por Frankfurter, Jackson e Burton – apresentava métodos de auto-contenção. Os membros Reed e Vinson foram considerados pertencerem ao meio-termo (KMIEC, 2004²; VISCOSI, 2009³).

¹ No original: “One might expect that the term “judicial activism” first appeared in a respected judge’s dissent, or in a seminal law review article. This does not appear to be the case. Rather, somewhat fittingly, the first use of the term to attract substantial attention from the public occurred in a popular magazine, in an article meant for a general audience written by a non-lawyer.” (KMIEC, 2004, p.1445-1446).

² No original: Schlesinger’s article profiled all nine Supreme Court justices on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them. The article characterized Justices Black, Douglas, Murphy, and Rutledge as the “Judicial Activists” and Justices Frankfurter, Jackson, and Burton as the “Champions of Self Restraint”. Justice Reed and Chief Justice Vinson comprised a middle group. (KMIEC, 2004, p. 1446).

³ No original: The term judicial activism actually first appeared in a 1947 article in *Fortune* magazine by Arthur Schlesinger Jr. It focuses on the aftermath of Democratic President Franklin Roosevelt’s court packing, and thus largely liberal court, in a Republican era. Schlesinger begins by calling Justices Hugo Black, William Douglas,

A comparação de Schlesinger (1947, apud KMIEC, 2004)⁴ feita entre ambos os grupos concluiu que o primeiro acreditava que a Suprema Corte poderia promover o bem-estar por meio de um papel afirmativo nos julgamentos dos casos particulares e consoante o próprio entendimento dos magistrados do que seria o bem social; já o grupo de Frankfurter-Jackson apresentava decisões conforme as legislaturas, permitindo que outros poderes estatais alcançassem resultados almejados pela população e, desta forma, assumindo o papel de preservação do Judiciário em seu lugar no sistema americano – ainda que significasse a defesa de conclusões condenáveis.

Apesar da constatação de que o termo foi conjecturado apenas no século XX, Green (2008) explica que muito antes dessa época já era possível observar formas do que hoje se convencionou chamar de ativismo judicial. O mesmo autor aponta que o funcionamento da *Marshall Court* 1801-1835, o caso *Dred Scott* em 1857, o período de Reconstrução (pós-Guerra Civil) e a *Era Lochner* 1905-1937 seriam exemplos dessa forma de atuação judiciária.

Tassinari (2012) ao examinar o último caso, *Lochner v. New York*, em que o Legislativo do Estado de Nova Iorque fora proibido, por decisão judicial, de estabelecer limites nas desgastantes jornadas de trabalho de empregados, explica que o posicionamento da Corte pode ser considerado como ativista porque invadiu o âmbito de atuação legislativa, comprovando também que mesmo um comportamento conservador de não intervenção pode ser enquadrado como ativismo judicial. A mesma verificação é feita por Green (2008) que infere ser o período da Reconstrução (pós-Guerra Civil) momento em que os direitos civis foram suplantados pelo poderio militar, em que a liberdade e a igualdade propagadas pelas emendas constitucionais nem sempre foram seguidas. Streck (2013) traz mais um caso de

Frank Murphy and Wiley Rutledge judicial activists. He then states that Justices Felix Frankfurter, Robert Jackson, and Harold Burton pursue methods of self-restraint. Stanley Reed and Chief Justice Fred Vinson were between the two groups (Schlesinger 74-8). Schlesinger then compares the two groups and provides a working definition of judicial activism: One group (the Black-Douglas group) is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other (the Frankfurter-Jackson group) with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse (Schlesinger, 201). (VISCOSI, 2009, p. 08)

⁴ No original: Schlesinger describes the competing approaches: This conflict may be described in several ways. The Black Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; The Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse. In brief, the Black-Douglas wing appears to be more concerned with settling particular cases in accordance with their own social preconceptions; the Frankfurter-Jackson wing with preserving the judiciary in its established but limited place in the American system (SCHLESINGER, 1947, p. 78 apud KMIEC, 2004, p. 1446-1447).

ativismo “às avessas”: com relação ao *new deal*, a corte liberal estadunidense considerava inconstitucional as intervenções do governo Roosevelt.

Esses apontamentos, de Tassinari, Green e Streck, evidenciam uma questão muitas vezes esquecida, senão intencionalmente deixada de lado, pelos adeptos do ativismo judicial no Brasil. Trata-se do fato de que, em países em que o ativismo já é de longa data, as decisões judiciais que se enquadram nesse instituto nem sempre foram progressistas. Pelo contrário: em certos momentos houve a violação de direitos subjetivos. É o que afirma Streck (2013, p. 23) ao pontuar: “não esqueçamos, por outro lado, que ativismo judicial nos Estados Unidos foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo).”

Voltando novamente às primeiras utilizações do termo na literatura – depois de seu uso inicial por não-jurista em revista popular–, a expressão *judicial activism* passou a aparecer, agora sim, em sentenças, pareceres e artigos jurídicos.

Em 1959, mais de uma década após o artigo na revista *Fortune*, a expressão constou expressamente em nota de rodapé na decisão do caso americano *Theriot v. Mercer*, onde o Justice Joseph Hutcheson Jr. fez referência a outro julgamento: o litígio *Galloway v. United States*. Neste, a Suprema Corte entendeu que o veredicto direto pelo magistrado era constitucional, visto que somente cabia à instituição do júri atuar em elementos fundamentais do processo, e não na grande massa de procedimentos e detalhes.

Na votação de *Galloway*, contudo, o Magistrado Black dissentiu da maioria e lamentou a perda de competência dos jurados, fazendo com que, no caso *Theorit*, Hutcheson assinalasse que permanecia firme contra o ativismo judicial e considerava que o voto dissidente do magistrado Black focou apenas o lado do demandante, impossibilitando ou limitando o controle e a direção do julgamento por um Juiz experiente, ainda que uso e costume antigos⁵.

Aqui, o ativismo foi enquadrado como ir de encontro aos precedentes das Cortes, aos usos e aos costumes arraigados, diferentemente do ensaio de Schlesinger, para quem o ativismo consubstancia uma atividade de interpretação pessoal dos magistrados acerca do bem-estar da sociedade.

⁵ No original, a nota de rodapé do magistrado Hutcheson: We think, however, we should say that in the controversy thus launched and still continuing, we stand firm against the judicial activism back of the struggle and the results it seeks to achieve, and, regarding as we do the guaranties of the Seventh Amendment, as applicable to plaintiff and defendant alike, we cannot understand how protagonists for the change can look upon the amendment, as apparently they do, as intended for the benefit of plaintiffs alone and, so regarding it, as the dissenters in the Galloway case apparently did, advocate doing away

1.1.1 Análise Conceitual do Ativismo nos EUA e influência no Brasil

Percebe-se como, nos EUA, o ativismo judicial apresenta ampla definição: insinuou, primeiramente, sujeitar os litígios ao próprio entendimento do magistrado e promover direitos fundamentais (vide análise de Schlesinger), em outra ocasião, significou ir contra as decisões das Cortes, usos e costumes – como pontuou Joseph Hutcheson Junior.

Sobre o assunto, Ramos (2010) também compreende ser o ativismo judicial estadunidense recepcionado de forma ampla, justamente porque na família da *common law* o ativismo é mais difícil de se caracterizar do que na família romano-germânica. Isso se dá, ainda consoante o autor, pois existe no sistema anglo-saxônico maior proximidade entre a atuação do juiz e do legislador, vez que, além da capacidade de estabelecer atos disciplinadores de condutas futuras, há também a possibilidade de se revogar precedentes.

E, mesmo quando o Poder Judiciário assume a condição de veiculador de normas, ainda assim não se equipara à criação de normas jurídicas, pois sua atividade é a de resolução de litígios. Até quando se deparam com a revogação de precedente, inexistência do mesmo, lacuna da lei, lançam mão da justificação das decisões (RAMOS, 2010). Deste modo, na família anglo-saxônica, o ativismo judicial é visto de forma ampla, pois:

[...] abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações (raras, na perspectiva jurisprudencial da família anglo-saxônica) em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. (RAMOS, 2010, p. 110)

Observou-se, desta maneira, que o berço do ativismo judicial trouxe também a base teórica para seu conceito, criando definições trazidas por escolas, dicionários e juristas.

O que se deve registrar, oportunamente, é que a definição norte-americana é ampla e variada, apresentando uma série de casos possíveis de se enquadrarem em ativismo judicial devido ao sistema jurídico adotado e à Constituição enxuta (TASSINARI, 2012).

Consoante Viscosi (2009), o dicionário *Black's Law* alega ser o ativismo uma filosofia a respeito da decisão judicial onde magistrados admitem que as visões pessoais sobre

política pública, entre outros fatores, guiam suas decisões, sendo que, normalmente, os adeptos tendem a encontrar violações constitucionais e estão dispostos a ignorar precedentes⁶ – mesclando as visões de Schlesinger e Hutcheson Junior. Uma visão distinta é trazida por Wolfe (apud VISCOSI, 2009) em que se argumenta que ativismo e constrição não podem ser reduzidos à ideia de fazer lei e interpretar a Carta Magna, respectivamente, mas que a diferença entre ambos reside no fato que o ativismo judicial tem como princípio a obrigação dos juízes de decidirem casos, ao invés de evitá-los, e usar o seu amplo poder para promover a justiça e a dignidade humana⁷.

A última passagem evidencia o que Cappelletti (1993) trouxe como diferença entre as famílias jurídicas: enquanto no sistema da *civil law* quase não existem possibilidades dos juízes se recusarem a decidir os recursos levados a seu julgamento, em países da *common law* há a concessão de um poder de escolha, um “*writ of certiorari*” (CAPPELLETTI, 1993, p. 118). Assim, como se viu anteriormente, Wolfe infere que os magistrados apresentam postura ativista ao não se furtarem da decisão e, mediante ela, expandir a igualdade e a liberdade pessoal. Contudo, no cenário brasileiro, apesar das alterações promovidas pela Emenda Constitucional n.º. 45/2004, que inseriu mecanismos como a repercussão geral dos recursos extraordinários, não se pode conjecturar ser ativismo judicial o conhecimento de recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, pois, ainda com o novo requisito, o tribunal se encontra afogado de recursos para decidir, ao contrário da Suprema Corte americana.

Retornando à definição de *judicial activism*, muitos autores da América do Norte encabeçaram seus trabalhos em fazer um apanhado das múltiplas definições de ativismo judicial. Dentre eles, Kmiec (2004) reúne cinco significados essenciais, a saber: a) a invalidação de atos dos demais poderes (observe-se que, nos EUA, o sistema de constitucionalidade difuso foi introduzido por decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v.*

experienced judge (KMIEC, 2004, p. 1457).

⁶ No original: The following definitions are a small sample of those that are currently in use. According to Black’s Law Dictionary, judicial activism is: “A philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, usu. with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent.” (VISCOSI, 2009, p. 9-10)

⁷ No Original: A different approach is provided by Christopher Wolfe, in his book *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, whereby he creates the conventional model. The conventional model can best be summarized with the following, “Activism and restraint, therefore, cannot be reduced to the simple idea that activist judges ‘make law’ and restrained judges merely ‘interpret the Constitution.’ Inevitably, the differences between activism and restraint are more a question of degree than of kind. Most simply put, the basic tenet of judicial activism is that judges ought to decide cases, not avoid them, and thereby use their power broadly to further justice – that is, to protect human dignity – especially by expanding equality and personal liberty. Activist judges are committed to provide judicial remedies for a wide range of social wrongs and to use their power, especially the power to give content to general constitutional guarantees, to do so” (Wolfe, 2-4). (VISCOSI, 2009, p. 11).

Madison); b) incapacidade de seguir precedentes (ante, novamente, a força dos precedentes); c) ‘legislação’ judicial; d) desvios na metodologia interpretativa aceita; e, por fim, e) julgamentos voltados para o resultado⁸.

Marshall (2002) também segue a mesma tentativa e aponta que foram identificadas sete formas de ativismo judicial na literatura, dentre elas: contra-majoritário (relutância das cortes em acatar as decisões dos poderes eleitos); não-originalista (o não reconhecimento pelas cortes da originalidade das decisões judiciais nos casos); de precedentes (falha das cortes em reconhecer precedentes); jurisdicional (incapacidade das cortes em ser fiel aos limites de seu poder); criativo (criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional); reparador (uso do poder judicial para impor obrigações positivas dos outros poderes do estado ou o poder de supervisão judicial das instituições); e partidário (uso do poder judicial para atingir objetivos de uma parte)⁹.

Trazendo as concepções norte-americanas ao cenário pátrio, Vieira (2009) aponta que o crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal é no sentido de um ativismo jurisdicional, ou seja, tendente a alargar as competências da instituição. A resultante dessa lógica é um crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal por meio de um “ativismo formal” ou “ativismo judicial” – conforme a tipificação de Marshall. O autor, em assim dispondo, vai ao encontro da aceção traçada por Streck (2013) e Ramos (2010), no sentido do ativismo judicial presenciado ser aquele de ampliação das funções do Judiciário com influência nas legislaturas.

É possível retirar das passagens colacionadas que, ao contrário do conceito brasileiro, o ativismo judicial em sistemas da *common law* é observado sob diferentes ângulos. Não seria possível, em solo brasileiro, afirmar que qualquer declaração de inconstitucionalidade de atos dos outros poderes seria considerada ativista, dado que é competência constitucional dos magistrados o poder de exercer tamanho controle. Portanto, há que se ter cuidado na importação de conceitos e teorias estrangeiras no que tange o ativismo no judiciário.

⁸ This Part identifies five core meanings of "judicial activism": (1) invalidation of the arguably constitutional actions of other branches, (2) failure to adhere to precedent, (3) judicial "legislation," (4) departures from accepted interpretive methodology, and (5) result-oriented judging. (KMIEC, 2004).

⁹ No original: (1) Counter-Majoritarian Activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches; (2) Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers; (3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent; (4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power; (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine; (6) Remedial Activism: the use of the judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy; and (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives.

1.2 ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMAIS TERMOS

Conjuntamente às divergências doutrinárias sobre o conceito de ativismo judicial, a literatura brasileira acaba por confundir este com demais institutos existentes, mesclando realidades distintas. Nesse sentido, o termo é trabalhado como sendo, muitas vezes, o mesmo que judicialização da política ou, inclusive, a politização da justiça. Com o intuito de se diferenciarem os objetos e se delimitar suficientemente o alvo da presente monografia, passar-se-á à análise de cada instituto.

O tópico é de suma importância dado que o trabalho não irá abordar posteriormente casos em que o Judiciário agiu conforme a legislação eleitoral em vigor – como nos julgamentos da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) ou da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) –, os quais incidiriam em situações de judicialização da política. A monografia irá tratar, por sua vez, de ocorrências onde o Tribunal Superior Eleitoral ultrapassou a competência constitucionalmente prevista e usurpou a função legislativa.

É com tal percepção que, ao final do assunto, será possível distinguir quais dentre as novas atribuições do Judiciário podem ser consideradas ativistas. Isso significa destacar as características e antagonismos dos exemplos citados logo no início do trabalho, como a dispensação de medicamentos pelo Judiciário, a invalidação de atos administrativos em juízo, a hermenêutica contemporânea, o sistema de controle de constitucionalidade, o protagonismo da justiça nas políticas públicas, dentre outros. Feitos os esclarecimentos de plano, iniciam-se as principais distinções.

1.2.1 Judicialização da Política

Para um entendimento didático acerca das características de ambos os institutos, faz-se necessário aprofundar os requisitos, as causas, o surgimento e evolução da judicialização da política – tal como foi feito com o ativismo judicial – para, só então, diferenciá-los. Diante de tamanha tarefa, Santos (2007) inicia por apontar a existência de duas escolas que

interpretam as condições essenciais para que se dê o crescimento do Poder Judiciário. O autor faz a seguinte divisão: a escola histórico-sociológica, capitaneada por Garapon e Cappelletti; e a Institucionalista, cujos expoentes são Tate e Vallinder.

De acordo com a primeira corrente, a ampliação do poder conferido aos órgãos judicantes decorreu de uma crescente atuação do mercado nas decisões políticas o que fez com que o cidadão, alheio às políticas, passasse a demandar seu papel ativo perante o Judiciário, fazendo-o ampliar suas atribuições ante a consagração de liberdade e bem-estar (GARAPON, 1996 apud SANTOS, 2007). Na mesma linha teórica, Cappelletti (1993) infere que o “estado gigante” ou “*big government*”, o qual consiste na enorme emissão de atividade legislativa e administrativa, obrigou o Judiciário a reequilibrar o sistema de controles entre os poderes. Segundo as suas palavras: “Na realidade, é difícil imaginar que algum sistema eficaz de controles e de contrapesos possa hoje ser criado sem o crescimento e fragmentação do poder judiciário [...]” (CAPPELLETTI, 1993, p.53).

Por sua vez, a escola Institucionalista, representada por Tate e Vallinder, expõe que a análise das políticas governamentais pelo Poder Judiciário é apenas uma faceta de seu crescimento, ocorrido após a extinção da União Soviética (SANTOS, 2007). Por tais motivos, Tate (1995 apud SANTOS, 2007, p. 276) compreende que existem outros fenômenos característicos à existência da judicialização da política, a saber:

- a) Democracia: Explicita Tate que o ambiente democrático é condição necessária para a existência de um efetivo meio de autocontenção de poderes, porém não é suficiente para embasar, sozinha, a ampliação do Poder Judiciário.
- b) Separação de Poderes: Este princípio, se efetivado, é capaz de induzir a um aumento da atuação do Poder Judiciário em um Estado democrático de direito. Justamente por permitir que diferentes poderes criem e interpretem as normas legais é que ele consegue manter essa relação de contrapesos que faz com que à medida que um Poder cresça, o outro deva fazer o mesmo para se contrabalancear.
- c) Direitos políticos: O reconhecimento de existência de direitos políticos em uma dada sociedade pressupõe a sua aceitação de entendimentos minoritários. No entanto, a formalização de direitos políticos na Constituição de um Estado não é, por si só, condição suficiente para a sustentação de uma ideia de expansão da atuação do Poder Judiciário.
- d) Uso dos tribunais pelos grupos de interesse: Os tribunais passam a ser vistos como searas de defesa de interesses que são regidos pelo princípio majoritário da democracia. Os grupos de pressão, portanto, ao tentarem defender a Constituição por meio de seus interesses acionam o Poder Judiciário para com isso conseguir um meio mais racional para a realização de seus objetivos.
- e) Uso dos tribunais pela oposição: Certamente essa é uma característica relacionada ao item anterior, na verdade significa a utilização dos tribunais como meio de se obstaculizar o processo político por meio de conexão de interesses diversos aos princípios constitucionais. [...]
- f) Percepção das Instituições políticas: Essa é uma característica encontrada em momentos de crise onde reina um sentimento de ausência de governabilidade, certo que essa marca advém de um controvertido domínio aleatório na cúpula do poder,

sem ninguém que efetivamente se ponha no papel de guia da sociedade, e de uma generalizada insatisfação da base política em relação a isso.

g) Instituições majoritárias delegam poderes: Isso ocorre nas situações onde o Parlamento decide não tomar decisões em razão do alto custo político causado por isso. São decisões de fundamental importância para o desenvolvimento da inserção política na sociedade, porém a probabilidade de insatisfação causada por tais decisões também é relevante para os parlamentares que dependem dos votos da população para continuarem no Poder.

Visto pela última escola, a judicialização da política decorre de uma série de fatores externos, como a queda do socialismo, a hegemonia do mercado norte-americano e a análise de políticas governamentais pelo Judiciário, mas não se encerra nessas conjunturas, pois engloba, igualmente, questões como a consagração de um espaço democrático, o contrapeso do Poder Judiciário na interpretação das normas, a aceitação de direitos das minorias, o uso dos tribunais pelos grupos de oposição, a inércia do Legislativo em tomar posições sociais.

Apesar de Santos (2007) apontar a existência de diferentes linhas teóricas para se compreender o aumento do poder judiciário, há certa uniformidade entre os autores em afirmar que os principais expoentes do “termo” judicialização da política em si foram os escritores da corrente Institucionalista Neal Tate e Torbjörn Vallinder, devido à publicação da obra coletiva intitulada *The global expansion of Judicial Power* (NUNES JUNIOR, 2008; SANTOS, 2007; VIEIRA, 2009; ZAULI, 2010).

No livro, Tate e Vallinder explicam que a judicialização da política é polissêmica, podendo significar (TATE; VALLINDER, 1995 apud NUNES JUNIOR, 2008): a) a expansão do poder dos magistrados em detrimento dos parlamentares e administradores, isto é, a transferência do poder decisório advindo das legislaturas e do executivo para o Judiciário e; ou, ao menos b) a propagação de métodos judicial para além dos tribunais. Resumidamente, envolve a transformação de algo para a forma do processo judicial¹⁰. No dizer de Nunes Junior (2008, p. 160):

Em resumo, a judicialização da política pode ser contextualizada tanto na expansão da área de atuação dos órgãos do Poder Judiciário, com a transferência de decisões da arena política para a arena judicial, quanto na propagação dos métodos típicos do processo judicial para fora dos tribunais, como a designação de relatores, votos, recursos, audiências públicas e até mesmo o socorro a precedentes.

¹⁰ No original: “[...] Thus the judicialization of politics should normally mean either: (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13 apud NUNES JUNIOR, 2008, p. 160)

O primeiro significado implica na ampliação da atividade jurisdicional por meio da revisão judicial de atos dos poderes legislativo e executivo, baseado na constitucionalização de direitos; já o segundo contexto, mais amplo, sugere a introdução ou aumento de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais administrativos) e no legislativo – a exemplo das Comissões Parlamentares de Inquérito –, sendo que as duas formas de judicialização são denominadas, respectivamente, “*from without*” e “*from within*” (MACIEL; KOERNER, 2002), ou seja: de fora para dentro e dos tribunais para fora. Consoante os autores Maciel e Koerner (2002, p.114): “Se na ideia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciais de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes.”

Percebeu-se, com o breve relato indicando a sua origem, que a Judicialização da Política é um fenômeno mundial, característico do aumento das atribuições do Judiciário e também, ao menos, da inclusão de formas processuais fora da justiça. Alguns requisitos necessários para o surgimento do instituto remetem ao predomínio do capitalismo, à alienação da sociedade às matérias (buscando no judiciário reaver a política), ao nascimento de um espaço democrático, à utilização do Judiciário por grupos contra-majoritários, à inércia dos demais poderes em assumir posições sociais. Feitos os aportes iniciais, cumpre estabelecer as ocorrências presenciadas em inúmeras famílias jurídicas e, em particular, o cenário brasileiro em que se iniciaram os debates sobre a judicialização da política.

1.2.2 Cenário Global e Brasileiro da Judicialização da Política

A partir do século XX e até o presente momento, diversas democracias sentiram a expansão do poder judicial, sendo inúmeros os exemplos em países de famílias romano-germânicas e anglo-saxônicas (NUNES JUNIOR, 2008). A abordagem irá perpassar, agora, os diferentes casos internacionais de judicialização da política a fim de culminar no cenário brasileiro. De início, há que ressaltar, novamente, a influência estadunidense para o amadurecimento global das democracias.

Os EUA apresentam interessante caso emblemático, no qual o Judiciário introduziu, por decisão, o controle de constitucionalidade de leis. Trata-se do famoso julgado *Marbury v.*

*Madison*¹¹, de 1803, no qual a Suprema Corte institucionalizou o *judicial review*, sem que existisse previsão constitucional para tanto (NUNES JUNIOR, 2008; SOUSA, 2010).

A disseminação de modelos de constitucionalidade, como o fixado nos EUA no caso acima, bem como a inserção de direitos e garantias constitucionais e a criação de cortes que primem pelo resguardo da Carta Magna contribuíram para a disseminação da Supremacia Constitucional fixada no *judicial review* (SOUSA, 2010).

Desta sorte, na França, o Conselho Constitucional passou a atuar intensivamente na ordem política, econômica e social; do mesmo modo, o Tribunal Constitucional alemão calhou a intervir nos debates políticos, conscientização política e controle judicial; indo ao encontro de tais apontamentos, o Tribunal Constitucional espanhol contribuiu para reduzir e pacificar conflitos entre Estado e grupos separatistas; na Itália, a Corte Constitucional é revisora das leis civis, penais, processuais, administrativas e sociais – a exemplo do direito de greve (NUNES JUNIOR, 2008)

“O modelo constitucional norte-americano difundiu-se por diversos países ocidentais, especialmente na América” (OLIVEIRA, 2005, p. 561). O mesmo autor expõe que, embora tardia, em meados da década de noventa, a judicialização da política se dá no Brasil com a promulgação da Constituição Cidadão e, principalmente, pela importância da Ação de Declaração de Inconstitucionalidade – ADIn. De acordo com Oliveira (2005, p. 565), são as ADINs

o último recurso diante do uso abusivo de medidas provisórias na iniciativa das leis”, ainda nos termos de Werneck Vianna *et alii*. Consequentemente, de acordo com os autores, há uma transformação dos partidos, sindicatos e associações em intérpretes da Constituição, chamando o Judiciário a exercer funções de freio e contrapeso no interior do sistema político, como uma forma de “compensar a tirania da maioria” – imposta, segundo eles, pelo Legislativo, órgão de lógica majoritária – e se consolidando como um importante ator político dentro do processo decisório.

¹¹ No seu último dia de trabalho, o Presidente americano John Adams nomeou 42 *justices of peace* e 16 *circuit court justices* para o Distrito de Columbia, na tentativa dos Federalistas terem o controle do judiciário federal quando Thomas Jefferson iniciasse seus trabalhos. As comissões foram criadas, mas não diplomadas antes do término do mandato de Adam. Ao assumir o cargo, Thomas Jefferson se recusou a honrar as comissões e afirmou que as mesmas eram inválidas porque não diplomadas com antecedência. William Marbury, indicado para juiz de paz, ingressou com mandado de segurança diretamente à Suprema Corte para obrigar o novo Secretário de Estado, James Madison, a diplomar as comissões. O *Judiciary Act* de 1789 que possibilitava à corte conhecer originariamente de mandados segurança ajuizados por cidadãos (sem que houvesse apelação) foi considerado inconstitucional pelo magistrado Marshall por ferir o artigo III da Constituição – “A Suprema Corte tem competência original em todos os casos que afetam embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, e aqueles casos em que o estado é parte. Em todas as demais situações, a Corte Jurisdicional será de apelação.” Desta forma, não cabia à corte julgar o *writ of mandamus*. Disponível em: <<http://www.lawnix.com/cases/marbury-madison.html>>. Acesso em: 02 de abril de 2013.

O primeiro trabalho acadêmico sobre a matéria em solo brasileiro se deu com o artigo de autoria de Marcus Fato de Castro intitulado *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*, de 1997, seguido, em 1999, pela obra *A judicialização da política e das relações sociais*, de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Borges (NUNES JUNIOR, 2008; OLIVEIRA, 2005). As causas brasileiras da judicialização da política são apontadas por Barroso (2009) como três facetas, expressando tendências mundiais e domésticas, a saber: a) a redemocratização do país com a promulgação da Carta Magna de 1988; a abrangência constitucional de inúmeras matérias antes deixadas às políticas e às legislações ordinárias; e a introdução de sistema de controle de constitucionalidade incidental e difuso.

Neste prisma é que Verissimo (2008) elenca que o arranjo constitucional da judicialização da política permitiu a transferência de temas como políticas públicas e ações executivas para dentro do direito e, conseqüentemente, para dentro dos órgãos judiciários. E o autor afirma que o resultado era previsto pelo sistema, pois além de introduzir a democracia social, a Carta Magna cuidou de criar mecanismos de tutela capazes de implementar os novos direitos sociais.

Ademais, estudiosos como Oliveira (2005) cuidam de separar a judicialização em fases distintas: a primeira, que é do acionamento de processos no Judiciário é denominada de politização da justiça; em segundo lugar, há o julgamento preliminar de pedidos liminares; e, por fim, haverá a judicialização da política propriamente dita com a resolução do mérito. Em não havendo a resposta à solicitação não há judicialização, vez que o resultado prático ainda não é a interferência do judiciário na política (OLIVEIRA, 2005).

Em outra análise, interessante é a colocação acerca do aumento do poder e independência do judiciário – não necessariamente culminando em posturas ativistas – trazida por Nunes (2010). Segundo o autor, o aumento do poder judicial e a criação de mecanismos para a proteção de sua independência iniciaram das situações de incertezas eleitorais, ou em outras linhas: há apoio à expansão e à independência da justiça apenas se os políticos pressentirem uma alta probabilidade de perder nas eleições vindouras¹². Nunes (2010) explica que a teoria não elucida todo o crescimento jurisdicional brasileiro, sendo que existe ainda uma visão distinta fundada na ideologia de Hilbink: para este, os políticos não procuram

¹² No original: Rational-strategic approaches to institutional reform subscribe to the view that the enhancement of judicial authority and the creation of mechanisms designed to protect judicial independence stem from situations of electoral uncertainty. More precisely, according to this *insurance logic* of judicial review politicians support the expansion of judicial power and independence only if they assign a high probability of losing upcoming elections (NUNES, 2010, p. 25).

ampliar o poder ou o prestígio do judiciário quando delegam poderes às cortes, mas o fazem acreditando que é o melhor para o modelo de governo que adotam¹³.

De forma conclusiva, a tendência mundial sinalizada foi o incremento, nas democracias, das atribuições judiciárias, seja no âmbito do controle de constitucionalidade de leis, na influência em políticas públicas, na pacificação social ou na garantia de direitos fundamentais. É de suma relevância o apontamento de que o exemplo clássico de judicialização política – a declaração de inconstitucionalidade de atos do legislativo – teve nos Estados Unidos uma postura também de ativismo judicial: isso porque partiu de decisão da Corte Suprema sem que houvesse previsão normativa para o *judicial review*. Na conjuntura brasileira, contudo, o sistema é expressamente prenunciado na Carta Magna, fato pelo qual, como veremos a seguir, a judicialização política não se confunde com o ativismo.

1.2.3 Ativismo Judicial e Judicialização Política: distinções existentes

As características e o conceito do que vem a ser judicialização da política não encontram grandes dificuldades na doutrina, especialmente se tomarmos por base os contributos de Tate e Vallinder já trabalhados. No entanto, o desafio e desarmonia surgem quando se põem aquele instituto e o ativismo judicial juntos, com o fito de estabelecerem diferenças e/ou semelhanças. A breve constatação permite inferir que parte da doutrina entende serem ambos muito próximos (até mesmo primos), enquanto outros acreditam que os significados não se tocam, tratando-se de ocorrências distintas; certos autores afirmam ainda ser ativismo judicial algo que nem sempre é, dependendo da situação concreta; e outros dirão que um conceito engloba o outro. A seguir, abarcar-se-ão os entendimentos doutrinários.

Para Barroso (2009), partidário do entendimento de que a judicialização e o ativismo judicial são próximos, ambos viriam da mesma família, apenas com origens distintas. O autor aponta que a origem do primeiro reside no modelo constitucional adotado; enquanto o segundo é uma escolha proativa de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance e sentido. O professor descreve que o ativismo judicial se associa à participação mais ampla e

¹³ No original: As Hilbink (2009: 783) puts it, ideational arguments suggest that when political actors delegate power to courts “they are not always only seeking to enhance or extend their own wealth, power, or prestige, but are sometimes doing what seems proper in terms of their nation’s history or what they think a theory or model of good government (e.g., democratic, liberal, or modern) requires.” (NUNES, 2010, p.28)

intensa com vistas a concretizar objetivos constitucionais, manifestando-se por meio de condutas já elencadas no tópico 1.1, mas que brevemente são lembradas pela importância à análise: aplicação da Carta Magna em situações que não são expressamente contempladas; declaração de inconstitucionalidade de leis por meio de critérios menos rígidos; e a imposição ou abstenção de condutas ao executivo. Indo ao encontro da posição levantada por Barroso, Carvalho Filho (2010) explica que a judicialização da política – ou seja, quando questões político-sociais são levadas ao judiciário – e o ativismo judicial aproximam a jurisdição e política, mas com a diferença de que aquela decorre de necessidade e esta da vontade.

Vieira (2009, p. 48) incide em confusão recorrente na literatura ao colacionar e anuir com as afirmações do autor americano Sustain (2005) o qual afirma que

o ativismo judicial será medido pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo [...] Ou seja, com que frequência os tribunais “retiram a decisão das mãos dos eleitores.” (SUNSTEIN, 2005, p. 43)

Ora, a simples invalidação de normas e atos de outros governos pelos magistrados não será, necessariamente, um comportamento ativista no Brasil. Conforme já esclarecido no ponto alhures, o sistema de declaração de inconstitucionalidade brasileiro é um típico exemplo de judicialização da política quando não usurpa os limites da função legislativa (momento em que passar a se ativista), isto é, na medida em que não extrapola os limites previstos ao sistema de constitucionalidade. Parece que a incorreção surge exatamente porque Vieira (2009) se utiliza de obra norte-americana, para quem o *judicial review* nasceu de decisão da Corte Suprema.

Sobre o ponto em especial, Tassinari (2012) tece cristalinos esclarecimentos ao afirmar que alguns autores – tal qual o acima mencionado – apontam que o ativismo judicial aparece em torno do exercício do controle de constitucionalidade sobre a política parlamentar, mas se esquecem ou não se preocupam com o modo ou termos nos quais o controle é exercido, demonstrando a confusão feita do que é judicialização da política e do que é ativismo judicial.

Outra corrente é seguida por Vieira *et al.* (2009 apud SOUSA, 2010) os quais explicitam que a judicialização da política é um fenômeno macro – gênero –, dentro do qual poderia ser encontrado o ativismo judicial (espécie), afirmando que a origem dos institutos seria a mesma: ambos provêm da ruptura com a separação dos poderes por meio do aumento do *status* político e social do Judiciário.

Contudo, Tassinari (2012) segue a corrente de que ambos não são o mesmo fenômeno, apresentando em comum apenas o grau de judicialização que o direito brasileiro assumiu. A judicialização da política permitiria, assim, a interação entre Direito, Política e Judiciário, ocorrendo por conta da consagração de direitos e de regulamentações constitucionais os quais possibilitam maior número de demandas perante o Judiciário e não uma postura positiva ou negativa do mesmo (TASSINARI, 2012). A autora afirma que o fenômeno é derivado de uma série de fatores alheios à jurisdição, cujo ponto inicial é o reconhecimento de direitos, a ineficiência do Estado e o aumento da litigiosidade. Em sua dissertação de mestrado, Tassinari (2012) critica a forma com que Barroso distingue a judicialização da política e o ativismo judicial, pois, para a autora, qualquer juiz no exercício de suas atribuições deverá atuar da forma com a qual Barroso atribui ser o ativismo – uma maneira proativa de alargar a Constituição.

Já quanto ao Ativismo Judicial, “[...] Elival da Silva Ramos na obra ‘Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos’ [...] identifica que o problema do ativismo envolve, pelo menos, três questões: o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito”. (TASSINARI, 2012, p. 25). No entanto, a mesma autora acima expõe que, ao contrário do que ocorre nos EUA, o papel contramajoritário exercido pelo Judiciário brasileiro está posto desde 1988, ao prever na Carta Magna a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade; devendo-se discutir os termos em que esse controle ocorre para analisar se há ou não ativismo. Assim, o problema fundamental do ativismo não reside em averiguar a constitucionalidade de atuação dos demais Poderes, mas saber como é que se dá esta revisão, ainda para Tassinari (2012).

Resumidamente, expõe a autora que a judicialização da política é um fenômeno que insurge de determinado contexto que independe da postura do Judiciário, enquanto o ativismo diz respeito especificamente a uma postura de juízes e tribunais para além dos limites constitucionais.

De acordo com o exposto, nota-se diversidade e desentendimento na conjuntura brasileira a partir do momento em que são justapostos o ativismo judicial e a judicialização da política. Para parte dos estudiosos, ambos os institutos apresentam origem parecida, “são primos”; outros dirão que aquele advém da vontade do tribunal e este dos direitos constitucionalizados os quais permitiram novas demandas litigiosas; alguns dirão ainda que a judicialização da política é um contexto amplo onde o ativismo judicial se insere. O estudo se filia ao segundo aporte teórico, indo ao encontro de Tassinari e Streck, corroborando a ideia de que o sistema de controle de constitucionalidade é, a princípio e por si, exemplo de

judicialização da política, apenas recaindo em ativismo judicial a partir do momento em que se analisa o mérito com que houve essa revisão.

1.3 CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL

As causas do ativismo judicial estão conectadas, principalmente, com a teoria conceitual adotada pelos autores, o que implica dizer que certos fatores serão destacados ou entendidos como mais importantes de acordo com cada entendimento firmado no tópico 1.1 e 1.2. Assim, aos partidários do controle de constitucionalidade como forma de ativismo, a promulgação da Carta Magna de 1988 é considerada fato de propulsão ao movimento. De outro norte, mas com as mesmas origens, aqueles que afirmam ser o ativismo uma forma de alargar o alcance dos postulados constitucionais encontram nos conceitos vagos e ambíguos da Constituição a pedra de toque para posturas ativistas, as quais demandariam criatividade na interpretação pelo magistrado. Em outra hipótese, quando o ativismo é visto como um “ato de vontade” (TASSINARI, 2012), decorre muitas vezes da intenção do juiz em trazer concepções pessoais ao processo. Estudar-se-ão os diversos entendimentos acerca das causas do ativismo judicial, fazendo correlação aos conceitos trazidos no capítulo inicial.

Embora a separação feita acima, há dentre autores de diversas correntes a exposição de uma causa contemporânea igual: trata-se do descrédito da população nos poderes políticos. É com tal ponto de partida em mente que Maia (2010) constata que o ativismo se justifica na medida em que os demais poderes são corroídos pela omissão, principalmente legislativa, sobre os assuntos de interesse do Estado e dos clamores populares. Nesse sentido Maia (2010, p. 57) infere que

a falibilidade dos poderes políticos, que não respondem às demandas sociais e não concretizam os princípios constitucionais, deixa espaço para a busca por uma nova instância de realização e criação de direitos. Deságuam-se, assim, todas as expectativas nesta nova formulação do Poder Judiciário que as responde com uma forma proativa de interpretar a Constituição, conferindo-lhe imediata efetividade aos seus preceitos, mesmo àqueles que reclamam uma complementação legislativa.

A crise representativa é levantada por outros autores que, como Maia, entendem por ativismo judicial a forma proativa de interpretar a Constituição. Nesse sentido, Barroso (2009) expõe que essa crise e a falta de legitimidade e de funcionalidade do Legislativo alimentam a expansão do Judiciário em nome da Carta Magna, que passa a suprir omissões legislativas e

inova, por vezes, na ordem jurídica. O professor constitucionalista, atual ministro do STF, aponta que o ativismo é responsável por exibir as dificuldades do Legislativo no cenário mundial, vez que a democracia sólida se dá com a política intensa e saudável, conjuntamente a um Congresso atuante e com credibilidade.

Petracioli (2009), da mesma posição argumentativa de Barroso, sugere que o fenômeno é jurídica e socialmente aceitável ante a inércia dos poderes políticos, verificando-se a transmutação de poder ao Judiciário em todas as famílias jurídicas nas quais o ativismo judicial é presenciado. O autor irá apontar que o legislativo peca por não atender aos anseios sociais, e que deste “[...] vácuo normativo surge a necessidade de o povo buscar em outra instituição a solução destes conflitos: o Judiciário. E é através do ativismo que este poder efetiva o preenchimento do ordenamento, passando a exibir papel formalmente ativo na criação do Direito.” (PETRACIOLI, 2009, *on-line*).

Causa perplexidade para alguns, todavia, que um partido com representação no Congresso Nacional afores uma ADIn para retirar norma do ordenamento jurídico ao invés de elaborar proposta legislativa que revogue a disciplina anterior (PEREZ, 2012). A passagem exemplificaria, portanto, certa passividade que se instaurou na Câmara e no Senado, os quais passaram a demandar atuação do Judiciário ao invés de atividade proativa *interna corporis*. No entanto, por outro lado, demonstraria também a judicialização da política sendo utilizada por grupos minoritários no Legislativo, necessitando a intervenção contramajoritária judicial e não constituindo necessariamente um exemplo da ineficiência parlamentar.

Continuando, o descrédito político também foi recepcionado por membros do Judiciário: Perez (2012, p. 133) informa que no discurso de Celso de Mello durante a posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência da Corte, em 2011, aquele sintetizou o sentimento da população – aí incluso o dos juízes:

[...] práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do poder público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o poder judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Observa-se que o Ministro aponta que atitudes ativistas deverão ocorrer quando há omissão ou retardamento de atividades políticas determinadas pelo estatuto constitucional. Contudo, em análise pragmática de resultado distinto, Cappelletti (1993), em sua célebre obra *Juízes Legisladores*, esclarece que uma das principais causas para a expansão do direito

jurisprudencial e, por conseguinte, do papel criativo dos juízes, deveu-se justamente pela expansão do legislativo. Na contemporaneidade, sofre a atividade parlamentar de gigantismo, interferindo com normas para a solução de incontáveis problemas e multiplicando diplomas legais (CAPPELLETTI, 1993). O resultado qualitativo, nos dizeres do autor, importa no acúmulo e labilidade de normas, as quais corroem a certeza do ordenamento.

Ao lado do gigantismo do Poder Legislativo, há também a exacerbação do ramo executivo, constituindo ambos o “Estado Gigante” – caracterizado pela poluição da atividade legislativa e administrativa (CAPPELLETTI, 1993). Por tais razões, e ainda consoante o italiano, a moderna expansão do terceiro ramo se tratou de tentativa de construção do sistema de controles e contrapesos, o qual não existiria se não fosse pelo crescimento e fragmentação do Judiciário. Neste sentido, Cappelletti (1993, p. 41-42):

É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas implicações impõem-se aos juízes. Em face de legislação social que se limita, frequentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou *self-executing*, de tais leis ou direitos programáticos. [...] Mais cedo ou mais tarde, no entanto, [...] os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado [...]. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades” e “princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.

Retira-se do mencionado que, enquanto a maioria observa como causa do ativismo judicial a descrença da população nos poderes classicamente políticos, Cappelletti propõe uma observação importante. Para este, a exacerbação da atividade jurisprudencial e, dessa forma, da criatividade e do ativismo judiciais, reflete o gigantismo dos poderes Legislativo e Executivo, que demandaram um sistema de *checks and balances* atuante, fazendo com que o Judiciário fosse chamado a solucionar litígios antes inexistentes. Dessa forma, passariam os tribunais a atuarem como um terceiro gigante na concepção cappellettiana, elevando-se ao patamar dos poderes políticos.

Outros contributos às causas do ativismo judicial são trazidos por autores como Perez (2012), o qual elenca quatro motores de propulsão ao ativismo judicial no Brasil, a saber: a) o Estado Intervencionista; b) a promulgação da Carta de 1988; c) a politização do Judiciário; e d) a execução ineficiente do legislador.

Quanto ao primeiro, o surgimento dos direitos sociais impôs ao Executivo a prestação positiva estatal no dizer de Perez (2012), e ao Judiciário a aplicabilidade imediata dos direitos de segunda geração não implementados pelas políticas públicas. Já a causa seguinte, promulgação da Carta de 1998, resultou na liberdade judicial à interpretação e na pressão do Judiciário em concretizar os programas que a Constituição delineou (PEREZ, 2012).

Uma terceira pedra de toque, segundo o Juiz Federal, seria a politização da justiça que transferiu as decisões políticas e sociais ao Judiciário e facultou-lhe exorbitar nas funções jurisdicionais. Por fim, como quarto fator, novamente a ineficiência do poder legislativo incrementou o ativismo judicial (PEREZ, 2012). Aqui, Perez (2012) traz uma posição interessante: a decisão do legislativo em furtar-se ao cumprimento da função – em razão de incômodos causados por conflitos de natureza moral – não é o único fator que reclama por posturas ativistas, dado que o excesso de leis desnecessárias também seria uma forte causa. Nesse diapasão, o Professor da Universidade Federal de Santa Catarina Dobrowolski (2010) elenca que as regras mal redigidas, conflituosas e de pouca durabilidade se tornam um desafio ao Judiciário, a quem cabe desfazer antinomias, compor incoerências, dar sentido às normas e ainda permitir a aplicabilidade do Direito.

Caminhando para aqueles que veem o ativismo como usurpação da função legislativa, o catedrático constitucionalista da USP, Ramos (2010), atribui cinco causas ao ativismo judicial, sejam fatores estruturantes ou circunscritos à realidade brasileira, a saber: o Estado Intervencionista (também relatado por Perez), a expansão do controle de normas, o neoconstitucionalismo, os dilemas institucionais e a atividade normativa atípica do STF.

A primeira impulsão elencada pelo mesmo jurista é o Estado Intervencionista, prestigiado no Brasil desde 1934, o qual consagrou o *welfare state* e trouxe, com a Constituição Cidadã, os objetivos da República, os direitos sociais, as responsabilidades estatais, as intervenções em domínio econômico e os poderes regulatórios. E continua: a intervenção estatal exige desempenho das funções legislativa e executiva, recaindo ao judiciário o controle dessa atividade e a consecução dos fins traçados na Carta Magna. Assim é que a diferença gritante entre o descompasso socioeconômico da população brasileira e os programas projetados pela Constituição é combustível ao voluntarismo judiciário, que acaba por ignorar os limites do papel conformador na interpretação-aplicação do texto constitucional (RAMOS, 2010).

Junte-se a isso uma segunda causa elencada pelo mencionado professor que impulsionou o ativismo judicial: a expansão do controle abstrato de normas. Na obra de

Ramos (2010) frisa-se que desde a Constituição brasileira de 1891 já havia a previsão do controle difuso-incidental de influência estadunidense. Paralelamente, a Emenda Constitucional nº. 46/65 adicionou à Carta Magna então vigente o controle abstrato de normas, culminando com a atual Constituição que, a seu tempo, ampliou o número de legitimados para tal controle, alargou o objeto da ação a fim de incluir omissões, criou a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação declaratória de constitucionalidade. O desenvolvimento desses sistemas de controle, concentrado e difuso, provocou a proximidade que ambos guardam com o exercício da legislatura, pois o efeito *erga omnes*, a interferência direta no conteúdo de atos legislativos e a modulação dos efeitos da decisão evidenciam a semelhança para com a atividade legislativa (RAMOS, 2010).

Destarte, Ramos (2010, p. 277) escreve que o “exercício de fiscalização de constitucionalidade, nas condições apontadas, é o fator desencadeante do ativismo judiciário na medida em que o órgão de controle perceba tornar-se menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição.” Some-se também o fato de que as normas utilizadas para apurar a validade da lei são, em sua maioria, normas-princípio as quais permitem maior liberdade no exercício da função hermenêutica-concretizadora. Por fim, Ramos aponta que a utilização de tais controles tende a diminuir com o amadurecimento do sistema, o que ocorre após a primeira fase de deslumbramento nas Cortes Constitucionais jovens.

Já o terceiro fator de propulsão, no dizer de Ramos (2010), jaz na realidade jurídica brasileira da fragilidade teórica do neoconstitucionalismo – para quem o Direito Constitucional abraçou a moderna hermenêutica de princípios na interpretação do texto maior. Assim, passa-se a desprezar regras ante a supremacia dos princípios, extraindo-lhes desdobramentos de competência do legislativo infraconstitucional, o que faz com que se espalhe um moralismo jurídico que impulsiona o ativismo judicial, ainda para a obra citada.

Em seguida, Ramos (2010) aponta que uma das principais causas do recrudescimento do ativismo é institucional, significando dizer que o Judiciário ultrapassa os limites que o sistema permite devido ao descrédito dos poderes políticos em tomar providências adequadas para concretizar a Carta Magna – causa essa já evidenciada por diversos autores retromencionados. Finalmente, a última pedra de toque consiste na conjuntura brasileira que permitiu novas atribuições de natureza normativa ao Judiciário, exemplificadas conforme a obra pela inovação das súmulas vinculantes e dos mandados de injunção. Quanto à primeira, o mesmo autor afirma que a súmula é antes um ato de criação do que de aplicação do direito; enquanto que entendimento acerca do mandado de injunção superou a recusa em exercer competência normativa e passou a dispor que o Poder Judiciário enunciaria o texto faltante.

Já para os autores adeptos do conceito de ativismo judicial como sendo um fenômeno de concretização de direitos e demandas por meio de interpretação principiológica, uma das causas para tal atividade reside no fato de que “a legislação garantidora dos direitos sociais muitas vezes define somente a finalidade e princípios que os regulam, deixando margem para maior atividade interpretativa e criativa do Poder Judiciário.” (SANTOS, 2008, *on-line*).

Nessa mesma linha, Cappelletti (1993) argumenta que os litígios envolvem por vezes leis e direitos sociais, que são frequentemente vagos, fluidos e programáticos, revelando-se certo grau de ativismo e criatividade do magistrado na interpretação, vez que interpretar e realizar direitos encontra alto grau de criação. Além disso, consoante Cappelletti (1993, p. 67), os direitos sociais “são normalmente redigidos de forma mais breve e sintética, com implícita menção das leis ordinárias, e os seus preceitos são frequentemente formulados em termos de valor: liberdade, dignidade, igualdade, democracia, justiça [...]” Tais asserções implicam discorrer que cabe ao juiz a interpretação de cláusulas abertas por meio de criatividade e subjetivismo.

Considerando a existência de conceitos indeterminados no Direito Eleitoral, Gomes (2010) compreende que alguns conceitos jurídicos não são precisos, claros e objetivos, mas sim fluidos e indeterminados, característica que conduz à ambiguidade de sentidos e fomenta a insegurança jurídica. Apesar da vagueza, são passíveis de determinações a partir dos casos práticos, do contexto e dos valores em jogo (GOMES, 2010). No tocante ao Direito Eleitoral, estaria o mesmo impregnado de tais conceitos, a saber: soberania popular, influência do poder econômico, abuso do exercício de função, abuso do poder econômico, igualdade de oportunidades, dentre outras.

Consoante Maia (2010) as constatações permitiriam revelar o cenário propício ao ativismo judicial eleitoral, pois as leis pertinentes seriam infectadas por conceitos indeterminados, os quais dão espaço para o Judiciário adequar as ambições constitucionais.

Tecendo críticas a esses argumentos, Streck (2013) aponta que Cappelletti aderiu ao poder discricionário do juiz, onde o processo hermenêutico de interpretação da Carta Magna fica a cargo do entendimento do magistrado, coberto pelo manto da discricionariedade. Sob o prisma, Streck (2013, p.47) estabelece que “esse fenômeno se repete no direito civil, a partir da defesa, por parte da maioria da doutrina, do poder interpretativo dos juízes nas cláusulas gerais” as quais são fruto de subjetivismo e de ideologias que integram o “Código do Juiz”, ainda nos dizeres do autor. Desta forma, Streck (2013) afirma que para muitos pesquisadores o Código Civil seria um sistema aberto de cláusulas gerais que conferem ampla possibilidade

de criação, dado que o intérprete irá buscar fontes internas, ou até mesmo fora do sistema, para fundamentar sua decisão.

O mesmo autor aponta, todavia, que não se devem procurar semelhanças entre as mencionadas cláusulas gerais e os princípios constitucionais, pois, se assim ocorresse, a Lei Maior permitiria sua complementação à revelia do processo legislativo e autorizaria o ativismo com cara de decisionismo. Explicando em outros termos, Streck (2013) resume que, se houvesse semelhança entre ambos, a doutrina poderia criar princípios para derogar até mesmo textos constitucionais, o que não se espera num Estado Democrático de Direito.

Além do poder discricionário dos juízes criticado acima, o membro do *Parquet* estabelece outra causa para a tendência contemporânea de apostar no Judiciário como forma de concretizar direitos. Streck (2013) elenca que livros, sentenças, artigos, entrevistas, vários desses trazem a tese de que o julgamento jurisdicional ocorre de acordo com o entendimento pessoal do magistrado sobre o sentido da lei. Ainda nos dizeres do Procurador de Justiça, a percepção decorreu de uma errônea introdução da Jurisprudência de Valores alemã, evidenciada no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos ante a inserção de dispositivos que aumentam os poderes dos juízes, permitem a instrumentalidade das formas, a flexibilização da técnica processual, a proporcionalidade, a razoabilidade e até mesmo o “princípio” do ativismo judicial. No caso da Alemanha, a introdução dos valores aparece como forma de superar a legalidade estrita que permitiu o totalitarismo nazista; enquanto no cenário brasileiro, a realidade é outra, pois historicamente o país busca um espaço de edificação da legalidade do texto constitucional (STRECK, 2013).

Desta forma, Streck (2013, p. 25) deixa bem claro que frases como: “Não me importa o que pensam os doutrinadores [...] Decido, porém, conforme minha consciência” e também: “Justiça que emane exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo à letra fria da Lei” evidenciam que o Direito, para estes, é o que os intérpretes querem, o que o autor critica veementemente. Para ele, o compromisso apenas com a consciência alimenta o imaginário de parcela considerável de juristas, podendo, se levado ao extremo, fazer com a lei democraticamente aprovada perca espaço para o entendimento do juiz sobre a lei.

A título de finalização, conforme se depreendeu do tópico em análise, vê-se que inúmeras causas são responsáveis por impulsionarem o ativismo na conjuntura brasileira – algumas institucionais e outras mundiais. Um fator citado por diversos autores recai na descrença que se instaurou nos poderes políticos, notadamente o Legislativo, que não dá respostas aos principais anseios populares. Cappelletti (1993), a seu turno, entende que o aumento do poder e da criatividade judiciais é consequência da poluição de normas e do

gigantismo administrativo os quais trouxeram desarmonia ao sistema de *checks and balances*, necessitando de um terceiro poder forte e desenvolvido.

Em perspectiva diversa, Elival da Silva Ramos (2010) elenca alguns impulsores ao tema, dentre os principais estão as decisões do Judiciário que concretizam o Estado do Bem-Estar Social, a aproximação do controle constitucional de normas à função legislativa, a introdução de atividades atípicas ao Judiciário como o mandado de injunção e a súmula vinculante. Uma parte da doutrina entende, ainda, serem os conceitos vagos e fluídos presentes no ordenamento um dos motivos da ocorrência ativista, visão criticada por Streck (2013), para quem o entendimento das cláusulas abertas gera subjetivismo pelos magistrados.

2 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL ELEITORAL

Antes de adentrarmos especificamente nas desconstruções do ativismo em seara eleitoral, cumpre novamente diferenciá-lo da judicialização da política (aqui entendida como judicialização das eleições).

Até mais importante para o presente estudo é a referida distinção, isso porque não serão objetos de análise situações em que a Justiça Eleitoral decidiu conforme as leis de regência, a exemplo do que ocorre em inúmeras Ações de Impugnação de Registro de Candidatura – AIRCs, Ações de Impugnação de Mandato Eletivo – AIMEs, Recursos Contra a Expedição de Diploma – RCEDs, dentre outros processos.

O que se terá em comento serão os panoramas nos quais aquela especializada ultrapassa a função judicante, cujos casos mais notórios esbarram nas resoluções que violam os princípios da legalidade, separação de poderes, segurança jurídica. Primeiramente, far-se-á a distinção supra para, em seguida, apontar a competência do TSE em expedir essas resoluções.

Conhecido por “o terceiro turno”, nomenclatura dada por Costa (2013) para a judicialização do processo eleitoral, o fenômeno corresponde à constatação de que as decisões da justiça eleitoral acabam por cassar os eleitos, impedindo-os de serem diplomados ou tomarem posse nos cargos eletivos. Maia (2010) completa a interpretação afirmando que se trata da transcendência do resultado das urnas, deixando-o a cargo da Justiça Eleitoral, competente nas ações e recursos que examinam abusos cometidos em períodos de campanha.

Embora sejam resultados contramajoritários e, até mesmo, identificados como ativismo judicial – o que, num breve parêntese, deve-se verificar caso a caso para inferir se esta postura realmente ocorreu –, a atuação é legítima. Legítima porque “fundada em um arcabouço legislativo que a autoriza, mas também, e sobretudo, porque resguarda o princípio da soberania popular, vez que impede o resultado viciado das eleições.” (MAIA, 2010, p.90). Importa destacar que a judicialização das eleições é caracterizada por uma atuação do Poder Judiciário na fiscalização dos pleitos, mediante os princípios da celeridade e transparência, a fim de coibir abusos e fraudes eleitorais (MAIA, 2010).

Notadamente diversa, porém, é a conjuntura de aprovação da Resolução nº. 22.610/2007 em que o TSE criou uma nova forma de perda de mandato eletivo. Mediante sua publicação, ampliou-se o rol do artigo 55 da Constituição Federal, inserindo causa não explícita de perda do mandato quando da desfiliação partidária sem justa causa. Some-se

também o julgamento paradigmático do Recurso Ordinário nº. 748 no qual o TSE fixou, por maioria, prazo decadencial de 5 (cinco) dias para o ajuizamento de representações por condutas vedadas (MAIA, 2010).

Outro exemplo é a inserção, na Resolução nº. 23.376/2012, de dispositivo inovador, a saber: “A decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral”. Conhece-se, todavia, que a falta de quitação eleitoral nesses casos só ocorre com a não apresentação de contas da campanha, apesar de o texto regulamentar ampliar a “pena” também na desaprovação das mesmas.

Panoramas como os três acima relatados estão longe de serem considerados aumento do Poder Judicial pela incorporação de novas ações, leis e competências (ou judicialização das eleições), incidindo justamente na esfera da normatização.

É de se ressaltar, por fim, a crítica contumaz de Petracioli (2009) para quem o Direito Eleitoral, por ser uma área de pouquíssimos autores, de doutrina ainda não solidificada e atrelado ao fato de ter uma legislação mal concebida, torna-se um campo de disseminação do ativismo e, ainda pior, cria uma área fundamentada na repetição mimética da Jurisprudência decidida ao sabor do TSE da época.

Por fim, pode-se concluir que o autor faz uma leitura certa das instituições eleitorais e do estudo do direito atinente, podendo-se avançar na sua conclusão para inserir que, os que ousam discordar do entendimento do TSE em grau de recurso extraordinário, ordinário ou de ADINs das Resoluções expedidas, encontram no Supremo Tribunal Federal – diga-se, com três membros pertencentes ao TSE e que não se consideram impedidos para julgamentos em sede de recurso¹⁴ – um órgão acolhedor do ativismo eleitoral.

2.1 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL EM EXPEDIR RESOLUÇÕES, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E RESERVA DE LEI

O ativismo judicial tem como fator de incentivo na seara eleitoral certas peculiaridades dessa especializada ante outras Justiças, principalmente no tocante à discutível competência regulamentar não reproduzida na Carta Magna. Tal atribuição confere aos

¹⁴ Neste sentido, Almeida (2012) atenta para o fato de que ministro do STF não estará impedido de participar de julgamento de recurso extraordinário quando tiver funcionado no mesmo processo junto ao TSE, conforme súmula n. 72 do STF.

tribunais a possibilidade de expedir instruções para a execução do Código Eleitoral e leis esparsas bem como a competência de responder às consultas que lhe forem feitas sobre matéria eleitoral. Sobre o assunto, Maia (2010) reforça que um dos grandes incentivos ao ativismo judicial tem por base a competência da Justiça Eleitoral em expedir instruções, elaborar resoluções e responder consultas formuladas em tese. Para melhor compreensão do estudo, seguem os dispositivos basilares sobre o assunto:

Código Eleitoral, Art. 1º Parágrafo Único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá as Instruções para sua fiel execução.

Código Eleitoral, Art. 23 - **Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,**

IX - **expedir as instruções** que julgar convenientes à execução deste Código;

XII - **responder**, sobre matéria eleitoral, às **consultas** que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;

Lei 9.504/1997, Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, **o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções** distintas das previstas nesta Lei, **poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos**, previamente, em audiência pública, os **delegados ou representantes dos partidos políticos**. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 1º O Tribunal Superior Eleitoral publicará o código orçamentário para o recolhimento das multas eleitorais ao Fundo Partidário, mediante documento de arrecadação correspondente.

§ 2º Havendo substituição da UFIR por outro índice oficial, o Tribunal Superior Eleitoral procederá à alteração dos valores estabelecidos nesta Lei pelo novo índice.

§ 3º Serão aplicáveis ao pleito eleitoral imediatamente seguinte apenas as resoluções publicadas até a data referida no caput.

Lei 9.096/95, Art. 61. **O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei.** (Grifo Nosso)

Pontua-se, antes de adentrarmos nessas funções atípicas suso descritas, que tais competências são questionadas por parte dos juristas diante do silêncio da Constituição de 1988 em acolhê-las, tratamento que será inicialmente abordado. Assim, reconhece-se que uma das principais causas de distinção da Justiça Eleitoral das outras congêneres é justamente a função normativa atribuída a ela pelo legislador infraconstitucional, malgrado a Constituição Federal não a prever (GOMES, 2010).

Por tal motivo, em sua tese de doutorado, Salgado (2010) pontua com maestria que a expedição de resoluções pela Justiça Eleitoral é inconstitucional porquanto a Carta Magna não elenca essa função atípica. Remata a mesma autora que, pelo fato daquela especializada não compor os órgãos normativos competentes – a exemplo do que ocorre com a sentença normativa da Justiça do Trabalho e a competência regulamentar do Conselho Nacional de

Justiça –, não há falar em poder regulamentar, mas tão-só em poder de expedir instruções¹⁵ que se destinam à atuação administrativa interna sem alcançar administrados.

A expedição de instruções resta explícita na Lei dos Partidos Políticos, na Lei das Eleições e no Código Eleitoral (artigos 61, 105 e 23, IX, respectivamente), mas inexistente menção à publicação de regulamentos, os quais se dirigem para além da Administração Pública (SALGADO, 2010).

Alguns autores, porém, a exemplo de Gomes (2010), alegam a importância das resoluções expedidas pelo TSE para a operacionalização do Direito Eleitoral, pois elas consolidam a difusa legislação em vigor, proporcionando maior segurança e transparência. Já outros, como Salgado (2012), registram a insegurança que muitas trazem devido à tentativa de moralizar a política por meio de violações aos princípios constitucionais.

Embora o forte fundamento de inconstitucionalidade levantado, sabe-se que, na prática, não existem maiores discussões a esse respeito pelo Judiciário, cujo exemplo notório se dá com o seguinte texto previsto em todas as Resoluções expedidas pelo TSE: “O Tribunal Superior Eleitoral, no uso das atribuições que lhe conferem o artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral e o artigo 105 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, resolve expedir a seguinte instrução: [...]”.

Advirta-se que, até agora, foram utilizadas os seguintes termos: resoluções, instruções (já conceituado) e poder regulamentar. Para melhor compreensão, cuida-se de especificar com antecedência as palavras que serão bastante utilizadas: decretos, regulamentos e resoluções.

Todos são atos normativos (leis em sentido material) de comando geral e visando à correta aplicação da lei. As diferenças, no entanto, residem no fato de que os *decretos* são atos de competência exclusiva dos Chefes do Executivo, sendo comumente normativos e gerais; os *regulamentos* são postos em vigência por decretos com a missão de prover minúcias não abrangidas pela norma editada pelo Legislativo; e as *resoluções* são atos administrativos normativos expedidos por pessoas que não o Chefe de Governo – como altas autoridades do Executivo ou presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos – os quais disciplinam matérias de competência específica (MEIRELLES, 2002).

Caso se entenda, todavia, pela constitucionalidade do poder regulamentar da Justiça Eleitoral, Maia (2010) preleciona que este não é absoluto, mas adstrito a limites pertinentes, como o princípio da legalidade e a reserva da lei. Restrições outras também são apontadas por

¹⁵ Sobre o conceito de instrução, Carvalho Filho (2012) esclarece que são atos que organizam a atividade e órgãos dentro da Administração.

Cerqueira e Cerqueira na obra organizada por Lenza (2010) quando afirmam que as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral não podem versar sobre matéria constitucional ou reservada à lei complementar, mas apenas em questões infraconstitucionais.

Assim, a perspectiva do estudo engrena para os limites constitucionais ao poder regulamentar. Serão apontadas as principais barreiras capazes de evitar a livre disposição de matérias nos atos infralegais, principalmente no que concerne ao princípio da legalidade e da reserva legal.

O princípio da legalidade, previsto constitucionalmente no art. 5º, II, preceitua que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e consiste num preceito, segundo Mendes, Coelho e Branco (2008), que se espalha no ordenamento jurídico e dá origem a outras tantas expressões – devido processo legal, supremacia da lei, reserva de lei... Seguindo os ensinamentos de Moraes (2009), tal princípio impede o poder arbitrário estatal, pois só pelo processo legislativo constitucional é possível criar espécies normativas que originam obrigações aos indivíduos, cessando possível “vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.” (MORAES, 2009, p. 41).

O constitucionalista Silva (2010) elenca que todos possuem o direito de fazer o que bem entender ou não fazer, salvo quando lei determine o contrário (denominado princípio da liberdade-matriz). E continua o jurista a registrar que, caso se considere lei qualquer norma do Poder Público, de nada valeria tal princípio constitucional, pois a legitimidade do sistema depende que a obrigação imposta seja legítima, isto é, provenha de um legislativo constitucionalmente formado. Assim, de sorte que o princípio da legalidade comporta a dimensão da liberdade de ação, extrai-se a ideia de que a liberdade só pode sofrer restrições por normas provenientes do Poder Legislativo (SILVA, 2010).

Outrossim, Mello (2013), em razão do princípio da legalidade, ironiza que o comando do art. 5º, II não significa “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos, e sim “lei” – consagrando a ideia de que aquelas atividades são comandos complementares ao legal. Implica dizer que não é possível “[...] expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coatar a liberdade dos administrados, se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.” (MELLO, 2013, p. 106). Na construção doutrinária de Ataliba (2007), a lei é genérica, isonômica, irretroativa além de ser também ato primeiro, inovador do ordenamento jurídico e emanado pelo Poder Legislativo.

As alegações aqui reproduzidas implicam dizer que só a lei obriga no sistema brasileiro e só ela tem força inovadora, pois para os demais atos normativos inovarem devem

ser permitidos taxativamente pela Constituição – a exemplo do que ocorre com o regimento do Supremo Tribunal Federal, as medidas provisórias e as leis delegadas, todos limitados no âmbito e no alcance, apenas válidos se dentro dos pressupostos constitucionais (ATALIBA, 2007). O mesmo autor conclui que as normas restantes, que não sejam emanadas pelo Legislativo nem de competência excepcionalmente prevista a outro Poder, devem estar contidas em preceitos legais, mesmo implicitamente, sendo obrigatória a sua conformidade com a máxima expressão da vontade estatal.

Guinando os estudos para o princípio da reserva de lei, há que se fazerem algumas diferenciações com o que fora perpassado sobre a legalidade. Nos dizeres de Moraes (2009), este princípio é mais amplo que aquele, pois a imposição de comportamentos forçados há de provir de comandos jurídicos que seguem um rito processual próprio, ao passo que a reserva legal incide tão só nos campos especificados pela Constituição.

Estatuindo também sobre as diversidades entre os princípios, Silva (2010) tece as seguintes diferenças: a legalidade implica na atuação conforme o legislador, ao passo que a reserva de lei impõe que certas matérias sejam regulamentadas por lei formal; aquela envolve a hierarquia das fontes normativas e esta questão de competência. Trazendo para o campo do Direito Eleitoral, a reserva de lei complementar é encontrada quando se dispõe sobre inelegibilidades (art. 14, §9º, da CRFB/1988) e a de lei ordinária quando das elegibilidades (art. 14, §3º, da CRFB/1988).

Canotilho (1993) discorre que, apesar das distinções relatadas, a reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*) foi concebida a partir da ideia de legalidade, a qual implicou também no surgimento da primazia da Lei (*Vorrang des Gesetzes*). O último faz alusão de que a lei, aqui abrangendo a Constituição e as demais espécies, prevalece sobre os demais atos normativos (JUSTEN FILHO, 2008). Ao longo do tempo, contudo, a prevalência legal sofreu processo de relativização no tocante à dureza das normas pela indiscutível superioridade hierárquica daquelas constitucionais e pelo surgimento de outros atos com força de lei (CANOTILHO, 1993), como as medidas provisórias.

Ao lado do princípio da prevalência, a reserva de lei delimita as matérias que devem ser reguladas por fontes legais, carecendo ao poder executivo fundamento para desenvolver suas atividades e dependendo do legislativo para tanto (CANOTILHO, 1993). O sistema brasileiro, conforme se identifica, destoa do direito francês, no qual a Constituição elenca matérias objeto de leis (reserva de lei) e deixa temas residuais para a competência normativa do Poder Executivo – reserva de regulamento (JUSTEN FILHO, 2008). Aqui, porém, a expressão reserva de lei não apresenta grande utilização, pois regra geral todas as matérias são

reservadas a ela, não existindo temas tratados por reserva de regulamento, consoante ainda a obra acima.

Em direito eleitoral, as matérias absolutamente reservadas ao Poder Legislativo fazem relação aos direitos subjetivos políticos e eleitorais, submetidas, obrigatoriamente, ao debate da representação política (CLÈVE apud SALGADO, 2010) – o que, na prática, não é o que se observa das decisões do TSE.

2.1.1 Poder Regulamentar

As contribuições dos administrativistas, apesar de estudarem as influências da legalidade nos atos regulamentares expedidos pelo Presidente da República, servem também ao poder regulamentar na Justiça Eleitoral, quanto mais pela similaridade do art. 105, da Lei das Eleições e art. 61, da Lei dos Partidos Políticos ante o art. 84, IV, *in fine*, da Constituição Federal: “IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para *sua fiel execução*” (Grifo nosso).

Uma breve crítica conceitual é trazida por Di Pietro (2007) a quem o poder regulamentar é apenas uma forma de expressão da normatividade da Administração, preferindo-se falar em poder normativo. Dessa forma, este poder se desmembraria em dois: na expedição de atos derivados, cujo objetivo é a execução no plano da práxis (poder regulamentar) e de atos normativos originários – cuja competência normativa é outorgada pela Constituição para criar direito novo (DIPIETRO, 2007). A função normativa, ademais, é gênero onde se insere a função legislativa, significando que poderá haver a primeira sem a necessária execução da última (CARVALHO FILHO, 2012).

Para além da crítica, percebe-se que tanto as normas de Direito Administrativo quanto as de Direito Eleitoral remetem ao termo “fiel execução” da lei, podendo o trabalho se valer da contribuição dos administrativistas para analisar os limites dos regulamentos eleitorais – dado que o tema nesta contenda não é tão aprofundado quanto naquela.

A possibilidade de se valer do Direito Administrativo em matéria regulamentar eleitoral apresenta outro argumento favorável: o fato de que o regulamento em si não é um *nomen juris* de atos uniformes e precisos (MELLO, 2013). Assim, o autor infere que o caráter geral e abstrato que possuem tais atos juntamente com o fato de não serem expedidos pela função legislativa é que caracterizam o regulamento. É possível, desta forma, inserir as

resoluções eleitorais sob o título de regulamento justamente porque “o denominador comum encontrável para radicalizar atos compreendidos sob tal nome é tão somente o caráter geral e normalmente abstrato que possuem, de par com a circunstância de serem expedidos por órgão diverso daquele ao qual esteja cometida a edição de leis (Legislativo).” (MELLO, 2013, p. 343). Comenta-se, oportunamente, sobre a expedição de regulamentos.

A respeito da matéria, a doutrina majoritária aponta de forma inequívoca a capacidade da lei e de alguns atos normativos excepcionais inovarem no ordenamento jurídico e serem originais, ao passo que os demais atos deverão estar implicitamente contidos nela. Ataliba (2007) define que a compreensão exata da legalidade no sistema constitucional republicano deve perpassar o confronto com a competência regulamentar do Presidente da República – guardadas as semelhanças com a competência da Justiça Eleitoral.

O dispositivo dentro do qual a Administração é competente para regulamentar está em perfeita harmonia com o artigo 5º, II, da CRFB/1988 precitado, pois como o primeiro obriga à fiel execução de leis, resguarda-se a garantia constitucional da legalidade: o administrado não deve ser obrigado a fazer ou deixar de fazer ora por causa de lei ou ora por causa de regulamento (MELLO, 2013). A conclusão decorre do fato que atos normativos primários que criam direitos e obrigações são funções típicas do Legislativo, estabelecendo a Constituição que decretos e regulamentos sejam atividades normativas secundárias, vez que devem respeitar a lei (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Ataliba (2007) prossegue sua obra delimitando que a pedra de toque da construção normativa reside no direito fundamental à liberdade humana, cujo ponto de equilíbrio consiste em conciliar o poder estatal com a liberdade-motriz, sem feri-la. Para compatibilizar ambos, destinam-se os regulamentos aos subordinados do editor (Presidente da República) e só indiretamente atingem os não-servidores – pois não se criam obrigações para terceiros que não os subordinados, nem para os Estados ou Municípios, se regulamento da União. Diz-se que os administrados são colhidos pelos preceitos regulamentares apenas quando se relacionam com o órgão público obrigado a certo regulamento, consoante a obra acima.

Outros autores, a exemplo de Moraes (2009), trazem que o exercício do poder regulamentar do Executivo também está adstrito ao Princípio da Separação de Poderes, pois exceto em casos excepcionalmente previstos, o Presidente da República não poderá editar normas gerais criadoras de direitos ou de obrigações.

Todavia, a partir do momento que se permite ao regulamento inovar de forma primeira e definir direitos, deveres, obrigações ou restrições haverá delegação indevida, pois “há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito,

dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada.” (MELLO, 2013, p. 359)

Acerca da delegação indevida, Pontes de Miranda, em sua obra *Comentários à Constituição de 1967*, discorre que onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos por meio de regulamentos há abuso de poder e invasão da competência legislativa. Isso porque o regulamento, apesar de pretender o lugar das leis, deve auxiliá-las, não se podendo elevar à categoria destas (MIRANDA, 1967)¹⁶.

Quando se tem em voga o grau de subordinação do regulamento à lei, Silva (2010) dispõe que existem os regulamentos vinculados e os autônomos/independentes. Extrai-se de sua obra que vinculado significa aquele regulamento determinado por lei – que se encontra fundamentado no artigo 84, IV, da Constituição Federal e autônomos os que prescindem da mesma. Gasparini (1993) utiliza as expressões “regulamentos executivos/subordinados” para aqueles que pressupõem a existência de uma lei e “regulamentos autônomos” aos advindos do antigo poder de legislar antes concedido ao Chefe de Estado.

Estará estritamente vinculado, consoante Mello (2013), quando a lei trazer o único comportamento possível e, portanto, não houver discricionariedade da administração – o regulamento, neste, seria mera repetição de lei ou paráfrase. Trazendo ao Direito Eleitoral, exemplo claro é o conceito em lei da quitação eleitoral, que consiste exclusivamente na plenitude dos direitos políticos, no voto, no atendimento às convocações da Justiça Eleitoral, na inexistência de multas não pagas e na apresentação de contas de campanha eleitoral, não podendo regulamento algum ampliar as atividades necessárias à quitação.

De outro lado, para muitos autores¹⁷, o regulamento autônomo não se encontra regulado na Constituição, salvo a previsão muito restrita do artigo 84, VI, cujo fundamento é validado na Carta Magna. A permissão excepcional brasileira consiste no regulamento de organização que não implique aumento de despesa nem crie ou elimine órgãos públicos (DIPIETRO, 2007)¹⁸. Tal inovação trazida pela Emenda Constitucional nº. 32/2001 não

¹⁶ Quanto à consequência do regulamento se elevar à categoria das leis, Miranda (1967) alinha de inconstitucional todo aquele que cria novos direitos, obrigações ou os faz reviver, bem como nas situações em que de rol exemplificativo passa a ser taxativo e vice-versa; quando limita ou amplia direitos deveres, pretensões, obrigações, exceções, salvo implícitas; a partir do momento que ordena o que não traz a lei; caso fixe, diminua ou eleve vencimentos; institua penas, emolumentos, taxas. Já Mello (2013) argumenta que o mesmo será nulo ante a contrariedade à regra jurídica, argumento esse seguido por Meirelles (2002), que pontua a nulidade do regulamento ilegal.

¹⁷ Neste sentido, as obras de Carvalho Filho (2012), Di Pietro (2007), Justen Filho (2008), e Mello (2013).

¹⁸ Para Di Pietro (2007), os regulamentos independentes só podem existir em matéria organizativa porque a sujeição do cidadão é peculiar: presa a um título jurídico emitido pela própria Administração.

extinguiu o princípio da legalidade ou supremacia da lei, pois não liberou o Executivo a dispor sobre todo e qualquer tema (JUSTEN FILHO, 2008).

Já Meirelles (2002) vivifica os regulamentos autônomos, seja para suprir omissões do Legislativo (decretos independentes que suprem a lei até que a mesma seja criada), seja para prover situações não previstas em lei, mas correntes na prática, desde que não invadam a reserva legal – matérias que afetem garantias e direitos individuais assegurados na Constituição.

A esse respeito, Justen Filho (2008) elenca quatro posicionamentos sobre as omissões legislativas: o regulamento pode suprir a ausência de disciplina legislativa para efetivar as disposições constitucionais¹⁹; a possibilidade de se atribuir a competência de inovar em certos temas para o Executivo; é válido o suprimento pelo chefe do Executivo da finalidade buscada pelo direito; o regulamento deve ser estritamente subordinado à lei.

Sob o prisma do primeiro cenário, seriam válidos os regulamentos autônomos que dessem eficácia às regras constitucionais, como as necessárias para implementar direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2008). Na segunda teoria, ainda consoante o autor e também para Gasparini (1993), a possibilidade de se delegar atribuição inovadora ao poder regulamentar seria incompatível com a Constituição, porquanto existe o instituto da lei delegada; e a terceira, por sua vez, caberia para substituir o pensamento de que os regulamentos apenas podem traduzir a vontade já contida em lei (último entendimento), vez que seriam capazes de buscar o objetivo dela sem implicar mera repetição do texto legal. A última posição é seguida na monografia.

Migrando o estudo para as funções dos regulamentos, o administrativista Mello (2013) arrazoa que a doutrina cansa de trazer as seguintes fórmulas: destinam-se a explicitar, interpretar, explicar, desenvolver, pormenorizar o texto regulamentar. No entanto, afirma que tais expressões são vagas e imprecisas, pois os regulamentos são necessários, bem verdade, para formular regramentos procedimentais, expurgar generalidades e abstração de intelecções latas e facilitar a execução da lei por meio de explicação. Eis a sinopse de sua finalidade:

Em síntese: os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servirem a um dos seguintes propósitos: (I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surtirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou

¹⁹ Neste sentido, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, o STF sinalizou que a Resolução n. 7 do Conselho Nacional de Justiça que proibiu o nepotismo no Judiciário era válida, pois efetivou determinações da própria Constituição Federal (JUSTEN FILHO, 2008).

comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém. (MELLO, 2013, p. 370, grifos do autor)

Como exemplos da primeira função, a obra acima sugere os regulamentos de impostos que anexam formulários a serem preenchidos e informam as condutas dos órgãos e de agentes; da segunda, os que fixam certas drogas como prejudiciais à saúde; e da última, o regulamento que discrimina, por exemplo, todos os servidores que têm retribuição por subsídio e que, de acordo com a previsão legal, incidirão dado impedimento.

Diante de todo o exposto, percebe-se, de plano, que a competência regulamentar reconhecida pela Justiça Eleitoral é questionada porquanto a omissão constitucional dada ao tema. Nesse diapasão, os tribunais poderiam editar tão-somente instruções para a organização interna da Justiça e sem influir em direitos de terceiros.

Contudo, mesmo que se reconheça a constitucionalidade da Justiça Eleitoral de expedir resoluções (atos normativos editados por pessoas que não o chefe do Executivo), não há falar em liberdade total para o poder, vez que o próprio ordenamento limita a sua edição. Uma das principais barreiras para o alvedrio dos magistrados tem na Legalidade o seu maior entrave, eis que princípio basilar da República no qual só a lei restringe a liberdade-motriz. Inexiste, assim, coação ou obrigatoriedade por meio de resoluções ou regulamentos, pois complementares à ordem legal.

Paralelamente, a Constituição impõe que certas matérias devam ser objeto de regularização por lei em sentido formal – aquela editada pelo Legislativo e consoante o processo constitucional –, princípio que se denomina Reserva de Lei. Configura-se, pois, segundo obstáculo à livre disposição de matérias regulamentares, vez que a Lei Maior se certificou de que temas como inelegibilidades e elegibilidades são reservados à lei editada pelo Congresso.

Apesar da base teórica estável, aponta Salgado (2010) que o Tribunal Superior Eleitoral vem inovando em matéria eleitoral em nome da moralização do processo, criando direitos e obrigações, inelegibilidades sem lei, determinando o número de cadeiras de vereadores e criando hipóteses de perda de mandato eletivo por resolução.

Passa-se, por oportuno, a outro impedimento ao poder normativo da Justiça Eleitoral, vez que deverá conciliar a harmonia entre os poderes e a edição de normas abstratas e gerais.

2.2 A DESARMONIA NO SISTEMA DE PESOS E CONTRAPESOS

A idealização dos preceitos básicos para a separação dos poderes pode ser encontrado desde a Antiguidade, mas ganhou especial relevo a partir do século XVIII com os ideais liberais (RAMOS, 2010). Diversos são os autores que apontam unicamente para as influências de Montesquieu nesse panorama, olvidando-se que filósofos como Locke e Rousseau também assinalavam resolução similar àquela que prevaleceu em grande parte nos Estados constitucionais. Para maiores esclarecimentos, Silva (2010) escreve que a separação já era sugestionada por Aristóteles em *Política*, definida por Locke em *Ensaio sobre o Governo Civil* e por Rousseau na célebre obra *O Contrato Social*.

Anterior à idealização de Montesquieu, o contratualista Locke (1998) afirmava que não seria conveniente ser a mesma pessoa encarregada de criar e executar as leis, dado que poderia criá-las ou executá-las de acordo com a própria vontade pessoal ou não se sujeitar aos diplomas legais. Assim, o Legislativo e Executivo deveriam recair em pessoas ou coletividades diversas. O jusnaturalista estabelece ainda um terceiro poder, federativo, incumbido de fazer guerra e declarar a paz, ligas e alianças. Para Locke (1998, p. 76) a supremacia dos poderes encerra no Legislativo o seu órgão supremo, pois

[...] aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.

Todavia, essa não é a posição dominante, a qual compreende que a tripartição do poder engendra um mecanismo de *checks and balances* onde o poder contenha o poder e acabe por assegurar o regime republicano (ATALIBA, 2007)²⁰. Seguindo os ensinamentos do mesmo autor, embora Kelsen salientasse que a observância às normas não implicaria em subordinação ao órgão produtor, as aparências recaem muitas vezes na função legislativa, porque:

²⁰ Muito embora Locke traga a submissão dos demais poderes àquele investido na competência de legislar, já que o Legislativo impõe a todas as leis que deverão ser executadas, Montesquieu (1973) ultrapassa a cadeia hierárquica e infere que só haverá segurança e liberdade política quando um cidadão não temer outro. Ou seja: a partir do momento, por exemplo, que não se tema a criação e execução de leis tirânicas pelo monarca, ou até mesmo o julgamento de acordo com as mesmas.

No Brasil todos os golpes de estado, revoluções, verdadeiras ou falsas, e crises ocorreram em torno da função legislativa. Pode-se dizer que no Brasil o Executivo não se conforma quando não pode legislar ou, pelo menos, comandar e condicionar o processo legislativo. (ATALIBA, 2007, p. 49)

Conclui-se que, embora alguns autores reclamem a supremacia de um poder ante os restantes, a Constituição Federal preceitua a independência e harmonia entre os mesmos, inferindo que a obediência, como explicado, não é ao Poder Legislativo, mas à lei.

Retornando aos ensinamentos da teorização de Montesquieu, Barroso (2011) exprime que a separação dos poderes implica na divisão das atribuições a diferentes órgãos, devendo existir mecanismos de controles recíprocos com vistas a proteger a sociedade de eventuais absolutismos. Os diferentes poderes, ademais, devem ser dotados de prerrogativas e de independência funcional (RAMOS, 2010).

A compreensão de que o Estado carece de vontade própria e apenas se manifesta por meio da vontade humana implicou na disseminação nas nações recém-formadas de que o governo é o conjunto de órgãos incumbidos das funções do poder político (SILVA, 2010). Ainda nas palavras do jurista, a divisão ou separação de poderes confia a características órgãos as funções do governo, mediante dois elementos essenciais:

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função [...]; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. (SILVA, 2010, p. 109, grifos do autor)

Canotilho (1993) consubstancia o pensamento acima ao inferir que as ideias básicas subjacentes à separação funcional consistem no princípio de organização que racionaliza, estabiliza e delimita o poder estatal. O catedrático português vai além, vez que infere duas dimensões complementares do princípio da separação de poderes: 1) a negativa, importando no controle, divisão e limitação do poder; e 2) a separação como organização do poder do Estado “tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas.” (CANOTILHO, 1993, p. 365), em sua conotação positiva.

Tais características desenhadas da separação de poderes, como a especialização do trabalho e a não subordinação entre os órgãos, foram elevadas a dogma constitucional insculpido no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pois considerada técnica de extrema relevância para a garantia dos direitos humanos (SILVA,

2010). A importância de inserir o princípio na referida Declaração implica, como explana Canotilho (1993), no reconhecimento de uma organização jurídica limitadora dos órgãos do poder, obtendo-se um controle recíproco denominado *checks and balances*, por meio de uma estrutura constitucional de funções, competências e legitimação claramente fixadas.

Essa técnica de limitação do poder acabou então se disseminando a partir das revoluções liberais e, ao invés do que se imaginava, não ficou obsoleta com o advento do Estado Providência, mas permaneceu essencial (PEREZ, 2010), com apenas algumas mudanças e releituras.

Assim, inúmeros estudiosos apostam na atualização do princípio constitucional, a exemplo de Mendes, Coelho e Branco, Silva, Barroso, Mello e Canotilho, o que se analisa abaixo.

Na atualidade, Mendes, Coelho e Branco (2008) reconhecem que a configuração inicial do paradigma da separação dos poderes entrou em crise porquanto se ultrapassou a conjuntura jurídico-política liberal. Noutros dizeres, “impõe *re-interpretar* esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado *constitucional*, que sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social e democrático* [...]” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 97).

Em tal panorama, houve a flexibilização do velho dogma diante da “modernização” trazida pelas medidas provisórias com força de lei emanadas pelo Executivo bem como pela criatividade de juízes e tribunais na legislação judicial, onde, com frequência, são criadas normas de caráter geral (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). Ressaltando também a não rigidez absoluta das funções conferidas, Mello (2013) propõe que atribuir algumas funções à órgãos que em tese não a teriam promove o conclamado equilíbrio entre os órgãos do poder – “freios e contrapesos”.

Da mesma forma, Silva (2010) reforça o fim da rigidez do princípio, pois o aumento das atividades estatais impôs uma visão da teoria de Montesquieu que implicasse em novas formas de relacionamento entre os órgãos. É preferível falar, em países presidencialistas pós-modernos, na independência orgânica e harmonia dos poderes e, em situações parlamentaristas, na colaboração de poderes. No Brasil, situado no primeiro panorama, a independência dos poderes significa a autonomia de investidura e de permanência nos órgãos do governo, a inexistência de consultas obrigatórias ou autorização de outros poderes para as atribuições funcionais; já a harmonia implica no trato cortês recíproco entre os poderes e no respeito às prerrogativas e às faculdades de direito (SILVA, 2010).

Importante frisar, ainda para o autor, que a independência e divisão das funções possuem interferências indispensáveis ao sistema de freios e contrapesos, o qual busca o “[...]”

equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.” (SILVA, 2010, p. 110). Algumas exceções apontadas por Silva (2010) consistem na adoção de medidas provisórias e na delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República.

Na mesma senda, Canotilho (1993) vai ao encontro dos autores explicitados ao afirmar que o mito da separação de poderes conduziria à ideia errônea de que são eles rigorosamente separados. Todavia, o mesmo autor nos reporta aos estudos de Eisemann (1933) para quem tal teoria nunca existiu em Montesquieu: reconhecia-se a interferência do Executivo no Legislativo por meio do direito de veto, permitia-se a este fiscalizar aquele na sua administração, etc. – isto é: “[...] mais do que separação, do que verdadeiramente tratava era de *combinação* de poderes.” (CANOTILHO, 1993, p. 260).

Sabe-se que algumas implicações da independência absoluta seriam justamente a inexistência de controle entre os poderes e a atribuição exclusiva de funções a uma única função, havendo exclusividade e não preponderância nas atividades desenvolvidas (JUSTEN FILHO, 2008). A preponderância é sentida, por exemplo, quando aos tribunais são reservadas competências de iniciativa de leis, ou se possibilita a edição de regulamentos internos e, ainda, quando há a previsão de decidirem de modo abstrato sobre validade e interpretação de dispositivos legais, com clara natureza normativa abstrata, ainda segundo o administrativista.

Recentemente, Canotilho (1993) trouxe uma nova leitura do princípio, correspondente a um conceito amarrado à ideia de função. O insigne jurista aponta que a forma de conceituar o Estado em sua perspectiva organizacional deixou de ser adequado, pois não se coaduna com a existência de relações externas entre os órgãos de soberania, além de não oferecer soluções aos possíveis conflitos entre eles – demonstrando o erro na teoria da unidade do Estado. Ante o novo panorama, contudo, “[...] o conceito jurídico-constitucional de Estado, em vez de estar amarrado à ideia de pessoa jurídica, deve antes perspectivar-se como *função* que fornece determinada *ordenação*.” (CANOTILHO, 1993, p. 682, grifos do autor). O que não implica, para o jurista, a existência de vários poderes, e sim uma diferenciação de funções de Estado diante de sua atividade.

E Canotilho (1993) continua a desenvolver o estudo ao afirmar que a nova teoria das funções de Estado está condicionada aos princípios organizacionais e às delimitações de competência. Assim, para a obra, diante de uma organização funcional de acordo com competências constitucionais, é possível a existência de uma divisão de funções nem sempre coincidente com uma separação orgânica rígida, o que faz com que, a título de exemplo, sejam permitidas condutas administrativas ao Legislativo, legislativas ao Judiciário, etc.

Todavia, o escritor português lembra que, apesar da sobreposição de funções não implicar ruptura na divisão de poderes, o caso é completamente diferente quando há violação ao “núcleo essencial” (*Kernbereich*) dos limites de competências²¹. Exemplos do desrespeito ao mencionado núcleo são elencados: quando se desloca dos tribunais para o parlamento a apreciação de arbitrariedades, permitindo a este confirmar os próprios abusos; a partir do momento em que leis-concretas são criadas pelo legislativo, as quais poderão implicar em atos administrativos (CANOTILHO, 1993).

Outra interpretação contemporânea ao princípio da separação de poderes reside na diminuição ou aumento das funções estatais, suprimindo algumas ou adicionando outras. Apesar de ser majoritária a divisão tripartite, Mello (2013) discorre a respeito dessas possibilidades: para alguns, como Kelsen, as funções estatais seriam a de criar o direito ou executá-lo; outros dirão que existem apenas as funções administrativa e jurisdicional (vide Oswaldo Aranha Bandeira de Mello); parte dirá que há inúmeras funções – parlamentar, governamental, administrativa, judiciária, de ensino, defesa, pesquisa, dentre outras.

Aumentando o rol das funções estatais ao incluir nos clássicos poderes a Instituição do Ministério Público, o constitucionalista Moraes (2009) reconhece que há entre os quatro Poderes prerrogativas e imunidades para o exercício da atribuição e grandes semelhanças em razão da autonomia, da independência e das finalidades constitucionais. De forma a sintetizar o exposto, tem-se que

[...] o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*). (MORAES, 2009, p. 411)

A inserção de um novo órgão ocorre pelo reconhecimento de que todos exercem funções estatais únicas em face da visão contemporânea de se dividirem as funções do Estado – criticando a utilização do termo separação dos poderes (MORAES, 2009).

Ampliando também o rol tripartite clássico, Justen Filho (2008) discorre que a separação das funções no Estado Contemporâneo não é satisfatória, pois existem funções desempenhadas por outras estruturas autônomas não integradas na organização dos poderes, como o é o Tribunal de Contas e o Ministério Público, figurando o total de cinco poderes.

²¹ Indo ao encontro das colocações de Canotilho (1993), Ramos (2010), em obra que lhe garantiu a cadeira de Professor na USP, argumenta que o ativismo judicial ocorre quando o Judiciário extrapola o núcleo essencial de sua função e adentra nas demais.

Apesar dessas posições dissidentes em ampliar ou reduzir o número de funções estatais (ou poderes do Estado, conforme a visão adotada), a maioria adota a divisão tripartite, em que as unidades orgânicas se manifestam com predominância certas funções, as quais correspondem aos nomes dos próprios órgãos: Legislativo, Executivo e Judiciário (MELLO, 2013).

A compreensão doutrinária de que a estrutura orgânica funcional não possui uma separação absoluta de funções e de que três são as clássicas unidades organizacionais remete à importância do estudo das atividades de cada órgão e à comprovação de se existe um núcleo essencial intransponível aos demais.

A proposta acima é colocada por Canotilho (1993, p. 690-691) no seguinte excerto: embora a doutrina defenda “a existência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição.”

Acerca da matéria em comento, a Corte Constitucional portuguesa já se manifestou sobre o alcance do núcleo essencial da separação de poderes e concluiu que atribuir a uma função estatal competência para o exercício de funções conferidas a outro órgão distinto e fora das permissões constitucionais constitui violação ao referido núcleo (CANOTILHO, 1993).

Para que se reconheça o que se denominou chamar de núcleo essencial das funções, importa agora despontar as atribuições constitucionais de cada órgão distinto no país. Até agora, observou-se alguns alicerces fundamentais da teoria da separação dos poderes seguindo a dinâmica de Justen Filho (2008): primeiro diferenciam-se os órgãos e os vínculos entre si, denominados Poderes; em seguida, foram concebidas as diferenças entre funções estatais, dentre elas a legislativa, executiva e judiciária; e, finalmente, importa analisar o tipo de função a cada órgão. Sobre esse ponto, o trabalho irá se debruçar nas atividades das funções em destaque na monografia, quais sejam: o Legislativo e o Judiciário.

Primeiramente, a função legislativa não é um monopólio do Parlamento, mas este é ainda o órgão legiferante primário, a quem se atribui reserva de competência legislativa absoluta a certas matérias (CANOTILHO, 1993). Ainda quanto às funções típicas, ao lado da elaboração de normas jurídicas se insere também a tarefa de fiscalizar, principalmente a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Executivo (MORAES, 2009).

Já a função jurisdicional é voltada a “[...] assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados [...]” (CANOTILHO, 1993, p. 759). Apresenta, como não poderia deixar de sê-lo, outras funções atípicas que, nos dizeres de Moraes (2009) são de natureza administrativa – como a concessão de férias e provimento dos cargos de carreira na respectiva jurisdição – e legislativa (elaboração de regimentos internos). De tal sorte, conclui-se que nem todas as atividades de tribunais e de magistrados são jurisdicionais, a exemplo do controle de constitucionalidade abstrato, típica tarefa de legislação (CANOTILHO, 1993).

Neste sentido, o núcleo essencial do legislativo poderia ser violado a partir do momento o Judiciário usurpasse atribuições atípicas outras que não as constitucionais exemplificadas. A premissa se mostra interessante ao se vivificar a questionável constitucionalidade do poder regulamentar da Justiça Eleitoral, vez que não reproduzido na Carta Magna. Poder-se-ia alegar, conforme ensinam Canotilho (1993) e Ramos (2010), que o núcleo essencial da função legislativa teria sido violado diante da expedição de resoluções pelo Tribunal Superior Eleitoral.

2.2.1 A Separação dos Poderes no Cenário Brasileiro e o Ativismo Judicial

Trazendo as experiências e descrições já delineadas para a conjuntura pátria, a herança liberal francesa perpetuou a fórmula da separação dos poderes na tradição do Estado de Direito e na conservação da liberdade (BONAVIDES, 2008), com grandes influências nas Constituições brasileiras – sejam do Império ou da República. Silva (2010) relembra com propriedade o período em que se adotou o poder Moderador do Imperador, momento em que se abraçara a separação quadripartita de poderes concebida por Benjamin Constante.

As Constituições seguintes, todavia, retornaram à formulação tripartita de Montesquieu, embora a de 1988 concebera enunciado um pouco diferente das anteriores devido à exclusão da seguinte ressalva, inútil, diga-se: “Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições, quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.” (SILVA, 2010). Assim, na Constituição Cidadã, o princípio da Separação dos Poderes está inserido no artigo 2º e assume *status* de cláusula pétrea, imune a emendas, reformas ou revisões (MENDES; COELHO; BRANCO,

2008), dispondo que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Não deixam as Constituições de indicar quais são os órgãos atribuídos do exercício do poder estatal – ou das funções do Estado –, mas nem sempre indicam as Cartas Magnas a função que compete exercer a cada um frente aos demais, admitindo-se o compartilhamento interorgânico de atribuições entre eles (RAMOS, 2010). Embora haja, em certa medida, tal compartilhamento, nos termos prescritos pela Constituição, Ramos (2010) é adepto do entendimento que sempre existirá um “núcleo essencial” da função impassível de ser exercido por poder que não o competente.

Ainda na contenda brasileira, Barroso (2011) realiza exame interessante de decisão lavrada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do controle judicial sobre os atos das Comissões Parlamentares de Inquérito. O julgado identificou o sentido básico da separação de Poderes, consistente na impossibilidade de existirem “*instâncias hegemônicas*, que não estejam sujeitas a controle.” (BARROSO, 2009, p. 174). Por tais motivos, o ministro do STF defende que haverá afronta à cláusula pétrea se o seu sentido for afetado, ou seja: se houver concentração de funções em um poder; caso consagre uma instância hegemônica de poder; ao se esvaziar a independência orgânica entre os Poderes ou as suas competências típicas.

A título de sintetizar o que fora visto até agora, diante do cenário analisado, percebe-se que uma rígida separação dos poderes não é levantada pelos estudiosos abarcados, os quais asseveram coexistir com o referido princípio a interação entre poderes (ou funções, a depender da teoria adotada) e o compartilhamento de atribuições. Mas, essa afirmação é acompanhada da ressalva pela doutrina de que as delimitações de competência atípicas devem ser constitucionalmente previstas, estabelecendo o que pode ser feito de forma legítima.

Conforme se observou ao longo do capítulo, surgem definições, ademais, que reconhecem um núcleo essencial da função que não pode ser ultrapassado sob pena de violar o princípio da separação, como no caso de se deslocar ao Parlamento a conformação constitucional de leis. Migrando o estudo para o Brasil, são ressaltadas a interdependência e a harmonia funcional, estabelecidas como cláusula pétrea, implicando na autonomia dos poderes em suas atribuições funcionais, liberdade de organização e no respeito às prerrogativas e às atribuições legais.

Continuando o presente trabalho, estabelecer as complicações do ativismo judicial quando o mesmo esbarra com a separação dos poderes é tarefa depreendida tanto por adeptos do protagonismo do judiciário quanto por ferrenhos opositores. Aqui não existe uniformidade doutrinária, pois o que alguns entendem tratar de exercício hermenêutico constitucional, em

que são efetivados direitos fundamentais, outros perceberão serem ultrapassadas as funções jurisdicionais. Imperioso, pois, perpassar visões adotadas.

Enquadrando-se no segundo grupo, Ramos (2010) segue o entendimento do “núcleo essencial” de funções constitucionalmente atribuídas, estatuidando que a ultrapassagem da função jurisdicional em detrimento da legislativa, da administrativa ou da função de governo acaba por descaracterizar a função típica do Judiciário, sem que seja autorizada pela própria Constituição – a qual permite em situações peculiares até mesmo o exercício da legiferação. O autor ainda afirma que, apesar de o ativismo judicial não se associar necessariamente à separação dos poderes, podendo existir em Estados que não o adotam, é bem verdade que o fenômeno provenha desses sistemas constitucionais. E explica Ramos (2010, p. 120) a respeito:

Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes.

Retira-se dos fundamentos acima que configura violação ao princípio da separação dos Poderes a não obediência aos limites criativos da decisão judiciária, no que diz respeito à atividade de aplicação do direito.

Por outro lado, os adeptos do ativismo judicial proclamam que quando se diz ser o Judiciário legislador positivo, este somente interpreta de forma extensiva os dispositivos constitucionais, o que não se pode chamar de criação, mas de exercício hermenêutico constitucional (MAIA, 2010).

O último argumento é seguido por Santos (2008), para quem o ativismo judiciário não importa lesão à independência e harmonia entre os poderes. Nos seu entendimento, o Poder Judiciário estaria apenas se valendo como destinatário e aplicador dos comandos constitucionais, conformando as condutas concretas e as normas do ordenamento à análise jurídica. Sob essa perspectiva, seria o ativismo judicial uma forma coerente e possível, em seu entender, para efetivar os direitos fundamentais, embora limites formais e materiais existam para evitar arbitrariedades, pois o ativismo decorre apenas do exercício fundamentado de considerações principiológicas ou positivadas.

Há, nesta senda a favor do ativismo, o importante contributo de Cappelletti (1993) que inicia por diferenciar o bom juiz daquele ruim: o primeiro pode ser criativo, dinâmico e ativista, mas apenas este agiria como se legislador fosse, deixando de ser juiz. Ao abordar o

tema na obra *The “Mighty Problem” Of Judicial Review And The Contribution Of Comparative Analysis*, Cappelletti (1993) afirma que é a passividade processual do magistrado e a sua imparcialidade que o fazem ser um verdadeiro juiz, e não a sua falta de criatividade.

Diz o mesmo escritor que o processo judicial, ao contrário dos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva do tribunal, necessitando uma ação do autor, sem a qual não pode o juiz exercer o poder jurisdicional. Os magistrados operariam, todavia, conforme a competência legislativa ao emanar diretivas gerais de interpretação as quais vinculam os tribunais inferiores, sem qualquer conexão a determinado caso concreto (CAPPELLETTI, 1993).

Apesar de também reconhecer a inerente criatividade no processo que gera a norma de decisão tal como infere Cappelletti, Ramos (2010) esclarece que a sentença não se limita a reproduzir o texto da lei, o qual passa a ser adaptado e enriquecido a fim de se adequar à situação fática. A exemplo do escritor italiano, o autor brasileiro entende que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores do direito é menor do que aquela do Legislativo ou de quem compartilhe esta função.

Por tais argumentos levantados, vê-se que a doutrina está bifurcada quanto à violação do Princípio da Separação dos Poderes e à interpretação extensiva de direitos. Alguns afirmam inexistir afronta no reconhecimento de deveres constitucionais a serem observados por todos, enquanto parte reconhece a incidência do Judiciário no núcleo essencial do Legislativo, atitude de manifesta violação à Carta Magna.

2.3 DÉFICIT DE LEGITIMIDADE, ANUALIDADE ELEITORAL E INSEGURANÇA JURÍDICA

A construção teórica é rica quando se tem em perspectiva se os magistrados apresentam legitimidade para interferirem nos atos dos demais poderes – especialmente no que toca o poder de invalidar leis do Legislativo e anular atos do Executivo. A matéria não pode ser olvidada para o presente estudo, embora se saiba que em matéria eleitoral o Tribunal Superior Eleitoral não possui a competência de analisar a inconstitucionalidade de leis com efeito *erga omnes*.

A repercussão nesta matéria decorre da constatação fática de que, em diversos casos, após decidir o TSE por certo entendimento, e tendo o Supremo Tribunal Federal compartilhado deste juízo, necessita-se da expedição de resoluções que prevejam a nova decisão publicada. Ato contínuo, comprometendo-se a Justiça Eleitoral em exercer a controversa competência regulamentar, brotam ações que buscam a declaração da inconstitucionalidade dessas resoluções de caráter primário (as quais apresentam alcance geral e abstrato na Corte Superior²²). Sustentam as ADINs, não havendo de ser diferente, a violação aos princípios, às garantias e aos direitos constitucionais – notadamente o princípio da separação dos poderes, da anualidade eleitoral, da legalidade, da segurança jurídica e da falta de legitimidade dos magistrados para legislarem.

Certas alegações já foram desenvolvidas nos títulos acima, merecendo destaque para o momento a legitimidade do Judiciário, a anualidade eleitoral e a segurança jurídica.

O princípio de que as regras que alteram o processo eleitoral não entram em vigor para as eleições no ano de sua publicação, ou anualidade eleitoral, encontra barreiras nas resoluções da Justiça Eleitoral que, conforme decisões do TSE, podem vigorar para aquela eleição. A situação é complexa, permitindo-se que certas leis não tenham eficácia durante o pleito ao passo que resoluções estejam a todo vapor. Lembre-se de que certos atos normativos infralegais não se contentam em apenas executar fielmente a legislação eleitoral, mas servem para consolidar um entendimento proferido pelo TSE ou pelo STF.

Em última análise, justamente pelo fato de muitas valerem para o ano eleitoral, as resoluções são fontes de insegurança jurídica. Não se sabe de antemão se o Tribunal Superior Eleitoral irá pactuar entendimento diverso das eleições passadas diante da alternância dos mandatos nessa especializada. Um exemplo emblemático reside na inserção na Resolução nº.

²² CONTEÚDO NORMATIVO DA RESOLUÇÃO EMANADA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – RELATIVA INDETERMINAÇÃO SUBJETIVA DE SEUS DESTINATÁRIOS – QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. – A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou de condutas individuais. – Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, impugnada na presente ação direta, que se reveste de conteúdo normativo, eis que traduz deliberação caracterizada pela nota da relativa indeterminação subjetiva de seus beneficiários, estipulando regras gerais aplicáveis à universalidade dos agentes públicos vinculados aos serviços administrativos dessa Alta Corte judiciária.[...] (STF. **ADI 2321 MC / DF – Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Celso de Mello.** DJ 10/06/2005, p. 4). Para mais: LINS, Rodrigo Martiniano Ayres. O Poder Normativo (Regularmentar) do Tribunal Superior Eleitoral e o Princípio da Anualidade. Disponível em: <<http://www.masterconcurso.com.br/blog/dicas-de-estudo/artigo-2-direito-eleitoral-prof-rodrigo-martiniano>>. Acesso em: 21 de maio de 2013.

23.376/2012 de “pena” não prevista em 2010, mas que apresentava efeitos retroativos para abarcar situações ocorridas naquele pleito. É o que se verá a partir de então.

2.3.1 Déficit de Legitimidade Democrática

Parte das críticas feitas ao ativismo judicial reside no fato de os magistrados carecerem de legitimidade democrática, porque, como se sabe, não são escolhidos pelo voto popular, embora constantemente ditem ações do Estado e se intrometam em questões afeitas aos órgãos representativos (MAIA, 2010). De acordo com a mesma autora, tal déficit preocupa a partir do momento que decisões extrapolam a competência do Judiciário, especialmente no controle concentrado de constitucionalidade.

Almeida (2011) sintetiza uma das principais críticas do ativismo judicial, a saber: o fato dos juízes e Tribunais não possuírem legitimidade democrática para se insurgirem contra atos instituídos pelos poderes eleitos.

Pode-se somar também a apreensão quanto às resoluções e às instruções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral que criam obrigações, direitos, prazos decadenciais, dentre outros. Neste mesmo sentido, Maia (2010) reforça que ao se analisar o Direito Eleitoral, tal déficit toma proporções válidas em vista não do controle de constitucionalidade, mas dos atos normativos e de decisões que se tornam precedentes da Corte, para muito além da competência regulamentar permitida.

Wolkmer (2000) aponta que o sistema da *civil law* acaba por não reconhecer a jurisprudência como fonte essencial do Direito, tampouco a criação dos juízes, o que ressalta a desconfiança no poder regulamentar da Justiça Eleitoral. Mas, a despeito dos juízes, dos desembargados e dos ministros não serem agentes públicos eleitos, sabe-se que, apesar de tudo, acabam por desempenhar um poder político na medida em que invalidam atos dos demais Poderes (BARROSO, 2009).

Em entendimento extremado, ao não reconhecer a legitimidade política dos magistrados, Rosa Junior (2008) considera a legitimação somente legal e burocrática, não se admitindo que os magistrados imponham opções políticas e ideológicas na efetivação de direitos fundamentais. Isso emana do fato de que carecem de qualquer representatividade política, pois têm acesso aos cargos por meio de concursos públicos. Some-se a isso o

entendimento do autor para quem a formação técnica impede que se reconheçam as peculiaridades nas execuções de políticas públicas.

Tais críticas são deduzidas no seguinte excerto:

A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. (BARROSO, 2009, p. 08)

O mesmo autor da citação acima tece maiores questionamentos, a par dos já colocados, em sua obra Curso de Direito Constitucional Contemporâneo (2011), mencionando que uma das principais questões da legitimação democrática do Poder Judiciário reside especialmente na dificuldade contramajoritária. Neste sentido, a atividade criativa do juiz em invalidar atos dos outros Poderes se depararia com a falta de justo título democrático, cujas possíveis soluções residem em argumentos de cunho jurídico e outro filosófico, analisados a seguir (BARROSO, 2009).

Desenvolvendo o raciocínio acima, Barroso (2009) informa que a fundamentação jurídica decorre do fato de que a Constituição expressamente atribui essa função contramajoritária ao Supremo Tribunal Federal, reservando a tarefa a um poder não eleito, técnico e aparentemente imparcial. O fundamento filosófico, por sua vez, incorre na observância de que a democracia não se resume unicamente ao princípio majoritário, o que faz transparecer possíveis tensões existentes entre a vontade da maioria e o respeito aos direitos fundamentais, exigindo a conciliação entre ambos os fatores para se construir o Estado constitucional democrático, ainda consoante a obra explanada.

Seguindo a linha de questionamento, Dobrowlski (2010) também discute qual seria a base para a permissão ou óbice do Judiciário em controlar os poderes eleitos. Entendendo, todavia, pela submissão da função jurisdicional aos demais órgãos, o professor aponta que os juízes devem agir com zelo e auto-contenção. Malgrado o entendimento de inúmeros juristas contrários à legitimação democrática dos magistrados, o autor acima entende ser possível instituí-la ao se abrir o Judiciário à crítica e à participação populares e se criarem novos julgamentos por júris ou órgãos análogos.

Assim, muito embora alguns apontamentos sejam de que falecem os juízes de representatividade para interferirem nos outros poderes, parcela entende o oposto, de que o Judiciário não é totalmente privado de representação.

A favor, Cappelletti (1993) observa que pela rapidez na renovação do Judiciário; pela necessidade dos tribunais superiores explicarem por escrito as razões das suas decisões – obrigação que assumiu *status* de garantia constitucional em alguns países; pelo acesso ao *judicial process* com objetivo de proteger grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*; todas as alegações permitem concluir que não há risco em razão de os membros do Judiciário não serem eleitos.

Outrossim, ao se atentarem para a aplicação da Constituição e leis, olvidando-se da vontade política própria, as críticas à falta de legitimidade democrática são atenuadas, agindo os magistrados como representantes indiretos da vontade popular (BARROSO, 2011). Para o autor, em havendo lei válida que concretize norma constitucional ou que disponha sobre matéria de competência da mesma, o juiz deve aplicá-la, interpretando a Constituição conforme as escolhas do legislador.

Interpretando favoravelmente a questão levantada, Mendes, Coelho e Branco (2008), como não poderiam deixar de sê-lo, expõem que a legitimidade dos juízes para a produção de normas jurídicas decorre da aprovação social do seu comportamento, vez que sem a vivificação das leis pelos aplicadores os textos permaneceriam inacabados.

Já Petracioli (2009) entende que a legitimidade é conferida pela própria Constituição, a qual define a competência jurisdicional do guardião dos ditames constitucionais. Por tais motivos, entende que a legitimação se caracteriza na competência para julgamento dos litígios.

Por fim, uma terceira visão é levantada por Ataliba (2007, p. 112), para quem não há necessidade em os membros do Judiciário serem escolhidos pelo povo, pois se consagrou

[...] na maioria dos Estados Democráticos modernos – especialmente naqueles que atribuíram ao Judiciário o caráter de um poder poderes do Estado – a arraigada convicção de que só tem cabimento a aplicação do princípio da representatividade aos órgãos executivos e legislativos. Assim, somente os exercentes de funções políticas são mandatários do povo, eleitos por alguma forma.

Segundo essa visão, não há dizer que é preciso alterar a forma do ingresso nos poderes concebidos pela teoria da tripartição, pois se a função típica jurisdicional reside na interpretação das leis, constituindo atribuição essencialmente técnica e não-política, não há sentido em garantir a representatividade na seleção do poder Judiciário – precisam, ao contrário, conhecer a técnica da função hermenêutica (ATALIBA, 2007).

Averiguou-se acerca da legitimidade democrática dos magistrados, especialmente quando da invalidação de atos dos demais poderes e na expedição de atos normativos, que entendem alguns autores pela carência de representatividade popular do Judiciário, sendo obrigação dos magistrados agir em tais casos com auto-contenção e sem influências políticas pessoais. Outros compreendem, todavia, que a legitimação dos intérpretes e aplicadores reside no fato de vivificarem as leis e receberem apoio da sociedade, bem como na necessidade de fundamentação das decisões e o acesso à justiça daqueles excluídos do processo legislativo.

2.3.2 A não prevalência do Princípio da Anualidade Eleitoral

A pedra de toque da principiologia eleitoral é conhecida como Princípio da Anualidade Eleitoral e considerada cláusula pétrea pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº. 3685, ao passo que constitui expressão da segurança jurídica (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2011). Insculpido no art. 16 da Constituição da República Federativa do Brasil, o dispositivo regula que: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

O princípio foi aprimorado pela Emenda Constitucional nº. 4/93 por diferenciar os conceitos de vigência (período imediato após a publicação) e de aplicação da lei (um ano após as eleições), conforme já pontuava a dogmática jurídica (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2011). Tais autores traduzem a principiologia eleitoral na singela frase *rules of game*, ou seja: as regras do jogo não mudam durante o campeonato.

No entanto, o que seriam regras tendentes a mudar o “processo eleitoral”? Dois são os entendimentos da Corte Superior para tal conceito: o primeiro firmado na ADIn nº. 354/DF e o segundo nas ADIns nº. 3.345/DF e nº. 3.741/DF.

Naquela Ação Direta de Inconstitucionalidade, entendeu o STF que “processo eleitoral” corresponde ao desenvolvimento e à evolução do fenômeno eleitoral em diversas fases e estágios, a começar pela escolha dos candidatos, seguindo para a propaganda eleitoral e organização do pleito, culminando com a apuração do resultado (LINS, 2011). Não se enquadrariam no princípio, consoante o mesmo processualista, crimes eleitorais, arrecadação e prestação de contas, alistamento eleitoral, alteração do número de vereadores, etc. Assim,

estariam projetados no processo eleitoral, para Ramayana (2008), os atos que abrangem as coligações, convenções, registro de candidatos, propaganda política, votação, apuração e diplomação.

De outro norte, nas ADIns nº. 3.345/DF e nº. 3.741/DF, o STF entendeu que o processo eleitoral não se restringe ao direito processual, mas engloba tudo o que: i) provocar o fim da igualdade de participação; ii) afetar a normalidade das eleições; iii) introduzir perturbação no pleito; iv) promover alteração com propósito casuístico (ALMEIDA, 2012).

Um caso interessante acerca do tema é pontuado por Ramayana (2008) quando informa sobre a verticalização das coligações. Respondendo à consulta nº. 715/2001, que resultou na Resolução nº. 20.993/2002, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que os partidos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de Presidente da República não poderiam formar coligações para as eleições dos candidatos estaduais com partido político que tenha lançado candidato à eleição presidencial em aliança diversa ou isoladamente (art. 4º, §1º da mencionada resolução).

Consoante Cerqueira e Cerqueira (2011), verticalização implica em deliberar de cima para baixo, dos diretórios partidários nacionais para os regionais, não se permitindo aos partidos fazerem nos estados-membros coligações distintas das realizadas para o cargo de Presidente da República. Três eram as possibilidades aos partidos que se coligassem em âmbito nacional, ainda para os autores acima, a saber: repetir a mesma coligação nacional na circunscrição estadual, lançar candidato próprio sem se coligar a nenhum partido ou coligar-se a partido que não tenha candidato à Presidência da República.

Todavia, a Emenda Constitucional nº. 52/2006 trouxe entendimento diverso, apontando a não obrigatoriedade de vinculação entre candidaturas no âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal (RAMAYANA, 2008). Essa alteração fixada no novo enunciado, para Silva Neto (2008), é correta, pois o caráter nacional dos partidos políticos induz, tão-só, à existência de princípios organizatórios que barrem o seu surgimento indiscriminado.

A discussão em tela repercutiu não quanto ao mérito, mas em face do art. 2º da referida emenda, o qual impôs a sua entrada em vigor na data de publicação, aplicando-se às eleições no mesmo ano de 2006²³. Em acórdão da ADIN nº. 3685-8, os ministros decidiram

²³ AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 1º do art. 17 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 17. §1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, **sem**

pela aplicação da Emenda Constitucional somente às eleições de 2008, permanecendo para o pleito que se iniciaria a Resolução do TSE nº. 22.154 de 03 de março de 2006 – que dispunha o mesmo que a então Resolução nº. 20.993/2002 acerca da existência da verticalização.

Assim, conclui-se que, por força do art. 105 da Lei nº. 9504/97, o qual frisa que o TSE tem o direito de editar resoluções decorrentes do poder normativo até o dia 5 de março do ano eleitoral, tais resoluções eleitorais não se sujeitam à anualidade em matéria constitucional eleitoral (RAMAYANA, 2008).

Prevaleceu-se, conforme visto acima, a Resolução editada em 6 março de 2006 em face da Emenda Constitucional de quórum qualificado e promulgada pelo Poder Legislativo em 8 de março de 2006, tendo aquela obrigado os partidos à verticalização e esta extinguido o instituto.

2.3.3 A Insegurança Jurídica das Resoluções e Julgados do TSE

A aplicação da lei no espaço (ou, no presente caso, a aplicação das resoluções) é tema extremamente controverso no Direito e suscita polêmicas infundáveis, visto que contrapõe a segurança jurídica com a necessidade de mudança e tenta conciliar tais pretensões aparentemente conflituosas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). É notório que um dos mais importantes princípios gerais do Direito é o de ensejar certeza nas relações jurídicas, cuja previsibilidade estatal decorre tanto do esquema rígido da Constituição brasileira como da representatividade do órgão legislativo, conferindo aos cidadãos a paz e a confiança para expandir sua personalidade (ATALIBA, 2007).

Consoante Ferreira (1989), o mencionado dispositivo é de longa data, sendo previsto no Direito Romano com o *jus civile*, e consiste regra de sobredireito (denominado pelos alemães de *Ueberrecht*), tendo por finalidade solucionar conflitos de leis no tempo.

Historicamente, no Brasil, a vedação à retroatividade da lei era prevista desde a Constituição Política do Império, apontamento levantado por Cretella Júnior (1989), mantendo-se nas de 1911, 1924, 1946 e 1967 (ainda com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969). O art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, compreendendo

tais disposições anteriores, garantiu que “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

Silva Neto (2008) reitera que existem três sistemas jurídicos: os que impedem de maneira absoluta a retroatividade de leis, aqueles em que há retração efetiva, inclusive em situações consolidadas por lei anterior, e o sistema que adota posição transitória, cuja base é a da retroatividade relativa. Este fora adotado pela Constituição brasileira atual, vez que a lei não pode retroagir para vulnerar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Ferreira (1989) explica que não se trata de não editar normas com eficácia retroativa ou efeito retrooperante, e sim desde que não firam os atos acima protegidos. No mesmo sentido, Chimenti, Santos, Rosa e Capez (2008) afirmam ter a lei, em princípio, eficácia imediata e ultra-ativa (regula atos e fatos a partir de sua edição), sem existir proibição à retroatividade da mesma, com exceção ao artigo 5º supracitado.

De qualquer forma, embora a expectativa de direito não conte com a proteção do direito adquirido, sabe-se que poderá gerar direitos com base no princípio insculpido no *caput* do art. 5º, da CRFB/88, no qual todos têm direito à segurança – regra utilizada para garantir decisões transitórias (CHIMENTI et. al., 2008).

Quanto a sua interpretação, a doutrina nacional aponta para duas classes de direitos em que a segurança jurídica é aplicada distintamente: trata-se da classe de aquisição de direitos – submetida à irretroatividade de lei superveniente – e a existência de direitos, em que não se aplica a manutenção dos direitos adquiridos (neste sentido, veja a obra de MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). Conforme os autores, destarte, são de aplicação imediata, por exemplo, leis abolicionistas, modificativas do estatuto conjugal e do regime jurídico.

Esta última é também a inteligência da Corte Superior no Recurso Extraordinário nº 254112/PR, que faz menção ao RE nº 94.020, conforme o excerto da ementa que se segue:

Em acórdão proferido no RE nº 94.020, de 4 de novembro de 1981, deixou assente a Corte, pela voz do eminente Ministro Moreira Alves, *verbis*: "em matéria de direito adquirido vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – de que não há direito adquirido a regime [...] jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato”.

Da forma com que se observou acima, não há direito adquirido na preservação de direitos subjetivos contra alterações de estatutos e supressão de institutos jurídicos.

Mas, o que significaria o convencional termo “regime jurídico”? Para Barroso (2011, p. 186) “embora a jurisprudência seja casuística na matéria, é corrente a afirmação de que há regime jurídico – e, conseqüentemente, não há direito adquirido – quando determinada relação decorre da lei, e não de um ato de vontade das partes, a exemplo de um contrato.” Explicando tal entendimento, dispõe o autor que não há falar em direito adquirido ao casamento indissolúvel no caso em que os nubentes tenham se casado em época sem previsão do divórcio.

Inserindo a segurança jurídica no que concerne ao ativismo judicial e no poder regulamentar da Justiça Eleitoral, Cappelletti (1993) aponta que auferir eficácia retroativa às decisões judiciais criativas entra em conflito com os valores vigentes da certeza e da previsibilidade, pois colhe a parte de surpresa. Considera, portanto, iníqua a referida modulação.

Os apontamentos repassados permitem inserir a irretroatividade de leis e de resoluções com base em caso real. A questão paradigmática diz respeito à Resolução nº. 23.376/2012, que previu uma nova condição de quitação eleitoral – um dos requisitos de elegibilidade segundo a Lei nº. 9504/97²⁴. Dispôs o TSE que, para além da não apresentação das contas de campanha, a sua desaprovação pelo magistrado importaria também na falta de quitação eleitoral e conseqüente perda de um dos requisitos necessários para ter o registro de candidatura deferido.

Se não bastasse a inserção no ano de 2012 e a imediata aplicação do dispositivo para aquele mesmo pleito (pois, como visto, as resoluções baseadas no art. 105 da Lei das Eleições não se sujeitam ao Princípio da Anualidade), tendeu o tribunal superior para a modulação

²⁴ Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições. § 1º **O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos:** I - cópia da ata a que se refere o art. 8º; II - autorização do candidato, por escrito; III - prova de filiação partidária; IV - declaração de bens, assinada pelo candidato; V - cópia do título eleitoral ou certidão, fornecida pelo cartório eleitoral, de que o candidato é eleitor na circunscrição ou requereu sua inserção ou transferência de domicílio no prazo previsto no art. 9º; VI - **certidão de quitação eleitoral**; VII - certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição da Justiça Eleitoral, Federal e Estadual; VIII - fotografia do candidato, nas dimensões estabelecidas em instrução da Justiça Eleitoral, para efeito do disposto no § 1º do art. 59. IX - propostas defendidas pelo candidato a Prefeito, a Governador de Estado e a Presidente da República. § 7º **A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente** a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e **a apresentação de contas de campanha eleitoral.**

retroativa, a fim de abranger prestações de conta de campanha das eleições de 2010 e de 2008. Pior: nas eleições gerais de 2010 tal previsão regulamentar inexistia nas resoluções do TSE.

Um dos argumentos para o efeito retroativo residia na interpretação jurisprudencial de que as condições de elegibilidade são aferidas no momento do registro do pretense candidato, *verbis*:

CANDIDATO A VEREADOR. REGISTRO. DEFERIMENTO SOB CONDIÇÃO. PENDÊNCIA. PROCESSO. CANCELAMENTO. FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. DUPLICIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. CASSAÇÃO IMEDIATA E EX *OFFICIO* DO REGISTRO E DIPLOMA.

1. O registro de candidatura não deve ser deferido sob condição, uma vez que as condições de elegibilidades e as inelegibilidades devem ser aferidas no momento do julgamento do registro. Se o candidato não é inelegível e preenche todas as condições de elegibilidade, o seu registro deve ser deferido.

3. Caso questão referente a um dos requisitos da candidatura esteja *sub judice*, o registro deve ser deferido ou indeferido de acordo com a situação do candidato naquele momento, mesmo que tenha havido recurso, porque os apelos eleitorais, em regra, não têm efeito suspensivo. (BRASIL, 2004, p. 191)

Em assim agindo, valendo-se do entendimento de que a plena quitação eleitoral é conferida no momento do pedido de registro de candidatura, entendera o Tribunal Superior Eleitoral, de início, que a desaprovação das contas de campanhas anteriores a 2012 ensejariam o indeferimento do pedido. A presente Resolução será analisada em detalhes no próximo tópico da monografia.

O que se quer registrar, por fim, é que a insegurança jurídica reside na desconfiança de não se saber de antemão se o Tribunal Superior Eleitoral irá pactuar entendimento das eleições passadas ou o mudará, com efeitos retroativos, ao sabor da composição do órgão.

3 ANÁLISE DE RESOLUÇÕES E JULGADOS DO TSE

O último capítulo perpassa estudo pragmático acerca do ativismo judicial eleitoral. Espera-se aplicar teorias e entendimentos lançados ao longo de toda a análise a fim de responder à hipótese formulada de se são inconstitucionais os atos normativos expedidos pelo Tribunal Superior Eleitoral que criam obrigações, direitos, deveres, prazos. Para o objetivo, duas Resoluções são colacionadas, quais sejam: a Resolução TSE nº. 22.610/2007 que instituiu a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária e nº. 23.376/2012 em que se inseriu nova hipótese de condição de elegibilidade.

A aceção de que o Judiciário brasileiro passou a adotar uma postura ativista é sentida por diversos autores. A este respeito, Barroso (2009) não perde por ilustrar situações onde a Constituição foi aplicada sem contemplação expressa do legislador ordinário. A primeira situação engloba o reconhecimento pelo Supremo da fidelidade partidária, em que o mandato pertence ao partido. Caso análogo é posto no artigo quando da inconstitucionalidade da emenda que pôs fim à verticalização estabelecida em Resolução do TSE – melhor explanada no tópico da não prevalência do princípio da anterioridade anual para o poder regulamentar da Justiça Eleitoral.

O que para uns representa um *fichalimpismo* por parte dos Tribunais Superiores – neste sentido, o trabalho e jargão de Espíndola (2012) –, outros entendem como uma manifestação legítima e genuína – no entender de Petracioli (2009). O último aponta que, ao determinar nas eleições proporcionais que os mandatos pertencem aos partidos e não aos candidatos, houve um primeiro passo à reforma e moralização da política no país, sendo passagem digna de menção honrosa.

Não obstante a posição favorável no caso acima, Petracioli (2009) assenta que em outras passagens o TSE atou criando livremente o direito, sem concretização constitucional, e até mesmo contra a Carta Magna. Seriam exemplos do exposto a concessão de efeito suspensivo a recursos eleitorais, criação de prazo decadencial para ações eleitorais, dentre outros. Sousa (2010, p. 42-43) sintetiza o que se viu até o momento:

Sob esta ótica, o TSE passou a regulamentar temas atinentes às regras para definir o processo eleitoral e a competição político-partidária. O debate em torno das práticas ativistas do TSE e de sua ratificação pelo STF traz à tona a discussão de várias questões polêmicas. No cenário recente da reforma eleitoral, o TSE proibiu as coligações partidárias, por meio da Resolução 21.002/02, e regulamentou a perda de mandato eletivo como uma nova hipótese de infidelidade partidária, bem como o

processo de desfiliação partidária por justa causa por meio da Resolução 22.610/07. Em relação à legislação eleitoral, o TSE tem utilizado uma interpretação de acordo com a Constituição para regulamentar.

Não é, pois, tarefa custosa encontrar temas controversos no Direito Eleitoral, ainda mais quando direitos subjetivos políticos são colocados em xeque pelos magistrados, que persistem na tarefa árdua de moralizar a política e os políticos eleitos pela população. A dificuldade reside, todavia, em selecionar os casos para serem esmiuçados, eis que grande a quantidade e profundidade dos exemplos que poderiam ser citados. Para o devido fim, observaram-se aqueles com maior repercussão e também de recente julgamento, demonstrando que os contornos acerca do ativismo judicial não tendem a diminuir, pelo contrário, continuam a fazer parte do cotidiano brasileiro em que, mais dia ou menos dia, esbarram novamente em pleitos ulteriores. Desta forma, segue-se ao estudo de alguns momentos selecionados.

3.1 RESOLUÇÃO TSE Nº. 22.610/2007: INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

O panorama nacional que circunda a Resolução TSE nº. 22.610/2007 envolve feixe complexo de atos. Em primeiro lugar, necessita a compreensão do sistema de infidelidade partidária nas demais Constituições brasileiras e o trâmite adotado na Constituição Cidadã. Ato contínuo, perpassam-se os julgados do Supremo Tribunal Federal logo após 1988 e a consolidada Jurisprudência sobre a perda do mandato eletivo. Em seguida, as alterações fáticas passam a surgir quando da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta nº. 1398/DF formulada pelo então Partido da Frente Liberal, momento que se entendeu pertencerem aos partidos os mandatos. A discussão ascende ao Supremo Tribunal Federal por meio de Mandados de Segurança nos quais se referenda o acórdão da Corte Eleitoral, determinando que se expeça resolução com vistas a implementar a decisão do Pretório Excelso. Eis que se edita a controversa resolução em estudo, repercutindo na propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade a ser levada para nova manifestação do STF.

O caminho percorrido é tortuoso, devendo-se iniciar pela construção da fidelidade partidária pré-Constituição Federal de 1988.

Tendo-se por base o período histórico trazido por Salgado (2010) e por Sousa (2010), a fidelidade partidária surge no panorama brasileiro com a Emenda Constitucional nº. 1 de

1969, também denominada Constituição de 1969, a qual trouxe uma hipótese inovadora de perda de mandato do congressista. Dispunha o artigo:

Parágrafo único. **Perderá o mandato** no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais **quem**, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou **deixar o partido sob cuja legenda foi eleito**. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa. (BRASIL, 1969, grifo nosso)

Dez anos depois, em 1979, a lei dos Partidos Políticos da época (Lei nº. 5.682/1971) foi modificada, passando a admitir a constituição de novas agremiações partidárias (SALGADO, 2010) e ampliando o caso de infidelidade previsto na Constituição – além de perder o mandato o congressista que deixasse o partido sob o qual fora eleito, perdê-lo-ia também quem deixasse o partido (qualquer que seja), salvo para fundar uma nova legenda²⁵.

O excerto infralegal não é de todo similar ao da Constituição de 1969, dado que não faz referência à eleição pelo partido, motivo pelo qual foi ajuizada Consulta (nº. 6319) perante o TSE questionando se o parlamentar não eleito pela legenda perderia também o mandato, vez que novos partidos foram criados (SALGADO, 2010). Em breve síntese, a obra acima conclui que a ampliação do alcance da fidelidade prevaleceu sobre a Constituição, numa verdadeira interpretação desta conforme a lei – malgrado a supremacia constitucional.

Seguindo a marcha histórica, tendo fim a ditadura e iniciada a redemocratização do país em 1985, Perez (2012) e Sousa (2010) apontam para uma das medidas liberalizantes adotadas pela Emenda Constitucional nº. 25/1985, a saber: o fim da exigência da fidelidade partidária e permissão para abandonar o partido pelo qual fora eleito.

Muito se discorre a respeito da não inserção da fidelidade partidária como causa de perda de mandato quando da Promulgação da Constituição de 1988, que fora ao encontro do que dispunha a Constituição vigente após 1985.

Para Sousa (2010), a Constituição Cidadão induz à conclusão de que a mudança de partido só encontraria óbice no prazo mínimo estabelecido como condição de elegibilidade (filiação partidária de um ano), podendo-se, porém, migrar para outra sigla após a posse. Ademais, a autora também discorre que se consagrou a liberdade partidária para definir sua estrutura *interna corporis* de forma a poder incorporar normas de fidelidade e disciplina, vedada a intervenção estatal.

²⁵ Art. 72. Perderá o mandato o senador, deputado federal, deputado estadual ou vereador que, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária, ou deixar seu partido, salvo para participar, como fundador, da constituição de novo partido.

E Salgado (2010) continua: reporta que a exclusão da fidelidade do texto constitucional foi decidida de forma consciente, eis que escolha explícita nas comissões e em plenário – aqui o silêncio importa. Necessário se faz reproduzir parte de sua tese de doutorado:

O texto final da Constituição de 1988 não incorpora a hipótese de perda de mandato por desfiliação do partido pelo qual o representante se elegeu. E não porque tenha deixado isso implícito. Não. O texto anterior fazia referência a essa possibilidade. Propostas para a inclusão da hipótese em sede constitucional foram debatidas – e expressamente afastadas. O texto constitucional, portanto, traz uma escolha consciente pela exclusão da perda de mandato por infidelidade. (SALGADO, 2010, p. 185)

Diante do exposto, não se pode afirmar que a fidelidade partidária decorreria de outros princípios previstos na Constituição e de que tal era a intenção natural, porque, conforme se demonstrou, a exclusão de texto inserido na ditadura restou expresso nos debates do constituinte originário.

Tal compreensão foi englobada por julgados do Supremo Tribunal Federal que, desde 1989, em voto do Ministro Moreira Alves no Mandado de Segurança nº. 20.927-5/DF, consolidou entendimento de inexistência da perda do mandato político sob o argumento de que não houve vinculação desta com o ato de infidelidade (SOUSA, 2010). O resultado da votação do Mandado de Segurança acima foi, por maioria de votos, pela impossibilidade de se acolher outro caso de perda de mandato eletivo – posição seguida pelo Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Especial 8.535/MS de 1990 e na Resolução 15.135, ainda consoante a obra referendada.

Mas, o que consistiria a fidelidade partidária em si? Aqui, há que se reportar à obra de Mezzaroba (2004) para quem fidelidade e disciplina partidárias são institutos diferentes. Aquela consiste na harmonia e canalização da vontade partidária, não havendo que falar em facções ou vontades individuais na esfera do Estado. O mesmo autor pontua ainda que, por não se ter relacionado a fidelidade com a lei, e sim aos estatutos de cada partido, a ação mais drástica será excluir o infiel da legenda e, quando se tratar de membro do Legislativo, perderá também eventuais cargos nas mesas diretoras. Pontua Mezzaroba (2004, p. 277):

A partir desse raciocínio, não há que se falar em proteção de *mandato* para os representantes infieis, os quais muitas vezes incorporam os *mandatos políticos* como se fossem propriedades pessoais. Pela lógica do sistema eleitoral brasileiro, que admite voto de legenda, os *mandatos* daqueles representantes eleitos por esse recurso deveriam pertencer ao *Partido*, cabendo a este último resguardar a confiança no representante depositada pelos seus militantes e simpatizantes, através do acompanhamento permanente das ações legislativas postas em prática pelo parlamentar.

Explica ainda Mezzaroba (2004) que, por inexistir na Constituição a perda do mandato eletivo em caso de infidelidade partidária, tal penalidade não poderá estar prevista nos estatutos dos partidos, o que não significa que o infiel não terá sanções, pois poderá sofrer as penas disciplinares (suspensão do direito de voto interno, desligamento temporário da bancada) ou ser, no máximo, expulso – levando o mandato consigo.

A disciplina partidária, por sua vez, insurge no respeito aos princípios, programas e objetivos da organização partidária (MEZZAROBA, 2004). Recorda o autor que, embora tenha a Constituição da República Federativa do Brasil previsto que caberiam aos estatutos das legendas dispor sobre fidelidade e indisciplina, na realidade o que se tem é o direito de instituir penalidades para os atos indisciplinados e infieis, inclusive expulsão, mas sem atingir o mandato – dado que na troca de legenda a Constituição não prevê a sua perda.

Assim, ainda consoante Mezzaroba (2004), o constituinte olvidou que a maioria dos parlamentares é eleita com o voto partidário de legenda e acabou por criar uma ilusão em torno da infidelidade partidária, vez que impraticável pelos partidos.

Em consonância com o exposto, Ramos (2010) lamenta a tentativa de remoção do autoritarismo ditatorial e a consequente supressão de uma das vigas-mestras do sistema representativo, que é justamente a perda do mandato por infidelidade ou desligamento voluntário partidário, razão pela qual inclusive o Ministro Moreira Alves apontou a incoerência do constituinte, sem, todavia, conceder o MS nº. 20.927-5/DF.

Concluindo a distinção, há que se fixar que disciplina não é sinônimo de fidelidade. Sousa (2010) reitera o exposto ao dizer que a primeira implica em, por exemplo, acompanhar o voto do líder do partido numa votação da Câmara, enquanto a última se aplica aos parlamentares com mandato eletivo e os obriga a permanecer no partido pelo qual fora eleito.

Em pesquisa realizada por Melo em 2000, observou-se que a consequência da decisão da constituinte implicou no aumento da migração partidária de eleitos, não havendo paralelo em outros países ante a escala vertiginosa brasileira. Neste sentido, o estudo aponta que entre 1985 e 1998, 686 deputados, entre titulares e suplentes, mudaram de partido na Câmara, dentre os quais 95 congressistas mais de uma vez no mandato, 19 parlamentares três vezes e 4 acima de quatro mudanças. Alguns, a exemplo de Sousa (2010), afirmam que o baixo nível de fidelidade partidária chegara a patamar endêmico.

Apesar da estabilidade jurisprudencial tanto em julgados do STF quanto em acórdãos e resoluções do TSE, em 2007 houve reforma do que fora até então decidido, em parte pelo

quadro avassalador de mudanças e, em parte, pela necessidade de moralização que o Tribunal Superior Eleitoral entendia como necessária. As alterações serão tratadas a seguir.

3.1.1 Resposta à Consulta e confirmação pelo STF da Infidelidade Partidária

Em 27 de março de 2007, o então Partido da Frente Liberal, atual Democratas, formulou consulta junto ao Tribunal Superior Eleitoral (Consulta nº. 1.398/DF) com base no já citado artigo 23, inciso XII, do Código Eleitoral, que permite a propositura, em tese, de consultas por agentes políticos.

A petição inicial trouxe os seguintes questionamentos:

Considerando o teor do art. 108 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático.

Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos.

INDAGA-SE

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda? (BRASIL, 2007, p. 143)

Em resposta, o Tribunal Eleitoral reconheceu o direito de partidos e coligações preservarem a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando, nas palavras de Almeida (2011), houver migração de candidato eleito para outra legenda e inexistir justificativa razoável de cancelamento da filiação.

Na sessão de julgamento, os Ministros Marco Aurélio (Presidente), Cezar Peludo, Ayres Britto, Cesar Asfor Rocha (Relator), José Delgado e Caputo Bastos votaram a favor da pertença do mandato ao partido político, vencido apenas o Ministro Marcelo Ribeiro.

O derrotado Ministro, conquanto concordar com o absurdo da falta de fidelidade aos partidos, expôs que as normas que a justificam são relativas ao período eleitoral, não havendo dispositivo na Carta Magna ou em lei infraconstitucional que afirme perder o mandato aquele que migrar de legenda – objeto da consulta – após a diplomação e posse. O Ministro apontou certa estranheza no fato de que somente após dezenove anos de vigência da Constituição Federal foi proclamada a perda de mandato.

Outrossim, Marcelo Ribeiro assinalou que o artigo 26 da Lei 9.096/95 trata apenas da perda de cargo exercido pelo Parlamentar em virtude da proporção partidária da Casa, vez que, nas comissões, a participação é proporcional à expressão numérica dos partidos. Ademais, afirma que o art. 25 da referida lei dispõe que estatuto do partido poderá prever certas sanções, e não a Justiça Eleitoral²⁶.

Já quanto à matéria constitucional, levantou o Ministro Eleitoral precedentes da Suprema Corte: Mandados de Segurança nº. 20.927 e nº. 26.405. Naquele *writ*, decidiu o Ministro Moreira Alves que a Constituição de 1988 não prevê a perda de mandato para o Deputado eleito pelo sistema proporcional que mude da legenda pela qual se elegeu, embora eleito muitas vezes com o voto desta. Desta forma, não quis a Constituição Cidadã preservar a sanção jurídica da perda do mandato, ainda que isso significasse a redução da representatividade partidária no Parlamento – caso contrário, bastaria colocar outra hipótese no rol exaustivo do art. 55. Entendeu, por fim, não poder invocar princípios implícitos, porquanto a retirada do instituto fora explícita.

Entretanto, o voto vencedor na Consulta nº. 1.398/DF, de lavra do Ministro Cesar Asfor Rocha, ressaltou o *status* constitucional dos partidos políticos, ao dispor a Carta Magna sobre: i) a filiação partidária como uma condição de elegibilidade (art. 14, §3º, V); ii) a disposição sobre normas de fidelidade e disciplina pelos partidos; iii) o princípio da moralidade como vedação ao uso de prerrogativas públicas no interesse privado – não se permitindo o mandato como patrimônio do indivíduo; iv) a obrigação do partido, e não do eleito, de prestar contas à Justiça Eleitoral; v) o acesso à rádio e à TV das greis partidárias.

Igualmente, o voto do Relator sustentou, no plano jurídico, que o vínculo entre candidato e Partido é elemento de identidade política, inexistindo qualquer espécie de sanção, vez que mudar de partido não é ato ilícito. Consoante Ramos (2010), a resposta dada pelo TSE de que a perda do mandato não implica em sanção foi a de que a filiação e o desligamento, por serem direitos subjetivos, fazem com que a perda do mandato seja mera consequência jurídica do ato de desfiliação – lícito, diga-se – onde não se assegura a continuidade do mandato representativo (o qual pressupõe o vínculo entre eleitor, partido e representante). Ainda quanto à licitude do ato, afirma Ramos (2010, p. 252-253)

²⁶ Art. 25. 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.

Para se esquivar do fortíssimo argumento de que a falta de previsão no rol de situações ensejadoras de perda de mandato por Deputados e Senadores sinalizava para a admissibilidade constitucional do desligamento de parlamentares eleitos, com nova filiação partidária ou não, sem o consectário da perda de mandato em prol do partido pelo qual disputaram a eleição, apontou-se a licitude da desfiliação partidária, em contraposição ao caráter ilícito das condutas listadas nos seis incisos do art. 55 da Constituição. De fato a desfiliação de partido político é ato lícito, compreendido na liberdade de associação partidária, sequer caracterizando ato de infidelidade, porquanto infiel é quem, permanecendo submetido às diretrizes programáticas da agremiação, delas se aparta por sua conduta, suas palavras ou votos.

Destarte, para escapar do art. 55, os ministros “afirmaram que a troca de partido é ato lícito e, portanto, não se trata de uma sanção a perda do mandato. Só se fosse considerado ato ilícito que deveria ser incluída tal hipótese por emenda à constituição na ordem constitucional brasileira”. (GUIMARAENS, 2007, p. 03).

Na esfera infraconstitucional, paralelamente, colacionou o aresto vitorioso os seguintes dispositivos: i) artigo 108 da Lei 4737/1965, o qual afirma que os candidatos eleitos o são com os votos do Partido Político; ii) artigo 175, §4º, em que são contados para o partido eleito os votos conferidos aos candidatos com decisões de inelegibilidade ou cancelamento de registro após as eleições – tais dispositivos preservam os votos de legenda mesmo quando a Justiça Eleitoral decreta a nulidade do diploma de um candidato eleito (RAMAYANA, 2010); iii) artigo 26 da Lei 9.096/95; iv) art. 11, III, da Lei 9.504/97.

Conclusivamente, Santos (2008) aponta que a consulta admitiu a perda do mandato parlamentar aos eleitos trânsfugas, exceto em situações justificáveis. Nos termos de Cerqueira e Cerqueira (2011), tal exceção seria eventual causa plausível e motivada para a saída do partido, devendo ser submetida ao contraditório. A resposta foi, pois, moralizadora e serviu para apressar a reforma política no Brasil (RAMAYANA, 2010) – mas, como se sabe, o dispositivo da fidelidade partidária não foi sequer inserido na minirreforma de 2009, restando omissa a lei até os dias atuais.

Todavia, alguns questionamentos futuros dessa Consulta surgiram: e quanto às mudanças dentro da mesma coligação? E também: a regra vale para cargos majoritários (vez que o objeto da pergunta questiona somente cargos proporcionais)? E se o trânsfuga que saiu do partido mediante justificativa falecer?

Rebatendo ambas as dúvidas iniciais, o TSE respondeu, em agosto de 2007 e outubro do mesmo ano, respectivamente, que as mudanças de agremiações, mesmo dentro de Coligação, acarretam a perda do mandato eletivo e que se exige fidelidade partidária também

para as eleições majoritárias – consulta n.º 1.407/2007 –, notavelmente quanto aos Governadores, Presidente, Senadores e Prefeitos (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2008).

A título de curiosidade sobre morte de político trãnsfuga que fica com o mandato, Cerqueira e Cerqueira (2008) trazem o caso do Deputado Federal Clodovil Hernandes que deixou o PTC, partido eleito, devido à grave discriminação e à perseguição pessoal reconhecidas pelo TSE. Após a sua morte, porém, novo litígio jurídico teve início: pertenceria a vaga novamente ao PTC ou com o partido de quando o Deputado falecera (PR)? Ao final, resolveu-se que a vaga não é do novo partido, e sim daquele que o *de cuius* se elegeu.

Por força das respostas inovadoras formuladas pelo Tribunal Superior Eleitoral, foram impetrados diversos Mandados de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal no intuito de que o Presidente da Câmara dos Deputados cumprisse com a decisão ora proferida pela Justiça Especializada e declarasse a vacância dos cargos de deputados infiéis (ALMEIDA, 2011; SOUSA, 2010). Os motivos dos remédios constitucionais têm por base a recusa da autoridade de cumprir com o requerimento dos partidos em preencher os mandatos vagos por candidatos eleitos no escrutínio geral de 2006 (RAMOS, 2010).

Assim, por meio dos MS n.º 26.602 (Relator Ministro Eros Grau), n.º 26.603 (Relator Ministro Celso de Mello) e n.º 26.604 (Relatora Ministra Cármen Lúcia), o Partido Popular Socialista, o Partido da Social Democracia e o Democratas reivindicaram as vagas perdidas com a desfiliação partidária durante o mandato (SALGADO, 2010; SANTOS, 2008).

Com relação ao primeiro, denegou-se a ordem impetrada visto que o abandono da sigla ocorrera antes da resposta à consulta pelo TSE; no segundo, também denegada a segurança, estabeleceu-se reformulação da fidelidade partidária constitucional (SALGADO, 2010); e, no último, o STF concedeu parcialmente a ordem, por maioria de votos, para determinar ao Presidente da Câmara dos Deputados remeter a vacância do Deputado Federal ao TSE após este disciplinar o procedimento por resolução (RAMOS, 2010).

Apesar do indeferimento do *writ* nos dois Mandados de Segurança e o deferimento parcial no último, o STF entendeu, por maioria, o direito dos partidos e coligações à vaga do candidato eleito trãnsfuga, direito extraído da Constituição Federal, corroborando o entendimento do TSE acerca de sua titularidade (SANTOS, 2008).

Passa-se, então, aos argumentos levantados pelas partes e pelos julgadores nas ações mandamentais em tela.

Nos Mandados de Segurança, opinara a Procuradoria Geral da República pelo não conhecimento do *mandamus* ou, no mérito, pela denegação da ordem, vez que a Jurisprudência da Corte desde 1988 era pacífica de que o Parlamentar não perde o mandato

por mudança partidária e, caso fossem concedidos os remédios constitucionais, que se modulassem os efeitos somente para a próxima legislatura.

Quanto ao voto, pede-se vênia para se transcrever partes essenciais da ementa do MS nº. 26.603/2007, a cargo da Relatoria do Ministro Celso de Mello:

[...] . - A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. **As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.**

A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O "SISTEMA PROPORCIONAL"

. - **O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de "fundamento constitucional autônomo", identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, "caput" (que consagra o "sistema proporcional"), da Constituição da República**

[...]

. - **A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudula, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.**

A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO GESTO DE DESRESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO

[...]

. - **A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, "in fine"), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições.**

HIPÓTESES EM QUE SE LEGITIMA, EXCEPCIONALMENTE, O VOLUNTÁRIO DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO

. - **O parlamentar, não obstante faça cessar, por sua própria iniciativa, os vínculos que o uniam ao partido sob cuja legenda foi eleito, tem o direito de preservar o mandato que lhe foi conferido, se e quando ocorrerem situações excepcionais que justifiquem esse voluntário desligamento partidário, como, p. ex., nos casos**

em que se demonstre "a existência de mudança significativa de orientação programática do partido" ou "em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou" (Min. Cezar Peluso).

A INSTAURAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO

. - **O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício da competência normativa que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo, pode, validamente, editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação**, instaurável perante órgão competente da Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da "analogia legis", mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº 64/90

[...]

INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E LEGITIMIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PRATICADOS PELO PARLAMENTAR INFIEL.

A desfiliação partidária do candidato eleito e a sua filiação a partido diverso daquele sob cuja legenda se elegeu, ocorridas sem justo motivo, assim reconhecido por órgão competente da Justiça Eleitoral, embora configurando atos de transgressão à fidelidade partidária - o que permite, ao partido político prejudicado, preservar a vaga até então ocupada pelo parlamentar infiel -, **não geram nem provocam a invalidação dos atos legislativos e administrativos**, para cuja formação concorreu, com a integração de sua vontade, esse mesmo parlamentar. Aplicação, ao caso, da teoria da investidura funcional aparente. Doutrina. Precedentes.

REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARÇO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA

[...]

. - **Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida.** [...] (BRASIL, 2008, p. 318 grifo nosso)

Do excerto acima são retiradas as seguintes conclusões do julgamento: as agremiações partidárias funcionam como elo entre os anseios dos cidadãos e a vida política, o mandato político não compreende patrimônio pessoal do eleito, mas se vincula à necessária filiação partidária e à proporcionalidade das eleições, segundo os artigos 14 §3º, V, 17, §1º, *in fine* e 45, caput, todos da CRFB/1988.

Continua o voto a explicitar que a infidelidade partidária quebra com o referido vínculo, ofende o sistema proporcional e o senso de responsabilidade política, caracteriza deslealdade com as legendas de origem, além de comprometer com a representação popular e a vontade soberana dos cidadãos. Todavia, há aqui algumas exceções à titularidade do mandato pelo partido, havendo que se possibilitar – mediante procedimento administrativo perante a Justiça Eleitoral e assegurado o contraditório e ampla defesa – a justificação da saída do partido.

O voto definiu, ademais, que o TSE deverá expedir Resolução acerca da matéria, com base em seu poder regulamentar, cujo marco para o início da aplicação do julgado é de 27 de março de 2007, data em que o TSE respondeu à consulta formulada pelo PFL.

Os Mandados de Segurança, da mesma forma como a resposta à consulta, não tiveram julgamento unânime. No voto vencido do Ministro Joaquim Barbosa, este alegou possuir dúvidas se os partidos tradicionais estão à altura de expressar a vontade e anseios da sociedade planetária. Ademais, como o titular derradeiro do poder é o povo, em nome de quem agem os representantes, o Ministro não admite que a fonte de legitimidade do poder esteja nos Partidos Políticos. Igualmente, não reconheceu resolver a questão à luz de princípios implícitos, vez que o constituinte de 1988 disciplinou de forma consciente a matéria, abandonando o regime de fidelidade do sistema ditatorial. Por fim, por mais que Joaquim Barbosa comungue dos anseios em prol da moralização político-partidária, não vê como isso seria possível no remédio impetrado.

Tal qual o voto vencido anterior, o Ministro Relator Eros Grau não considerou possível a “cassação” sumária do mandato sem previsão no art. 55 da Carta Magna, não podendo ir além do que ela o permite compreender.

Como bem recordado por Guimaraens (2007), se se é possível defender as decisões do TSE e STF por meio de princípios implícitos e explícitos, o inverso é também permitido, falando-se da harmonia entre os poderes, da soberania popular, do Estado Democrático de Direito, dentre outros.

Quanto ao resultado do julgamento, Ramos (2010) pontua dois aspectos em que peca tal acórdão: de forma sistêmica peca porque não se pretende que o Deputado expulso do partido por ato de indisciplina possa permanecer no gozo de mandato representativo, em detrimento da agremiação – não havendo aqui ato lícito; e sob o aspecto histórico peca porque a Constituição de 1969 cuidava o desligamento voluntário como forma de infidelidade partidária e, portanto, trazendo um ato “lícito” como causa de perda do mandato (RAMOS, 2010).

Em outro aspecto, o mesmo autor esclarece que a atuação do STF também extrapola os limites impostos pelo sistema constitucional quanto às consequências da tese defendida: a partir do princípio da representação proporcional deveria o STF ter se limitado a declarar a perda de mandato por desligamento do partido. Todavia, entendeu por bem disciplinar o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação por meio de ações constitutivas, assegurando-se ampla defesa aos interessados, mediante situações exaustivas de justas causas para a desfiliação (RAMOS, 2010).

Ao julgar tais garantias constitucionais, a Corte Constitucional reviu, por maioria, orientação “vintenária” (RAMOS, 2010, p. 249) do STF, que constava de julgados recentes reafirmando a impossibilidade de assim decidir pela infidelidade partidária.

3.1.2 A Resolução TSE nº. 22.6010/2007 e flagrante inconstitucionalidade

Em que pesem tais alegações não majoritárias, o Tribunal Superior Eleitoral emitiu a Resolução nº. 22.610/2007, a qual disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

Contudo, alguns questionamentos são levantados acerca de seu surgimento e conteúdo: i) a retroatividade da modulação dos efeitos em Mandado de Segurança e o acolhimento na Resolução; ii) a fixação de competência dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral para as ações de justificação ou de perda do mandato eletivo, em afronta ao artigo 121 da CRFB/1988; iii) a criação e a mescla de ritos preexistentes; iv) a falta de previsão recursal; v) a legitimidade ativa do Ministério Público Federal; e vi) criação de direito eleitoral e processual.

De acordo com a ementa acima exarada, observou-se que o STF modulou os efeitos da decisão a fim de que fosse decretada a perda do mandato eletivo do infiel a partir da consulta do TSE – em março de 2007 para os cargos proporcionais e em outubro do mesmo ano para os eleitos aos cargos majoritários (MAIA, 2010). Em sua dissertação, a pesquisadora infere que a modulação de efeitos, prevista nos artigos 11 e 27 da Lei 9.868/1999, em sede de Mandado de Segurança consistiu em julgado paradigmático, pois não previsto no ordenamento afora o controle concentrado.

Reiterando tal prática de ativismo judicial, Ramos (2010) aponta que a modulação realizada pelo Supremo em relação ao direito dos partidos aos mandatos caberia apenas, eventualmente, quando em matéria de controle de constitucionalidade em sistema de *civil law* ou por força da sanção imposta (anulação) ou ainda de expressa previsão constitucional (sanção de nulidade). Ainda para Ramos (2010, p. 255-256): ‘A modulação dos efeitos no caso é uma das manifestações mais prospectivas do ordenamento da *common law* cujos precedentes guardam relação direta com uma das mais intensas criações normativas.’”

Ainda, há que se ressaltar que, sendo a Resolução considerada lei ordinária em sentido material, opera a irretroatividade das leis, embora tenha sido atribuído efeito *ex tunc*

para abarcar fatos ocorridos a partir de 2007 (SANTOS, 2008). Desta forma, o artigo explora que o efeito pretérito conjugado à inovação jurídica da Resolução lesou o princípio da irretroatividade das leis e o da segurança jurídica, vez que a Jurisprudência da Corte Suprema era pacífica para a inaplicabilidade da perda de mandato disposta no ato normativo infralegal.

Quanto ao procedimento adotado, de outro norte, o STF havia opinado acerca da adoção de analogia legislativa com os artigos iniciais da Lei de Inelegibilidades. Todavia, Cerqueira e Cerqueira (2008) ressaltam que o TSE acabou por misturar o rito eleitoral da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (Lei Complementar 64/1990, artigos 3º a 7º) e o dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/1995 quanto ao pedido de reconsideração).

A competência fixada, por sua vez, é atribuída ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais, dependendo do cargo eleitoral a ser discutido, consoante o art. 2º do ato normativo: “Art. 2º - O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado.”

A esse respeito, Maia (2010) infere que o TSE não complementou o sentido de lei ordinária federal, e sim provocou nova quebra de paradigma, vez que entendeu ser da Justiça Especializada Eleitoral a competência para solução de dissídios intrapartidários, notadamente atribuídos à Justiça Comum. Santos (2008) vai ao encontro do afirmado e complementa que, por se tratar de tema localizado no período pós-eleitoral, escapada das amarradas da Justiça Especializada que tem com a diplomação do eleito o termo seu *ad quem*. Ramayana (2010) esclarece que a competência da Justiça eleitoral foi, então, prorrogada.

Além do novo entendimento acerca da jurisdição, coube atribuir a competência de forma equivocada, eis que o artigo 121 da Constituição da República Federativa do Brasil obriga a edição de lei complementar, *verbis*: “Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.”

Sobre a matéria, Maia (2010) e Santos (2008) são uníssonos em evidenciar a lesão ao retromencionado artigo constitucional, porquanto a violação ao princípio da reserva legal de lei com quórum qualificado (maioria absoluta, art. 69, da CRFB/1988). Há, pois, a inconstitucionalidade da Resolução em mais um quesito.

Ponto muito discutido, ademais, fora a inexistência de previsão recursal no texto do art. 11 da Resolução em comento, havendo somente o pedido de reconsideração no prazo de

48 horas, modificando-se em seguida o dispositivo para se permitir então o Recurso Ordinário ou Especial ao TSE, consoante o art. 121, §4º, da Constituição Federal²⁷.

A legitimidade ativa do Ministério Público também é questionada, porquanto seja direito das legendas dispor sobre fidelidade, disciplina e penalidades, somente cabendo às agremiações postular por causa de eleito infiel (MAIA, 2010).

Apesar da crítica, é explícita na Resolução a legitimidade ativa do *Parquet* em ingressar com a ação em caso de inatividade do partido político em propô-la no prazo de 30 dias: “Art. 1º §2º - Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.”

Provável motivação acerca do artigo supra diz respeito à tentativa de barrar os conchaves entre partido político e candidato sobre a não postulação em juízo em caso de mudança partidária deste. Ora, dificultam-se acordos internos em que a grei acordaria em não propor ação de perda de mandato eletivo para reaver o que lhe é de direito segundo a Resolução. O impedimento decorre da possibilidade do Ministério Público, então, entrar com o pleito, restando ineficaz o acordado entre as partes.

Apesar da possível motivação legislativa, Maia (2010) é resoluta em expressar que a faculdade de agir do órgão ministerial no polo ativo da demanda no interesse do partido político viola a autonomia deste para dispor sobre matéria *interna corporis*²⁸ e impõe ao partido situações contrárias ao seu interesse e conveniência.

Na prática forense observa-se que, para escapar muitas vezes da iniciativa ministerial ou de interessados outros, partidos ingressam com a respectiva ação de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária sem, contudo, instruí-la apropriadamente, fazendo conchaves com o eleito para que este mantenha o cargo, sendo tal propositura julgada improcedente pela Justiça Eleitoral. De outro norte, também, observa-se que nem sempre o

²⁷ Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei; II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais; V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

²⁸ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)

representante do Ministério Público ingressa judicialmente com o litígio, sendo mais corrente o interessado jurídico – suplente – requerer o mandato em juízo.

Os aportes até agora identificados dizem respeito quanto ao conteúdo exposto na Resolução TSE nº. 22.6010/2007, notoriamente em relação à disposição da retroatividade dos efeitos jurídicos para período anterior ao Mandado de Segurança, à atribuição de competência aos TREs e ao TSE por ato diverso de lei complementar e fora do período eleitoral, à inexistência de previsão recursal num primeiro momento e à legitimidade do representante do Ministério Público em ingressar no polo ativo da demanda em caso de inação do Partido Político.

Passa-se agora, portanto, a analisar as consequências desses caracteres e as implicações no âmbito jurídico.

Dentre os autores referenciados pelo trabalho, grande maioria critica de ativista a postura levada a cabo pelo TSE na resposta à consulta formulada e a conformação desse entendimento pelo STF. Ademais, apontam também para a inconstitucionalidade e ativismo judicial da Resolução 22.610/2007 como forma de regulamentar os entendimentos superiores.

A esse respeito, Santos (2008) remete que o ativismo decorre da origem do panorama, qual seja: quando o TSE e, depois, o STF positivaram os contornos da infidelidade partidária. Em seguida, Maia (2010) e Santos (2008) ressaltam também que o TSE abusou a função regulamentar – que encontra limites na matéria eleitoral e nos preceitos hierarquicamente superiores – e emendou a própria Carta Magna mediante Resolução, sendo típico exemplo de ativismo judicial exercido em manifestação ordinária e não em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Perez (2012) confirma o exposto acima ao inferir que tanto o STF, quando do julgamento dos Mandados de Segurança, quanto o TSE, no momento em que editara a Resolução em comento, agiram de maneira ativista, porquanto criaram direito por meio da substituição do Poder Legislativo pelo Judiciário. Sobre o tema, Santos (2008, *on-line*) explicita:

De fato, a leitura da Resolução TSE nº 22.610/07 não deixa dúvidas de que esta traz normas gerais, abstratas, inovadoras e imperativas em matéria de direito eleitoral (fixa hipóteses de justa causa para manutenção do mandato) e processual (cria hipótese de revelia, estipula os legitimados ativos, prazos de manifestação das partes e julgamento, estabelece irrecorribilidade das decisões, etc.) sem, contudo, serem validamente editadas pelo poder competente.

Dessa forma, pontua-se a imperiosa necessidade de se ampliar via processo legislativo com o fito de se prever a perda do mandato do trãnsfuga infiel.

Essa última análise tem como adeptos Sousa (2010) e Perez (2012), os quais não têm dúvidas de que a questão haveria de ser tratada em reforma política instaurada perante o Poder Legislativo, por meio de debates inerentes à Emenda Constitucional, com a posterior inserção no dispositivo régio. Contudo, como tal providência não fora adotada até então pelo Congresso, impulsionou-se a indevida usurpação da função legislativa pelo Judiciário a fim de moralizar a política (PEREZ, 2012).

Reforçando o rol de favoráveis à alteração legislativa, Ramos (2010) é resolutivo ao escrever que a infidelidade deve ser tema constante na agenda de reforma política, sendo imprescindível a intervenção do Poder Constituinte revisional (a quem compete ampliar a hipótese de perda de mandato eletivo) e do legislador ordinário – incumbido do procedimento legal aplicável.

Realizou-se, portanto, verdadeira reforma ao se reinserir a fidelidade partidária vigente na Constituição do período ditatorial.

Não é preciso muito esforço, no entender de Ramos (2010), para perceber que a Justiça Eleitoral construiu inteiramente a perda de mandato por desfiliação partidária, não se conformando com a força prescritiva do princípio da representação partidária proporcional. A bem da verdade, a interpretação do princípio não comportaria entendimento para além da observância da proporção entre o número de vagas legislativas e a votação obtida pelas agremiações na forma do quociente partidário, devendo maiores implicâncias serem motivadas por meio de criação legislativa.

Desta forma, Cerqueira e Cerqueira (2008) e Sousa (2010) ressaltam motivos diversos para a inconstitucionalidade do ato normativo, quais sejam: inovação no ordenamento jurídico em matéria de direito eleitoral e processual; violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa; usurpação da competência do art. 22, I, da CRFB/1988 que dispõe ser competência privativa da União legislar sobre tais matérias; violação aos princípios da separação de poderes, da legalidade o que caracteriza ativismo judicial de caráter jurisdicional (neste sentido, vide tópico 1.1.1 da Monografia).

E mais: os autores Cerqueira e Cerqueira (2008) apontam que, na Consulta nº. 1.714 e nº. 1.720 de 2009, o TSE ampliou o alcance da Resolução 22.610/2007 para aplicá-la aos casos de suplentes trânsfugas no exercício de mandato eletivo proporcional ou majoritário e que não é possível autorizar os eleitos a deixarem o partido sem a perda de mandato.

Todos os questionamentos levantados no que dizem respeito ao ativismo judicial quando da resposta à Consulta pelo TSE e da decisão do Supremo bem como quanto à

inconstitucionalidade da Resolução nº. 22.610/2007 não escaparam novamente da decisão do Supremo Tribunal Federal.

3.1.3 Ações Diretas de Inconstitucionalidade: reiterada conivência do STF

A par dessas questões, o STF foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade do ato normativo do TSE, em especial nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº. 3.999 e nº. 4.086 relatadas pelo Ministro Joaquim Barbosa. A primeira, conforme Relatório da ADIn, foi ajuizada pelo Partido Social Cristão, enquanto esta pelo Procurador Geral da República.

Os argumentos pela procedência da exordial afirmaram, em breve síntese, que: i) o art. 2º da Resolução, ao atribuir a competência ao TSE e aos TRES, violou reserva de lei complementar para definir as aptidões da Justiça Eleitoral (art. 121, CRFB/1988); ii) houve usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (artigos 22, I, 48 e 84, IV, da CRFB/1988); iii) ao estabelecer normas processuais (provas, prazo de resposta, revelia, direitos da defesa, julgamento antecipado da lida, ônus da prova), a Resolução violou os mesmos dispositivos acima; iv) o texto impugnado vai contra os precedentes do STF no que tange a atribuição do Ministério Público como terceiro interessado para postular a perda do cargo (artigos 128, §5º e 129, IX, da CRFB/1988), bem como inexistente autorização para o suplente postular, em nome próprio, o mandato que pertenceria ao Partido; e v) ocorreu afronta ao princípio da separação de poderes (artigos 2º e 60, §4º, III, da CRFB/1998).

Ao final, julgada improcedente, por maioria de votos, e sendo o pedido de declaração de inconstitucionalidade desprovido, considerou-se a Resolução, portanto, dentro dos conformes régios. Sousa (2010) esclarece que o posicionamento adotado no instituto da fidelidade partidária fora o maximalista dado que afirmou o Relator pouco adiantar o STF reconhecer o dever de fidelidade se não confirmasse instrumento legal para assegurá-lo – embora excepcional e temporário – devendo o poder normativo do TSE receber amparo na circunstância do STF ter reconhecido a perda do mandato em certos casos.

Segue a ementa do julgado para os devidos esclarecimentos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA.

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária.

2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III da Constituição).

3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator.

4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo.

5. 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.

6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente (BRASIL, 2009, p. 99, grifo nosso).

Os votos vencidos ficaram a cargo do Ministro Marco Aurélio Farias de Melo e do Ministro Eros Roberto Grau. Há que se fazer um adendo para o fato de que Joaquim Barbosa, embora voto vencido quando dos Mandados de Segurança nº. 26.602 e seguintes, considerou a ADIn procedente, vez que se referia ao alcance do poder normativo do TSE, o qual entendeu regular por ser extraordinário e excepcional (até que o Legislativo promulgasse lei sobre o tema – o que, até hoje, não fora feito).

Para Eros Grau a Resolução detinha múltiplos facetes inconstitucionais, conforme propunham os autores, mencionando o Ministro que as instruções e as providências

normativas são análogas aos decretos e aos regulamentos baixados pelo Presidente da República para a fiel execução de lei e, por isso, não podem inovar no ordenamento jurídico.

Não conhecendo da ação, o Ministro Marco Aurélio afirmou descaber ao TSE normatizar no âmbito do processo e do direito eleitoral substancial, não havendo falar em ato normativo e abstrato autônomo da Justiça Eleitoral, tendo, apenas, reproduzido o que se há em leis aprovadas pelo Congresso Nacional.

Conclui Ramos (2010) que o uso continuado da expressão “o mandato pertence ao partido” não implica na possibilidade de regular a matéria complexa por meio de decisões de oportunidade político-institucional até porque, a rigor, a Constituição estabelece pertencê-lo ao parlamentar eleito ainda que cancelada a filiação partidária, não podendo ser destituído, salvo as hipóteses previstas na própria Carta Magna. Nesse sentido, o Professor aponta que embora se entendam as razões do julgamento, não se pode justificar tal decisão ativista.

Ante o exposto, há a percepção de que a temática é conturbada e perpassa diversos julgados pelas Cortes Superiores. O imbróglio teve início quando, após consulta de agente político, o TSE respondeu que o mandato eletivo do congressista trãnsfuga pertenceria ao partido e não ao eleito. Em seguida, ainda em 2007, ampliou-se o dever de fidelidade aos cargos majoritários.

Vê-se que, com tal decisão, surgiram pretensões no Congresso Nacional, fazendo com que os Presidentes das Casas devessem se manifestar sobre pedidos de manutenção do mandato para o partido em face do infiel. Diante desse cenário, houve a impetração de diversos Mandados de Segurança na Corte Suprema a fim de se reconhecer esse novo direito.

Os remédios constitucionais impetrados, apesar de muitos não terem sido conhecidos, deram início à nova decisão do STF, que rompeu com o antigo entendimento de que a Constituição não previa a possibilidade de perda de mandato eletivo por conta da taxatividade do seu artigo 55. Para tal conclusão, a maioria do plenário se valeu de princípios implícitos contidos tanto na legislação constitucional quanto na ordinária para concluir de que pertencem aos partidos políticos os mandatos. Assim agindo, determinaram ao TSE que editasse o ato normativo próprio para regular o novo direito surgido, modulando-se os efeitos retroativamente para a resposta às Consultas eleitorais em 2007.

Finalmente, a caminhada se encerra com a celeuma jurídica de ser a Resolução TSE nº. 22610/2007 inconstitucional por violar uma série de regramentos contidos na Lei Maior, dentre eles: separação de poderes, legalidade, competência privativa da União para legislar sobre direito processual e eleitoral, reserva de lei complementar para dispor acerca da competência da Justiça Eleitoral, novas atribuições do Ministério Público, dentre outros.

Julgada improcedente a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, a Resolução 22.610/2007 trouxe consigo intensos desgastes entre o Congresso Nacional e o Judiciário. Um *leading case* demonstra explicitamente as tensões entre esses Poderes: trata-se do Caso Walter Brito, primeiro Deputado Federal cassado por infidelidade (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2008).

Ainda consoante os autores, a Câmara de Deputados se recusava a determinar a perda do mandato com fulcro na exigência da “ampla defesa” garantida no Legislativo – art. 55, §3º, da CRFB/1988. Entendeu o STF, todavia, que não há falar em nova fase de defesa, vez que o Legislativo não é um “supertribunal de exceção” o qual aprecia a matéria para além da coisa julgada. Chegou à tamanha discussão que o TSE ordenou três vezes o afastamento do cargo de Walter Brito e o Supremo também confirmou a perda, independentemente da publicação de acórdão, sem, contudo, haver o cumprimento da ordem.

3.2 RESOLUÇÃO TSE Nº. 23.376/2012: PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CAMPANHA²⁹

A inconstitucionalidade da Resolução nº. 23.376/2012 inicia ao se relembrar que, até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral pode expedir as instruções necessárias para a fiel execução de lei – sobre a discutível competência regulamentar da Justiça Eleitoral, vide o Subcapítulo 2.1 “A Competência da Justiça Eleitoral em expedir Resoluções, Princípio da Legalidade e Reserva de Lei”.

Nas eleições municipais de 2012, quisera o TSE reeditar dispositivo inovador trazido na Resolução de 2008 e não repetido nas instruções de 2010: inserir via ato normativo a necessidade de aprovação judicial das contas de campanha para se conseguir a quitação eleitoral (certidão negativa de débitos), uma das condições de elegibilidade exigidas pela Lei 9.504/97, como informa o dispositivo legal:

Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

§1º **O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos:**

VI - **certidão de quitação eleitoral;**

²⁹ O presente tópico fora objeto de estudo anterior custeado pelo CNPq por meio do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) intitulado “*O Ativismo no Judiciário Eleitoral: contribuições críticas sobre a aplicação da Resolução TSE n. 23.376/2012*”, o qual foi publicado em co-autoria com o Professor Dr. Orides Mezzaroba e aprofundado na presente monografia.

§ 7º **A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente** a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, **e a apresentação de contas de campanha eleitoral.** (BRASIL, 1997, grifo nosso)

Não bastasse a ampliação do rol de condição de elegibilidade de modo reflexo e não ancorado por lei ordinária (como obriga o art. 14, §3º, da CRFB/1988: São condições de elegibilidade, na forma da lei...), ver-se-á que o TSE estava inclinado a retroagir os efeitos da sanção criada para abranger as prestações de contas desaprovadas em 2010, valendo-se do bordão “tais requisitos são auferidas no momento do registro”, o que, a seu turno, seria capaz de sobrepujar a segurança jurídica das relações decididas no pleito passado.

O impasse terminou, enfim, por acatar pedido de reconsideração formulado por diversos partidos que vislumbravam nova medida de ativismo judicial levada a cabo pelo TSE. Um dos motivos, quiçá, para a retratação judicial veio justamente da resposta dado pelo Congresso Nacional ao tramitar com urgência Projeto de Lei que acabaria de vez com tal entendimento. Para o momento, imperiosa a análise das tratativas iniciais da instrução.

3.2.1 Marcha Processual da Instrução nº. 154264: o dever de prestar contas

Em breve síntese, no dia 22 de setembro de 2011, a presente Instrução foi protocolizada no Tribunal Superior Eleitoral e distribuída para o gabinete do Ministro Relator Arnaldo Versiani, o qual elaborou minuta do ato normativo que seria posteriormente debatida em plenário, inferindo que a aprovação de contas não influenciaria a quitação eleitoral, compreendendo esta apenas sua apresentação à Justiça.

Após submeter ao plenário a proposta de Instrução em 14 de fevereiro de 2012, pediu vista o Ministro Gilson Dipp que, em seguida, votou pela aprovação total da Resolução do modo como estava. Ato contínuo, outro pedido de vista veio da Ministra Nancy Andrighi, que apresentou seu voto no dia 1º de março de 2012, momento em que o Tribunal Superior Eleitoral, na pauta administrativa, por maioria de votos, acatou o voto divergente de Nancy Andrighi, vencidos Relator, Ministro Gilson Dipp e Ministro Marcelo Ribeiro³⁰.

³⁰ Para assistir à votação na íntegra: <<http://www.youtube.com/watch?v=f17QzgVNxO0>>, <http://www.youtube.com/watch?v=_CGc7L9M-Fo>, < <http://www.youtube.com/watch?v=EmwLbLMErJ0>> e <<http://www.youtube.com/watch?v=kr2-2EnUy7M>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

A Resolução regulou a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, a prestação de contas nas eleições de 2012 – o último, objeto do presente estudo. Assim, antes de se adentrar na Resolução em si, é valioso perpassar breve esboço acerca da prestação de contas das campanhas eleitorais impostas a todos os concorrentes, cujo dever fora objeto de contenda no TSE.

Desta forma, há que se esclarecer que a prestação de contas de campanha a ser estudada se trata de questão completamente diversa da inelegibilidade por rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas, a qual resta inculpada no art. 1º, I, 'g', da Lei Complementar 135/10 (Lei da Ficha Limpa). Para que esta se dê, consoante Cerqueira e Cerqueira (2008), é necessário inicialmente que o administrador esteja no exercício de cargo ou função pública – como Prefeitos, Presidentes da Câmara Municipal, Secretários de Estado, Presidente da República, Governadores. Assim, qualquer pessoa que tenha exercido tal atividade deverá prestar contas de seu mandato, a ser aprovada pelo Legislativo.

Questão diversa, contudo, é o dever de prestar contas que todos os aspirantes aos cargos eletivos devem prestar ao longo do processo eleitoral³¹ e após as eleições. Tais prestações são feitas consoante o artigo 28 e seguintes da Lei 9.504/97, podendo recair o dever de remeter à Justiça Eleitoral despesas, receitas e recibos aos próprios candidatos ou aos comitês financeiros, conforme o dispositivo:

Art. 28. A prestação de contas será feita:

I - no caso dos candidatos às eleições majoritárias, na forma disciplinada pela Justiça Eleitoral;

II - no caso dos candidatos às eleições proporcionais, de acordo com os modelos constantes do Anexo desta Lei.

§ 1º As prestações de contas dos candidatos às eleições majoritárias serão feitas por intermédio do comitê financeiro, devendo ser acompanhadas dos extratos das contas bancárias referentes à movimentação dos recursos financeiros usados na campanha e da relação dos cheques recebidos, com a indicação dos respectivos números, valores e emitentes.

§ 2º As prestações de contas dos candidatos às eleições proporcionais serão feitas pelo comitê financeiro ou pelo próprio candidato (BRASIL, 1997).

Verifica-se que, enquanto a prestação de contas da gestão provém da vitória nas urnas e do dever do eleito transparecer sua *accountability* (PITKIN, 1972), implicando em inelegibilidade no caso de rejeição; a apresentação das contas de campanha se insere no

³¹ Como determina o artigo 28, § 4º, da Lei 9.504/97: Os partidos políticos, as coligações e os candidatos são obrigados, durante a campanha eleitoral, a divulgar, pela rede mundial de computadores (internet), nos dias 6 de agosto e 6 de setembro, relatório discriminando os recursos em dinheiro ou estimáveis em dinheiro que tenham recebido para financiamento da campanha eleitoral, e os gastos que realizarem, em sítio criado pela Justiça Eleitoral para esse fim, exigindo-se a indicação dos nomes dos doadores e os respectivos valores doados somente na prestação de contas final de que tratam os incisos III e IV do art. 29 desta Lei.

conceito de quitação eleitoral, requisito de elegibilidade, podendo sua desaprovação ensejar as penalidades do art. 30-A da Lei das Eleições, quais sejam: negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido este outorgado.

O dever em comento consiste, portanto, em determinação legal de que ao fim das eleições os candidatos e/ou os comitês financeiros processem na Justiça Especializada arrecadação e gastos efetuados com a campanha aos cargos eletivos, que, do contrário, seria impossível averiguar irregularidades como a obtenção de recursos de fontes vedadas, abuso de poder econômico, dentre outros desvios (GOMES, 2010).

Quanto à marcha processual da prestação de contas, a lei exige pré-disponibilização de relatórios nos dias 6 de agosto e 6 de setembro por meio da *internet*, em sítio criado pela Justiça Eleitoral para esse fim (artigo 28, §4º, Lei 9.504/97).

Afora tais prévias pelo sistema mundial de computadores, finda a realização das eleições as contas deverão ser encaminhadas ao Juízo Eleitoral pela pessoa responsável, o qual, nas eleições majoritárias, é o comitê financeiro e, nas eleições proporcionais, poderão prestá-las o próprio candidato ou o comitê (artigo 28, da Lei 9.504/97).

Iniciado tal processo administrativo perante o Juízo competente (onde muitas vezes existe o convênio com cursos superiores de Contabilidade para aferição da regularidade), a Justiça Eleitoral decidirá consoante uma das possíveis declarações abaixo (artigo 30 da Lei 9.504/97: a) se regular, “aprovada”; b) se presentes falhas que não comprometam a regularidade, “aprovada com ressalvas”; c) no caso de falhas comprometedoras da normalidade, “desaprovadas”; e d) se não enviadas, “não prestadas”.

Em se tratando da inclusão da prestação de contas como requisito para a plena quitação eleitoral, Schlickmann (2007) assevera que a mesma foi incluída neste conceito já no pleito de 2004 por meio de Resolução do TSE, em que candidatos que não apresentavam suas contas (que seriam então julgadas pelo magistrado como ‘não apresentadas’) eram impedidos de obterem a certidão de quitação eleitoral durante o mandato para o qual concorreram.

Nos estudos de Schlickmann (2007, p. 245-246, grifo nosso), infere-se que tal inclusão teve respaldo no voto vista do Ministro Fernando Neves:

O eminente Corregedor-Geral Eleitoral entende estar quite com a Justiça Eleitoral aquele que tenha regularmente exercido seu direito de voto ou justificado a falta, tenha obedecido a qualquer convocação para auxiliar nos trabalhos eleitorais e não tenha multa pendente de pagamento relacionada a sanção aplicada com base na legislação.

Concordo com Sua Excelência, mas **vou um pouco além, pois entendo que também a não-apresentação de contas relativas a campanha eleitoral é obstáculo à obtenção de certidão de quitação eleitoral.**

A obrigação de prestar contas é prevista no art. 28 da Lei 9.504/97, e, se elas não são prestadas, não é possível considerar que o candidato cumpriu suas obrigações com a Justiça Eleitoral, ou, em outras palavras, que está apto a receber certidão de quitação eleitoral.

Se é certo que a rejeição das contas não implica sanção imediata, podendo, apenas, servir de fundamento para ações subsequentes, penso que não é menos certo que o candidato que não apresentar contas estará em mora e, conseqüentemente, não poderá obter certidão de quitação eleitoral no período do mandato para o qual concorreu.

Por isso, proponho acrescentar essa condição para a expedição de certidão de quitação eleitoral.

O excerto repisado infere que à época, antes da minirreforma de 2009 que inseriu a apresentação de contas como elemento para a quitação eleitoral, já havia entendimento do TSE acerca da questão, sendo a obrigação de apresentar as contas um dos requisitos para estar quite com a Justiça Eleitoral.

Nas resoluções expedidas pelo e. TSE de nº. 21.823/2004 e nº. 22.715/2008 a conclusão a que chegara o ministro fora inserida consoante os seguintes dizeres: “A não apresentação de contas impede a obtenção de certidão de quitação eleitoral no curso do mandato ao qual o interessado concorreu”.

Frise-se que o panorama acima circundou somente a não apresentação de contas, o que já poderia ser considerado ativismo judicial por parte do TSE, visto que tal entendimento só restou normatizado na Lei nº. 12.034 de 2009.

Apesar do ativismo inicial, o Congresso deu respaldo aos atos normativos expedidos em 2004 e 2008 e incluiu tal normativa pela minirreforma eleitoral, inserindo-se que a não prestação de contas de campanha também ocasionava mora com a justiça eleitoral, *in verbis*:

Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

§ 1º **O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos:**

VI - **certidão de quitação eleitoral;**

§7º **A certidão de quitação eleitoral abrangerá** exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e **a apresentação de contas de campanha eleitoral.** (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Desta forma, para que se possa concorrer a mandato eletivo qualquer, imperioso o preenchimento de requisitos denominados condições de elegibilidade e que o pretenso candidato não incida em nenhuma causa de inelegibilidade (MORAES, 2009).

A contenda na Resolução 23.376/2012 diz respeito à condição de elegibilidade do cidadão em pleitear mandatos políticos desde que preenchidos todos os requisitos legais, dentre os quais a quitação eleitoral – consoante o art. 11, §1º, VI, da Lei das Eleições.

Ramayana (2010) faz breve apanhado da situação fática no ordenamento eleitoral antes da entrada em vigor da referida lei em 2009: havia o descumprimento em massa do dever de prestar contas pelos candidatos perdedores – visto que os vitoriosos necessitavam ter suas contas apresentadas e julgadas antes da diplomação (artigo 30, §1º, da Lei 9.504/97). Por conta do inadimplemento dos não eleitos, impôs-se sanção severa: a não apresentação das contas perante a Justiça Eleitoral acarreta falta de condição de elegibilidade.

Ao ler a reforma eleitoral com atenção redobrada, observa-se que o §7º, do artigo 11 menciona exclusivamente, nesses termos, a apresentação de contas como um dos elementos a ser observado na quitação eleitoral, sem que se faça qualquer menção ao fato de, em sendo apresentadas, julgue o Juízo pela sua desaprovação.

Essa especificidade da lei eleitoral não conseguiu surtir o efeito esperado, eis que atualmente os candidatos não eleitos apresentam as contas apenas com o fito de escapar das sanções legais, instruindo o processo administrativo de forma precária e sem os documentos necessários para uma correta análise da movimentação financeira de campanha. Diversos problemas são detectados nessas demandas que visam a fugir da pena cominada, como: inexistência de conta específica, de CNPJ, de recibos ou de movimentações claras, os quais levam à impossibilidade de se considerar regular o processo, mesmo que com ressalvas.

Certos julgamentos chegam, até mesmo, a não considerarem prestadas as contabilidades protocolizadas sem nem sequer apresentarem documentos essenciais para a elucidação do caso. Neste sentido é o entendimento de Dias Toffoli, para quem as contas apresentadas de maneira fajuta deveriam ser consideradas não prestadas (CRUZ, 2012).

3.2.2 A aprovação da Resolução nº. 23.376/2012: ativismo judicial às claras

Percebendo que a reforma eleitoral não detivera grandes modificações substanciais na forma com que candidatos encaravam a prestação de contas, a Justiça Eleitoral decidiu moralizar tal cenário por meio de sua própria atribuição, tida até mesmo por inconstitucional, valendo-se das resoluções para tanto.

Neste sentido, a Resolução nº. 23.376/2012 foi aprovada por maioria, consoante o voto divergente da Ministra Nancy Andrighi, o qual destoou do relator ao reviver a aprovação de contas de campanha como requisito para obtenção da certidão eleitoral. O estudo irá trazer fundamentos e razões levantados durante a pauta da Instrução nº. 154264.

Na sessão plenária do dia 28 de fevereiro de 2013, após o voto do Ministro Relator na plenária administrativa anterior, o Ministro Gilson Dipp destacou ser cristalina a lei eleitoral ao afirmar que a quitação abrangerá de forma exclusiva tão-só a apresentação de contas de campanha eleitoral. O voto elencou, em seguida, duas situações nas quais o TSE se deparou com o tema da quitação eleitoral: primeiramente, no PA 5945900/2010, concluíra, por maioria apertada, que não bastava a apresentação de contas de campanha para estar em dia com a Justiça Especializada, sendo exigida também a sua aprovação. Ocorre que, em 2010, ao enfrentar um dos primeiros casos nas eleições daquele ano, no RESP 442363/2010, mudou o Tribunal de entendimento, novamente por maioria, votando no sentido de que a minirreforma de 2009 trouxe novas regras de quitação eleitoral que não a aprovação das contas.

Outrossim, Gilson Dipp vislumbrou suportes éticos para a conduta do TSE quando da primeira decisão, mas não consegue superar o texto expresso da lei, por tratar-se de norma restritiva e exaustiva (*numerus clausus*), acompanhando no todo o segundo entendimento do Tribunal e o voto do relator.

Em seguida, pediu *vênia* a Ministra Nancy Andrighi para analisar os autos, após a votação parcial dos dois Ministros em desfavor da moralização política por meio de ato infralegal.

Em seu entender, havendo que se decidir pelo alcance do termo “apresentação” no dispositivo, a Ministra reiterou o apanhado histórico delineado: numa primeira interpretação deste parágrafo, decidiu o TSE, por 4x3, que para estar quite com a justiça eleitoral não bastava a mera apresentação das contas, mas sim a sua aprovação. Posteriormente, com nova composição, o TSE, também por maioria mínima, reviu seu entendimento, inferindo que a certidão de quitação poderia ser obtida independente da aprovação das contas de campanha. Finalmente, no julgamento do PA 594-59³², a Ministra foi adepta da interpretação sistemática

³² PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUITAÇÃO ELEITORAL. LEI 12.034/2009. DEVER DE PRESTAR CONTAS À JUSTIÇA ELEITORAL. ARTS. 14, § 9º, E 17, III, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. MERA APRESENTAÇÃO DAS CONTAS. INSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE APROVAÇÃO DAS CONTAS. SOLICITAÇÃO RESPONDIDA. I – A exegese das normas do nosso sistema eleitoral deve ser pautada pela normalidade e a legitimidade do pleito, valores nos quais se inclui o dever de prestar contas à Justiça Eleitoral, nos termos dos arts. 14, § 9º, e 17, III, ambos da Constituição. II – Não se pode considerar quite com a Justiça Eleitoral o candidato que teve suas contas

a qual afirmou que o termo “apresentação” abrange também o requisito da aprovação das contas de campanha eleitoral.

Com o voto de Nancy Andrichi em 2012, tentou-se moralizar novamente as eleições ao inserir artigo que ampliava o rol de exigências para a quitação eleitoral, prevendo-se também a aprovação de contas. Houve a ressurreição do §3º, artigo 41, da Resolução TSE nº. 22.715 de 2008, acrescentando-o ao artigo 52 da de 2012, *verbis*:

Sem prejuízo do disposto no § 1º, a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu.

A sua inserção, no entender da Ministra, não implicaria ofensa à lei, coadunando-se com a lisura do processo eleitoral, pois não se pode considerar quite com a Justiça Eleitoral o candidato que teve as contas desaprovadas, retirando a razão de existir deste procedimento. Desta forma, o candidato que fora negligente e não cumprira com seus deveres não poderia ter a mesma consequência daquele que agiu com zelo.

Quanto aos outros Ministros, Carmen Lúcia referendou Nancy Andrichi, juntamente com Marco Aurélio, o qual não conseguia conceber o ato formal (a apresentação das contas) sem se atentar para a consequência do mesmo (a aprovação), não bastando o protocolo de processamento para obter a quitação eleitoral. Lewandowski também sufragou o voto vista divergente, terminando a votação em 4x3. Assim, inseriu-se o referido dispositivo na Resolução 23.376/2012.

Vencido, o Ministro Marcelo Ribeiro inferiu que na Resolução das eleições de 2010 constou de forma expressa que somente a falta de apresentação das contas geraria a falta de quitação eleitoral, tratando-se de regra instituída pelo próprio TSE, por maioria de 4x3. Com a presente atitude, todavia, o Tribunal estaria mudando seu próprio entendimento e colocando em xeque o princípio da segurança jurídica.

desaprovadas pelo órgão constitucionalmente competente. III – Para os fins de quitação eleitoral será exigida, além dos demais requisitos estabelecidos em lei, a aprovação das contas de campanha eleitoral, não sendo suficiente sua simples apresentação. IV – Solicitação respondida. O Tribunal, por maioria, assentou que não basta a mera apresentação das contas, mas sim, que haja também a correspondente quitação, nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), que redigirá a resolução. Vencidos os Ministros Relator, Aldir Passarinho Junior e Marcelo Ribeiro. Brasília, 3 de agosto de 2010. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrichi, os Ministros Marco Aurélio, Aldir Passarinho Junior, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral Eleitoral. PA - Processo Administrativo nº 59459 - Brasília/DF Acórdão de 03/08/2010 Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES Relator(a) designado(a) Min. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 23/9/2010, Página 21.

Em curto voto, registrou certa perplexidade que ocorreria em algumas situações: em processo do Deputado Federal de Brasília, o plenário, por unanimidade, entendeu que a declaração de combustível utilizado na prestação de contas sem a informação dos veículos abastecidos não era caso para cassação do diploma, mas tão-só para a desaprovação da contabilidade apresentada. Deste modo, ainda que não fosse motivo para cassar o mandato, o acórdão impediria que o candidato concorresse às próximas eleições, conduzindo à verdadeira “inelegibilidade” por via transversa.

Embora as contundentes afirmações do Ministro, a votação não foi alterada, seguindo-se para seu segundo momento: modulação dos efeitos da norma e a duração da pena.

Em relação ao último tópico, observa-se que o dispositivo revigorado pela Ministra Nancy Andrighi dispõe que a falta de quitação eleitoral vigorará durante o curso do mandato ao qual o candidato concorreu. Isto implica dizer que se o candidato com as contas desaprovadas concorreu ao cargo de Prefeito nas eleições 2008, ficará sem quitação até 2012. Ou, em sendo um candidato a Senador no pleito de 2010, até 2018.

Aqui, todavia, algumas incorreções surgem: muitas prestações de contas de 2008 estavam pendentes para serem julgadas no TSE quando da sessão administrativa, fazendo com que a norma fosse iníqua diante da morosidade jurisdicional, de outro norte, haveria prejuízo aos candidatos a Senador ante a desproporção da sanção se comparada com outros cargos.

Neste aspecto, Marco Aurélio votou que a regra valesse até as eleições subsequentes, ante o princípio da isonomia, não fazendo com que Senadores ficassem oito anos sem a condição de elegibilidade. Já o Relator, embora vencido na inclusão do artigo, decidiu por estender a falta de quitação pelo período completo ao qual concorreu o candidato com contas desaprovadas, não havendo falar em quebra da isonomia.

Ante todos os esforços para modular as sanções da lei, os ministros Versiani e Dipp afirmaram que os “saltos hermenêuticos” evidenciavam que a mesma, por isso mesmo, não deveria ser introduzida na Resolução.

Para que fosse possível publicar a Resolução em tempo hábil, evitando-se mais delongas, veio sugestão do Ministro Lewandowski de retirar a parte final do artigo – “durante o curso do mandato ao qual concorreu” –, e deixar para a interposição de Recurso Especial a análise do *dies a quo* da vigência da sanção.

A maioria de acordo, o dispositivo teve a seguinte redação final: “A decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral”.

Já quanto à retroatividade dos efeitos da norma, outro ponto a ser modulado, entendera a Ministra Nancy Andrighi que a segurança jurídica obrigava o dispositivo a surtir eficácia dali para frente, em consonância ao fato de que a Resolução passada fora modificada. Corroborando tal argumento, afirmou que a segurança jurídica encontrava base fática nos mais de 21 mil registros de desaprovação de contas consignados no cadastro eleitoral o que, mesmo assim, habilitaria os titulares, antes dessa votação administrativa, a obter a referida certidão de quitação, muitos dos quais poderiam objetivar cargo nas eleições vindouras – de 2012.

De forma antagônica, Marco Aurélio delineou que a Lei Complementar 135 (Lei da Ficha Limpa) fora aplicada em fatos e atos pretéritos, podendo esta resolução também o ser. Carmen Lúcia entendeu que a quitação seria aferida pelo magistrado no momento do registro de candidatura e que, portanto, não haveria razões para que a Resolução de 2012 não valesse no mesmo ano. Lewandowski disse que fazer um dispositivo para surtir efeito para as próximas eleições não faria sentido, coadunando-se com a decisão do Supremo acerca da lei da Ficha Limpa.

O último tópico, contudo, não ensejou qualquer alteração do dispositivo normativo, mas apenas demonstrou a preleção do Tribunal no que dizia respeito às consequências que o texto poderia gerar e a insegurança que se instalava nos pretensos candidatos.

A resposta ao *decisum* veio dos partidos, juristas e candidatos para os quais o TSE teria criado condição de elegibilidade e sanção de inelegibilidade sem quaisquer fundamentos legais (CRUZ, 2012). Diante dos fatos, houve pedido de reconsideração do julgamento encabeçado pelo PT e seguido pelo PMDB, PSDB, DEM, PTB, PR, PSB, PP, PSD, PRTB, PV, PC do B, PRP e PPS.

Em tal juízo de retratação, o Ministro Dias Toffoli reverteu o julgamento da Resolução e decidiu conforme as disposições legais, articulando que as irregularidades na prestação de contas desaprovadas poderiam fundamentar a representação prevista no artigo 30-A (arrecadação e gastos ilícitos de campanha) da Lei das Eleições, ocasionando a perda do diploma do candidato eleito, mas não a falta de quitação eleitoral (CRUZ, 2012)

Com a nova decisão, tomada por maioria mínima (agora vencedores os Ministros Arnaldo Versiani, Gilson Dipp, Dias Toffoli e Henrique Neves), continuará sendo exigido apenas que o político apresente suas contas, sem necessidade de que sejam aprovadas para obter a certidão de quitação eleitoral, documento necessário para requerer o registro de candidatura.

Quiçá, um dos motivos para que o problema se resolvesse sem maiores desânimos entre os poderes se deve à tramitação do Projeto de Lei do Deputado Federal Roberto Balestra (Goiás) em que se previu a alteração do §5º, artigo 30, da Lei das Eleições nos seguintes termos: “§5º A decisão que desaprovar as contas sujeitará o candidato unicamente ao pagamento de multa no valor equivalente ao das irregularidades detectadas, acrescida de 10 % (dez por cento).” – neste sentido, veja-se o Projeto de Lei nº. 3839/2012³³.

De todo o exposto, retira-se que o cavalgar temporal sobre a prestação de contas de campanha se inicia anos antes de 2012, mais precisamente em 2004, quando o TSE compreendia que a quitação eleitoral deveria abranger também a submissão das contas perante a Justiça Especializada.

Após esse ativismo de breve duração, o Congresso referendou a apreensão jurisdicional e, por meio da minirreforma política em 2009, inseriu como requisito para a completa satisfação dos deveres eleitorais a apresentação de contas de campanha. Diga-se que o próprio texto faz menção a ser o rol *numerus clausus*, pois se vale da expressão “exclusivamente”.

Todavia, contentes por pouco tempo com a alteração, percebeu-se que o cotidiano político demonstrava que muitos candidatos não eleitos, com o fito de se furtarem da sanção prevista, protocolizavam suas contabilidades desprovidas de interesses maiores, porquanto sem juntar os documentos essenciais para o seu deslinde.

Atento para a forma de burlar a lei, o TSE decidiu inovar mais uma vez na seara já conturbada da prestação contábil. Destarte, em 2008, inseriu dispositivo inovador na instrução daquele pleito: afirmou que a desaprovação das contas também ensejaria a falta de quitação eleitoral. A norma, contudo, não foi reforçada nas eleições gerais de 2010, havendo uma lacuna até a sua reinserção na Resolução nº. 23.376/2012.

Ao renascer das cinzas, por maioria apertada, o ato normativo trouxe consigo questões correlatas, como a modulação dos efeitos da norma e o tempo de duração da sanção. Quando do julgamento, ficara implícito nos votos dos Ministros, embora não constasse do artigo, que o texto seria utilizado inclusive para as prestações de contas desaprovadas em 2010, apesar de não haver tal previsão à época. Ademais, houve certo entendimento em vigorar a mora com a Justiça pelo prazo do mandato que o candidato concorreu. Após o inconformismo de partidos políticos e juristas, em juízo de retratação, o TSE voltou atrás para manter a Resolução tal qual a de 2010.

³³ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544136>>. Acesso em: 10 de março de 2013.

A seguir, serão trazidas críticas ao ato normativo do Judiciário em seu primeiro momento de votação.

3.2.3 Contribuições críticas à instrução normativa

Insurreições em face do dispositivo revivido foram intensas a ponto de contribuir para a sua expurgação pelo TSE. As bases levantadas por juristas, partidos e candidatos tiveram por fundamentos essenciais que: a Lei 12.034/2009 foi clara ao definir o conceito taxativo de quitação eleitoral, abrangendo a simples apresentação das contas; a Justiça Eleitoral excedeu a competência normativa atribuída pelo art. 105 da Lei das Eleições e artigo 23, IX, do Código Eleitoral – neste sentido, Silva (2012); houve violação ao princípio da legalidade, da separação de poderes e da segurança jurídica; o “ato de interpretação” reinsereu artigo inovador da Resolução de 2008 em 2012, com reflexos para os candidatos com as contas rejeitadas durante esse período – vide Espíndola (2012); contrariou-se decisão anterior do órgão jurisdicional.

Em se tratando da violação ao sistema de *checks and balances* (conforme o tópico 2.2 da monografia), a Constituição Federal consagrou a harmonia e divisão entre os poderes, os quais se fiscalizam por meio de uma engrenagem meticulosamente desenvolvida para que cada poder contenha o outro e também detenha funções atípicas dos demais.

A esse respeito, Silva (2010) harmoniza os poderes com o não domínio de um pelo outro e a não usurpação de atribuições, havendo verdadeira colaboração e controle entre todos. O que para muitos poderia ser chamado por invasão e desarmonia são, bem verdade, permissões da Carta Magna para um poder atuar na função alheia, quando dentro dos limites da concessão (RAMOS, 2008).

Assim, a atividade regulamentar jurisdicional poderá ser caracterizada como ativista ao se levar em consideração os argumentos explicitados em Ramos (2010, p. 120) a seguir:

[...] nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua função executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as funções estatais, máxima a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão o princípio da separação dos poderes.

O texto exprime que a criatividade da jurisprudência deteriora a função jurisdicional e afeta a função legiferante, o que configura grave agressão à separação dos poderes. Para Barros (2012) a quebra da harmonia funcional é o óbvio ululante, mas nunca é demais afirmar que o judiciário não é o poder legislativo e, portanto, para Silva (2010), não pode criar normas que inovem no ordenamento jurídico, dado que os limites se encontram na sua competência constitucional (no caso, jurisdicional), cuja usurpação de competência torna o regulamento nulo.

Diante do analisado, o Tribunal Superior Eleitoral, ao dispor sobre condições de elegibilidade de maneira transversa, acabou por usurpar o que Canotilho (1993) trouxe como núcleo essencial da função legislativa.

Veja-se que a medida infralegal esvaziou as atribuições do Congresso de legislar sobre direito eleitoral, direitos políticos, nacionalidade e cidadania, isso porque é proibido ao Executivo editar medidas provisórias sobre tais matérias (artigo 62, I, a, da CRFB/1988) e cabe à Justiça Eleitoral apenas expedir instruções para a fiel execução de leis (art. 23, IX, do Código Eleitoral).

O poder de inovar em matéria de direitos políticos subjetivos recai, conclusivamente, no detentor da função típica legislativa federal e não no Judiciário, embora este afirme se tratar de interpretação sistemática ou integrativa do texto legal.

Em se tratando do poder normativo e a relação com o princípio da legalidade, conforme exposto em tópico oportuno, Salgado (2010) reitera que os regulamentos não podem alterar ou substituir leis, criar direitos ou obrigações, não se admitindo que, em face do princípio da legalidade, as resoluções emanadas pelo Poder Judiciário Eleitoral – se admitidas como constitucionais –, inovem na ordem jurídica. Sobre os regulamentos do Executivo que, como já delineados, guardam semelhança às instruções expedidas pelo TSE, Ataliba (2007, p. 151) discorre: “não basta, perante o nosso direito constitucional, que o regulamento sirva à lei. Ao contrário dos demais sistemas, o nosso regulamento há de ser-lhe estritamente fiel, rigorosamente contido no círculo que o legislador haja traçado.”

Apesar de tais colocações, o TSE agiu num primeiro momento como se não existisse diferença entre positivar uma regra pelo legislativo e interpretar a aplicação da mesma pela Justiça Eleitoral, olvidando-se de limites ao intérprete e do resultado dessa interpretação (ESPÍNDOLA, 2012).

Em fragmento do voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Consulta nº. 715/DF, aponta-se justamente para os limites às instruções eleitorais, local onde a conveniência do TSE se dá em expedir ou não as resoluções que entende serem necessárias, mas nunca quanto

ao conteúdo destas, porquanto deverão servir para a execução do código e se subordinam aos limites constitucionais e legais. Leciona em seu voto vencido:

Óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juízes a opção do legislador: por isso, não cabe ao T S E suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer, o "**silêncio eloqüente**" de uma ou de outra. (BRASIL, 2002, p. 389, grifo do autor).

Consoante o Ministro, pode o Tribunal, até mesmo, preencher lacunas técnicas, viabilizando a aplicação una de lei, mas, por óbvio, não poderá corrigir a opção do legislador. Malgrado o exposto, Espíndola (2012) discorre que a consequência da regra “interpretativa” foi a de criar nova hipótese de inelegibilidade por ato normativo do TSE e não por lei complementar, conforme a Reserva de Lei qualificada prevista no art. 14, §9º, da CRFB/1988.

Poder-se-ia apontar, da mesma forma, que se inseriu novo requisito de condição de elegibilidade, vez que o candidato é obrigado a apresentar a certidão negativa de débito perante a Justiça Eleitoral a fim de que tenha seu registro de candidato deferido por esta. Nesse norte, sendo condição *sine qua non* para o pleno direito eleitoral passivo (ser votado), deveria a Corte ter se limitado a parafrasear os requisitos exigidos por lei – vez que ela, aqui, é auto-executiva e vinculante, consoante a classificação de Meirelles (2002).

Também quanto ao fato de extrapolar a pretensão legal, Dias Toffoli asseverou, em sessão plenária administrativa de retratação, que o legislador disciplinara claramente a matéria de quitação eleitoral, mediante critério que era seguido pela Corte em outras instruções (como em 2010), não havendo como estabelecer requisito distinto não inserido no ordenamento.

A posição ativista do Tribunal Eleitoral foi descrita pelo Congresso quando da justificação ao Projeto de Lei 3839/2012 já mencionado, em que o Deputado Roberto Balestra apontou como inadequado o regulamento restritivo de direitos individuais sem literal dispositivo de lei, constando que a medida restringe a expedição de documento exigido para o pedido de candidatura e acaba por limitar direitos políticos passivos. Tais seriam direitos regulados pela própria Constituição e agora tolhidos por força interpretativa da corte, por meio de ato infralegal. Ainda na justificativa, aponta o deputado:

Sem outras considerações, a adoção de restrição de direitos políticos sem apoio em texto exposto em lei, além de configurar preocupante precedente de violação de direitos individuais constitucionalmente instituídos, pode ser compreendida como descumprimento de tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil no plano internacional, notadamente o Pacto de San Jose da Costa Rica, que em seu art. 23.2 estabelece que somente lei pode regular o exercício dos direitos políticos, apenas sendo admissíveis restrições por motivo de idade, nacionalidade,

residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação por juiz competente em processo penal (BRASIL, 2012)³⁴.

Reiterando o argumento, denota-se que a ausência de quitação eleitoral é a não prestação de contas e que a Resolução do TSE não poderá acrescentar a terminologia “a decisão que desaprovar” vez que há evidente violação de direitos (BARROS, 2012).

Conforme se nota, a separação de poderes e a legalidade se amoldam para formar uma “caixa-preta” de contenção do poder, expressão de Pitkin (1972), em que os atos praticados dentro das “quatro paredes” e de acordo com as atribuições constitucionais são permitidos, enquanto os que extrapolam tal competência se revestem de ilegalidade. O panorama permite inferir que ambos os princípios conjuntos exprimem a necessidade de adequação do poder normativo eleitoral às disposições legais, ainda mais quando expressas, recaindo sua função em executar as normas e dar unidade às práticas administrativas eleitorais.

Caso contrário, e o que de fato ocorreu com a Resolução 23.376/2012, estar-se-ia invadindo a competência do Congresso Nacional de legislar sobre nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral, em que se veda, até mesmo, a edição de medidas provisórias (artigo 62, §1º, I, a, da CRFB/1988).

A atitude ética, no dizer do Ministro Gilson Dipp, levada a cabo pelo TSE não pode prosperar ante as balizas a serem seguidas pela ordem eleitoral, especialmente quando estão em jogo direitos subjetivos de concorrer às eleições. Desta forma, a desaprovação de contas deveria ser consciência civil dos eleitores e não tentativa de moralização da política pelo Judiciário. Ressalte-se que as contas desaprovadas permitem a aplicação da sanção diversa pelo artigo 30-A da Lei 9.504/97, ou seja: há a expressa penalidade para o caso, não se concebendo a introdução de nova pena por meio de ato regulamentar aquém da lei.

Veja-se que, quando se tem em tela as prestações de contas, o TSE fora ativista mais de uma vez, isso porque inseriu em 2004, antes da minirreforma eleitoral de 2009, o entendimento de que a aprovação de contas seria novo requisito para a obtenção da certidão eleitoral. Contudo, ao ver que a medida não teve resultados práticos suficientes, mesmo após sua inserção legal, o Tribunal tentou uma segunda vez alterar as regras do jogo em pleno ano de escrutínio municipal, modificando a lei para abarcar a desaprovação da contabilidade de campanha, o que é inconstitucional.

³⁴ Para maiores informações sobre o Projeto de Lei PL-3839/2012, acesse o site: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544136>>.

Outro ponto rebatido consiste nas implicações da segurança jurídica, vez que o Tribunal caminhava para adotar modulação pretérita da lei, ancorado no jargão de que “as condições de elegibilidade e inelegibilidade são analisadas quando do registro eleitoral”, utilizado também para a Lei da Ficha Limpa. Almejou, assim, ultrapassar o manto da coisa julgada que qualificara muitas decisões de prestações de conta e que, à época, não ensejava maiores preocupações exceto a representação pelo art. 30-A da Lei das Eleições. Ainda sobre o trânsito em julgado, a morosidade da Justiça Eleitoral em decidir definitivamente sobre a aprovação de contas antes de 2012 não poderia ser barreira para obter a certidão eleitoral, ante o princípio do *in dubio pro candidato*.

Como se demonstrou no subtópico específico a respeito da pauta administrativa, o voto divergente de Nancy Andrighi caminhava para a aplicação dos efeitos temporais da norma dali para frente (modulação diferida), porquanto 21 mil candidatos detinham as contas desaprovadas no cadastro eleitoral, fato que não impediria o registro de candidatura antes da Resolução nº. 23.376/2012.

A maioria, contudo, caminhava para a conclusão de que não haveria impedimento para que a Resolução de 2012 valesse no mesmo ano e englobasse efeitos pretéritos (adeptos a esse pensamento: Ministros Marco Aurélio, Carmen Lúcia e Lewandowski, com a vênua do Ministro Marcelo Ribeiro se absteria de votar ante sua consignação anterior vencida).

Em termos gramaticais, Silva (2012) entende que os efeitos da resolução devem ser lançados para o futuro e não para regulamentar a prestação de contas do ano de 2012, tampouco as anteriores, dizendo respeito só aos pleitos vindouros, até mesmo por causa do tempo verbal utilizado no dispositivo: “implicará” em impedimento à quitação eleitoral. A interpretação gramatical permite a conclusão de que o TSE somente poderia alcançar casos pretéritos se utilizasse tempo mais apropriado, como: “os candidatos que tiveram (passado) contas de quaisquer campanhas desaprovadas pela Justiça Eleitoral estão (presente) impedidos de obter a quitação eleitoral”, ou ainda “a decisão que desaprovou (passado) as contas de candidato implica (presente) o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral.” (SILVA, 2012, *on-line*)

A trilha percorrida pelo TSE acerca das contas eleitorais, para Espíndola (2012), teve por ponto de chegada a autocracia judiciária com base em medida fichalimpista, o que acarretou demonização da política representativa e infantilização da capacidade de escolha do eleitor, consistindo em moralismo pernicioso para a democracia constitucional. Como uma das respostas, o autor acredita ser viável a utilização do artigo 49, V, da CRFB/1988 que permite que o ato normativo, embora do Poder Executivo, seja suspenso. Para a obra, o rol

pode ser ampliado para abranger também o ato do Judiciário, ante a extensão do poder regulamentar a outros órgãos antes da edição da Constituição, como ao Conselho Nacional de Justiça.

Constatou-se que a expedição de instruções pelo Tribunal Superior Eleitoral em ano de eleições, como permite o art. 105 da Lei 9.504/1997, é espaço de grandes desgastes entre políticos e Judiciário, os quais se desdobram para conciliar anseios sociais com direitos individuais. Não se está querendo dizer que não se concorde com sanção mais severa para casos em que as contas são desaprovadas, e sim que a mudança impende passar pelo Congresso Nacional, porquanto objeto de restrições de direitos. Da forma como se encontrava, antes do juízo de retratação do TSE, este quisera exterminar a liberdade de escolha do cidadão em votar no candidato que considera apto a exercer o cargo eletivo, havendo uma cláusula de barreira do Judiciário para impedir que candidatos “fichas sujas” se submetessem ao escrutínio municipal e voto da maioria.

Por fim, contudo, venceu o contra-ativismo encabeçado pelos partidos políticos em pedido expresso de reconsideração e pelo Legislativo por meio de Projeto de Lei que acabaria com o entendimento firmado quando da primeira decisão administrativa.

Quiçá, a estratégia do TSE fora retirar o dispositivo regulamentar justamente para impedir a aprovação do projeto legal, o que lhe barraria por completo a expedição de novas Resoluções sobre a matéria. Desta forma, não é possível dizer com certeza se, nas eleições vindouras, o dispositivo não retornará, dado que não houve publicação da lei. As constantes alterações devem ser analisadas ao seu tempo, devido à imprevisibilidade do cenário.

CONCLUSÃO

A percepção do papel do Judiciário contemporâneo trilha deslocamento gradual da importância conferida aos poderes estatais. Assim, num primeiro momento do período liberal, por exemplo, houve significativa ascensão do Legislativo, ao passo que na consagração do *welfare state* necessitou-se de órgão executivo forte, capaz de implementar programas e diretrizes fixados em lei. A expoência dos poderes acima descritos fez com que o Judiciário seguisse a mesma crescente: novas competências foram trazidas com fito de reequilibrar a harmonia entre os poderes. Hoje, contudo, está-se utilizando a expressão ativismo judicial para qualificar certas atividades jurisdicionais discutíveis, o que demonstra a atualidade temática.

Quanto à origem da recente discussão, o berço do ativismo judicial reside em solo norte-americano, o qual influenciou sobremaneira a base teórica para seu conceito. Trazido ao Brasil, o termo é utilizado de forma corriqueira e quase “senso-comum” nos textos, embora perceptíveis divergências conceituais na matéria, porquanto não há uma única concepção do que seja ativismo judicial. Consoante parte dos juristas pátrios, o instituto representa a interpretação proativa com vistas a alargar o alcance da Constituição Federal; já outros dirão se tratar de usurpação da função legislativa e/ou executiva levada a cabo pelo Judiciário (posição adotada no trabalho).

Conjuntamente às divergências doutrinárias sobre o conceito de ativismo judicial, há certo desentendimento quando são justapostos este e a judicialização da política – que consiste na inclusão de formas processuais para além da justiça e no aumento das atribuições do Judiciário. Alguns estudiosos inferem que ambos possuem origem parecida, “são primos”; enquanto parcela dirá que o ativismo advém da vontade do tribunal e a judicialização dos direitos constitucionalizados que permitiram novas demandas litigiosas; há quem afirme ainda que esta é um contexto amplo onde o ativismo judicial se insere. A presente monografia se filia ao segundo aporte teórico, indo ao encontro de Tassinari e Streck, corroborando a ideia de que o sistema de controle de constitucionalidade é, a princípio e *per si*, exemplo de judicialização da política, apenas recaindo em prática ativista a partir do momento em que se analisa o mérito do julgamento.

A referida distinção é de suma importância, pois não serão objetos de análise situações em que a Justiça Eleitoral decidiu conforme as leis de regência, o que ocorre em inúmeras Ações de Impugnação de Registro de Candidatura – AIRCs, Ações de Impugnação

de Mandato Eletivo – AIMEs, Recursos Contra a Expedição de Diplomas – RCEDs. Notadamente diversa, porém, é a conjuntura em que o Tribunal Superior Eleitoral criou uma nova forma de perda de mandato eletivo não prevista no rol do artigo 55 da Constituição Federal por meio do seu poder regulamentar, culminando numa postura ativista, esta sim objeto da presente monografia.

O ativismo judicial ganha relevância na seara eleitoral dado que a Justiça Especializada tem como fator de propulsão a discutível competência dos tribunais em expedir instruções para a execução de lei e em responder às consultas feitas sobre matéria eleitoral. Contudo, mesmo reconhecendo a constitucionalidade do poder regulamentar e das consultas da Justiça Eleitoral, não há falar em liberdade total para o poder, vez que o próprio ordenamento limita a sua edição.

Um dos principais bloqueios para o alvedrio dos magistrados tem na legalidade o seu maior entrave. Inexiste no ordenamento pátrio coação ou dever mediante resoluções ou regulamentos, pois complementares à ordem legal. Paralelamente, a Constituição impõe que certas matérias devam ser objeto de regularização por lei em sentido formal – editada pelo Legislativo –, princípio que se denomina Reserva de Lei. Este se configura novo obstáculo à livre disposição de matérias regulamentares, vez que a Lei Maior se certificou de que temas como inelegibilidade e elegibilidade são privativas ao Congresso Nacional.

Continuando, no que tange à terceira barreira ao poder regulamentar, a separação de poderes (ou funções) coabita com o compartilhamento de atribuições e a interação entre poderes. Estabelecer as complicações do ativismo judicial quando este esbarra com a separação orgânica-funcional é tarefa depreendida tanto por adeptos do protagonismo do judiciário quanto por ferrenhos opositores: aqui também vigora a divergência, pois o que alguns reconhecem a incidência do Judiciário no núcleo essencial do Legislativo, atitude de manifesta violação à Carta Magna, tantos outros perceberão se tratar de exercício hermenêutico.

Em outro norte, a pedra de toque da principiologia e da segurança jurídica eleitoral é conhecida como Princípio da Anualidade, insculpida no art. 16 da Constituição da República Federativa do Brasil. Todavia, por força do artigo 105 da Lei nº. 9504/97, o qual frisa que o TSE tem o direito de editar instruções decorrentes do poder normativo até o dia 5 de março do ano eleitoral, tais resoluções da Justiça Especializada não se sujeitam à anualidade. Desta forma, poderá haver mudança de entendimento jurisprudencial e normativo ao sabor da composição do Tribunal Superior em pleno ano eleitoral – comportamento esse que se evita diante da segurança jurídica que a matéria reclama.

Finalmente, depois de abarcadas as barreiras à edição de resoluções pela Justiça Eleitoral, o estudo migra para análise pragmática acerca do ativismo. Aplicam-se as teorias e os entendimentos lançados a fim de responder à hipótese formulada de se são inconstitucionais os atos normativos publicados pelo Tribunal Superior Eleitoral que criam obrigações, direitos, deveres, prazos. Para o objetivo, duas Resoluções são visadas: a Resolução TSE nº. 22.610/2007 que instituiu a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária e a nº. 23.376/2012 em que se inseriu nova hipótese de condição de elegibilidade.

O panorama nacional que circunda a primeira resolução envolve feixe complexo de atos. Em primeiro lugar, necessita a compreensão do sistema de infidelidade partidária nas demais Constituições brasileiras e o trâmite adotado na Constituição Cidadã. Nesta não se inseriu a fidelidade partidária como causa de perda de mandato eletivo como nos tempos da ditadura, indo ao encontro do que dispunha a Constituição vigente após a democratização em 1985. Não se pode afirmar, destarte, que a fidelidade partidária decorreria de princípios implícitos na Constituição e de que tal era a intenção natural do constituinte, porque, conforme se demonstrou, a exclusão de texto ditatorial fora expresso nos debates originários.

Ato contínuo, colacionam-se os julgados do Supremo Tribunal Federal logo após 1988 e o estável entendimento sobre a perda do mandato eletivo: desde 1989, em voto do Ministro Moreira Alves no Mandado de Segurança nº. 20.927-5/DF, a jurisprudência vê consolidado inexistir no sistema jurídico a perda do mandato político sob o argumento de que não houve vinculação desta com o ato de infidelidade partidária na Constituição Cidadã.

Em seguida, as alterações fáticas no panorama surgem quando o Tribunal Superior Eleitoral responde, de maneira inovadora, pertencerem aos partidos políticos os mandatos. Em março de 2007, o então Partido da Frente Liberal formulou consulta junto ao TSE indagando se “os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.”

Como resposta, o Tribunal Eleitoral reconheceu o direito de partidos e coligações preservarem a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional (e, na consulta 1.407/2007, pelo majoritário também), cujo voto vencedor ressaltou, sucintamente, que a filiação partidária é condição de elegibilidade (art. 14, §3º, V) e que o princípio da moralidade veda o uso de prerrogativas públicas no interesse privado – não se permitindo, portanto, o mandato como patrimônio individual.

O derrotado Ministro Marcelo Ribeiro, conquanto não concordasse com a infidelidade às legendas, expôs que não encontrou dispositivo na Carta Marga ou em lei

infraconstitucional que afirmasse perder o mandato o eleito infiel, apontando certa estranheza no fato de que somente após dezenove anos de vigência da Constituição fora proclamada a perda do mandato eletivo do trãnsfuga.

Dando continuidade, a discussão ascende ao Supremo Tribunal Federal por meio de Mandados de Segurança impetrados contra os atos de autoridades que discutiam a nova posição adotada pela Justiça Eleitoral. Neste momento, o STF referendou o acórdão da Corte Especializada.

São retiradas as seguintes conclusões do julgamento: as agremiações partidárias funcionam como elo entre os anseios dos cidadãos e a vida política, sendo que a infidelidade partidária quebra com o referido vínculo, ofende o sistema proporcional e o senso de responsabilidade política, caracteriza deslealdade com as legendas de origem e compromete a representação popular. Ademais, a Suprema Corte determinou, diante do voto acima, que o TSE instrísse Resolução acerca da matéria, com base em seu poder regulamentar, cujo marco temporal para o início da aplicação seria de 27 de março de 2007, data em que este respondera à consulta formulada pelo PFL.

Contudo, alguns questionamentos são levantados acerca do surgimento e conteúdo do ato normativo infralegal: i) a retroatividade da modulação dos efeitos em Mandado de Segurança (não sendo controle constitucional abstrato) e o seu acolhimento na Resolução; ii) a fixação de competência dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral para as ações de justificação ou de perda do mandato eletivo, em afronta ao art. 121 da CRFB/1988; iii) a criação e a mescla de ritos processuais; iv) a falta de previsão recursal; v) a legitimidade ativa do Ministério Público; vi) usurpação da competência do Congresso Nacional para legislar sobre direito eleitoral e processual; e vii) afronta ao princípio da separação de poderes (artigos 2º e 60,§4º, III, da CRFB/1998).

Eis que, após editada a controversa resolução, duas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade foram propostas para nova manifestação do STF. Ao final, julgadas pela improcedência, mediante maioria de votos, e sendo os pedidos de declaração de inconstitucionalidade desprovidos, considerou-se a Resolução, portanto, dentro dos conformes régios, o que trouxe intensos desgastes entre o Congresso Nacional e o Judiciário.

Retira-se do exposto que a postura levada a cabo pelo TSE na resposta à consulta e a conformação desse entendimento pelo STF são tidas como ativistas, havendo falar também em flagrante inconstitucionalidade da Resolução TSE nº. 22.610/2007. Pontua-se, igualmente, ser imperiosa a necessidade de se ampliar via processo legislativo a perda do mandato do

trânsfuga infiel, não sendo preciso muito esforço para perceber que houve flagrante violação ao núcleo essencial do Legislativo por parte do Judiciário no caso em apreço.

Caminhando para o paradigma seguinte, a Resolução nº. 23.376/2012 tem como ponto de partida o dispositivo que permite ao Tribunal Superior Eleitoral, até o dia 5 de março do ano eleitoral, expedir as instruções necessárias para a fiel execução de lei. Nas eleições municipais de 2012, quisera o TSE reeditar dispositivo legiferante trazido na Resolução de 2008 e não repetido na de 2010: inserir via ato normativo a necessidade de aprovação judicial das contas de campanha para se obter a quitação eleitoral (negativa de débitos), que é requisito de elegibilidade conforme a Lei 9.504/97, artigo 11, §§ 1º e 7º.

Em se tratando da prestação de contas como requisito para estar quite com a justiça, a minirreforma legislativa de 2009 inseriu unicamente a “apresentação” da contabilidade como elemento para a negativa de débitos, sem que fizesse qualquer menção ao fato de, em sendo apresentada, julgue o Juízo pela sua desaprovação – salvo a consequência do artigo 30-A da Lei das Eleições que admite representação por captação ou gastos ilícitos de recursos.

Percebendo, contudo, que a reforma acima não detivera grandes modificações substanciais na forma com que candidatos encaravam a prestação de contas, a Justiça Eleitoral decidiu moralizar tal cenário por meio de sua própria atividade: valendo-se do poder normativo.

Neste sentido, a Resolução nº. 23.376/2012 foi aprovada por maioria, consoante o voto divergente da Ministra Nancy Andrichi, o qual reviveu a aprovação de contas de campanha como requisito para obter da certidão negativa de débitos eleitorais. Já quanto à retroatividade dos efeitos da norma, ponto a ser modulado, entendera a Ministra que a segurança jurídica obrigava o dispositivo a surtir eficácia dali para frente, pois mais de 21 mil registros de desaprovação de contas estavam consignados no cadastro eleitoral o que habilitaria os titulares, antes dessa votação em 2012, a obter a referida quitação, muitos dos quais poderiam objetivar cargo eletivo no pleito próximo.

Todavia, de forma antagônica, delineou-se em plenário que a Lei Complementar 135 (Lei da Ficha Limpa) fora aplicada a fatos pretéritos, podendo tal resolução também o ser, e que a quitação seria aferida pelo magistrado no momento do registro de candidatura, não havendo razões para que a Resolução de 2012 não valesse no mesmo ano e para fatos pretéritos. O tópico, contudo, não ensejou qualquer alteração do dispositivo regulatório, mas demonstrou a preleção do Tribunal no que dizia respeito às consequências que o texto poderia gerar e a insegurança que se instalava nos possíveis candidatos.

Insurreições em face do dispositivo renascido das cinzas foram intensas a ponto de contribuir para a sua expurgação pelo TSE. As bases levantadas por juristas, partidos e candidatos tiveram por fundamentos essenciais que: a Lei 12.034/2009 foi clara ao definir o conceito taxativo de quitação eleitoral, abrangendo a simples apresentação das contas; a Justiça Eleitoral excedeu a competência normativa atribuída pelo art. 105 da Lei das Eleições e artigo 23, IX, do Código Eleitoral – neste sentido, Silva (2012); houve violação ao princípio da legalidade, da separação de poderes e da segurança jurídica; o “ato de interpretação” reinseriu artigo inovador da Resolução de 2008 em 2012, com reflexos para os candidatos com as contas rejeitadas durante esse período – vide Espíndola (2012); contrariou-se decisão anterior do órgão jurisdicional.

Veja-se que ,quando se tem em tela as prestações de contas, o TSE fora ativista mais de uma vez, porquanto inseriu em 2004, antes da minirreforma eleitoral de 2009, o entendimento de que a aprovação de contas seria novo requisito para se obter a certidão eleitoral. Contudo, ao ver que a medida não teve resultados práticos suficientes, ainda após sua inserção legislativa, o Tribunal tentou uma segunda vez alterar as regras do jogo em pleno ano de escrutínio, modificando a lei para abarcar a desaprovação da contabilidade de campanha, o que é flagrantemente inconstitucional.

Outro ponto rebatido consiste nas implicações da segurança jurídica, vez que o plenário caminhava para adotar modulação pretérita da lei. Almejou-se, assim, ultrapassar o manto da coisa julgada que qualificara muitas decisões de prestações de conta e que, antes de 2012, não ensejava maiores preocupações exceto a representação pelo art. 30-A da Lei das Eleições.

Por fim, contudo, venceu o contra-ativismo encabeçado pelos partidos políticos em pedido expresso de reconsideração e pelo Legislativo por meio de Projeto de Lei que acabaria com o entendimento firmado na decisão administrativa. Quiçá, a estratégia do TSE fora retirar o dispositivo regulamentar justamente para impedir a aprovação do projeto legal, o que lhe barraria por completo a expedição de novas Resoluções sobre a matéria. Desta forma, não é possível dizer com certeza se, nas eleições vindouras, o dispositivo não surgirá mais uma vez.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral: teoria, jurisprudência e questões com gabarito oficial e comentários**. 6. ed. Salvador: JusPodivum, 2012.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19512>>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAIO, Lucas Seixas; CHARUR, Alan. A pretensão à correção como parâmetro dogmático do ativismo judicial. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 10, nº.1, p. 173-194, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/viewFile/2694/1983>>. Acesso em: 03 de novembro de 2012.

BALESTERO, Gabriela Soares. Crítica ao Direito Sumular: a necessidade de democratização processual. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá v. 10, nº. 119, p.98-105, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11107/0>>. Acesso em: 03 de novembro de 2012.

BARROS, Francisco Dirceu. O TSE acertou, mas não isentou os “contas sujas”. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, nº. 3291, 5 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22161>>. Acesso em: 08 de março de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, São Paulo, nº.4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Lei Federal nº. 4737, de 15 de julho de 1965. **Vade Mecum**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Constituição (1967)**. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Revogada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2013.

_____. **Lei Federal nº. 5.681**, de 21 de Julho de 1971. Revogada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5682.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2013.

_____. **Constituição (1967)**. Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985. Revogada. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc25-85.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2013

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Os atuais senadores, deputados federais, deputados estaduais e vereadores, filiados ao PDS, PP, PDT, PTB, PT ou PDR, não podem deixar os seus respectivos partidos, sem perderem o seu mandato, mesmo não tendo sido eleitos sob as referidas legendas. Isto, porque o princípio da fidelidade partidária, inscrito no art.152, paragrafo 5º, da Constituição Federal, não foi revogado. Consulta nº 6.319. Relator: Ministro Décio Meirelles de Miranda. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 1982.

_____. Constituição (1988). **Vade Mecum**: Legislação selecionada para OAB e Concursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Lei Federal nº. 9.096, de 19 de setembro de 1995. **Vade Mecum**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei Federal nº. 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Vade Mecum**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº. 715. Relatora: Ministra Jacy Garcia Vieira. Brasília, 26 de fevereiro de 2002. Publicação: Diário de Justiça, Volume 1, Data 15 de março de 2002, p.183. **Revista de Jurisprudência do TSE**, Volume 13, Tomo 2, p. 389.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº. 1.398**. Consulente: Partido da Frente Liberal (PFL). Relator: Cesar Asfor Rocha. Publicação: Diário de justiça, Volume 1, Data 08 de maio de 2007, Página 143. Brasília, DF, 27 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/jurisprudencia/jurisprudencia-unificada-da-justica-eleitoral/index.html>>. Acesso em: 10 de maio de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 26.602**. Impetrante: Partido Popular Socialista – PPS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Eros Grau. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico 085, Divulgado 21 de agosto de 2007, Publicado 22 de agosto de 2007. Brasília, DF, 15 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/14776373/mandado-de-seguranca-ms-26602-df-stf>>. Acesso em: 10 de maio de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 26.603**. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicação: Diário de Justiça 17 de maio de 2007, Ementa Volume 02346-02, p. 318. Brasília, DF, 04 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/14727000/mandado-de-seguranca-ms-26603-df>>. Acesso em: 10 de maio de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 26.604**. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Publicação: Diário de Justiça 15 de maio de 2007. Brasília, DF, 15 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/14726999/mandado-de-seguranca-ms-26604-df>>. Acesso em: 10 de maio de 2013.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº. 22.610**. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Publicação: Diário de Justiça 15 de maio de 2007. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007.

Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf>. Acesso em: 05 de janeiro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 3.999**. Requerente: Partido Social Cristão – PSC. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Diário de Justiça Eletrônico 071, Divulgado 16 de abril de 2009, Publicado 17 de abril de 2009. Ementa Volume 02356-01, p. 99. Brasília, DF, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3999&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2013.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº. 22.376**. Relator: Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 43, Disponibilizado 05 de março de 2012, p. 45-61, Republicado Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 143, Disponibilizado 27 de julho de 2012, p. 3-14. Brasília, DF, 1º de março de 2012. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/legislacao/resolucoes/tse/2012/res-tse-n-233762012/index.html>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**: Revista, Ampliada e Atualizada até a lei nº. 12.587, de 3.1.2012. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O controle judicial das políticas públicas de saúde sobre custeio de remédios e tratamentos Médico-hospitalares pelo estado**: Ativismo e Incoerência das Decisões Judiciais. 2010. 40f. Monografia (Especialização em Direito)- Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2010.

CERQUEIRA, Tales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. LENZA, Pedro (org.). **Direito Eleitoral Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos; ROSA, Márcio Fernando Elias; CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. **Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno**. 2010. Disponível em <<http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/2009/02/democracia-judicializacao-das-eleicoes.html>>. Acesso em: 16 de abril de 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição 1988**: artigos 1, 5, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CRUZ, Danilo N. **Reprovação de contas de campanha não impede a candidatura**. 2012. Disponível em: <<http://piauijuridico.blogspot.com.br/2012/07/ate-o-momento-esta-foi-decisao-judicial.html>>. Acesso em: 03 de março de 2013.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v.16, nº.31, p.92-101, 2010.

Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280>>. Acesso em: 03 de novembro de 2011.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Os Excessos do TSE no uso do seu poder regulamentar**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-11/ruy-samuel-espindola-abuso-poder-regulamentar-tse>>. Acesso em: 03 de março de 2013.

FERREIRA, Pinto. **Comentário à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GREEN, Craig. **An Intellectual History of Judicial Activism**. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/secl/founders/2008/documents/Craig_Green.pdf>. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

Grupo de Estudos: A Jurisdição Constitucional e a Democracia. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n.º. 160, out./dez. 2003.

GUIMARAENS, Francisco de. O Judiciário Brasileiro e a Fidelidade Partidária: retorno à emenda n.º 1/69? **Boletim CEDES**, v. 1, out. 2007. Disponível em: <<http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/07outubro/fidelidadepartidaria.pdf>>. Acesso em: 16 de novembro de 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**, Cal. L. Rev: California, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>>. Acesso em: 11 de julho de 2012.

LENZA, Pedro (coord). **Direito Eleitoral Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LINS, Rodrigo Martiniano Ayres. O Poder Normativo (Regularmentar) do Tribunal Superior Eleitoral e o Princípio da Anualidade. 2011. Disponível em: <<http://www.masterconcurso.com.br/blog/dicas-de-estudo/artigo-2-direito-eleitoral-prof-rodrigo-martiniano>>. Acesso em: 21 de maio de 2013.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n.º. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 1º de abril de 2013.

MAIA, Clarissa Fonseca. **O Ativismo Judicial no Âmbito da Justiça Eleitoral**. 2010. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.

MARSHALL, Willian. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism . Publicado pela University of Colorado Law Review, 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=330266>. Acesso em: 02 de outubro de 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Carlos Ranulfo Felix de. Partidos e migração partidária na Câmara dos Deputados. **Revista de Ciências Sociais DADOS**. Rio de Janeiro, vol. 43, nº. 2, p.1-18, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582000000200001>. Acesso em: 16 de novembro de 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

MEZZARROBA, Orides. **Direito Partidário Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

NUNES, R. M. **Ideal justice in latin america: Interests, ideas, and the political origins of judicial activism in brazil and colombia. The University of Texas at Austin). ProQuest Dissertations and Theses**. 2010. Disponível em <<http://search.proquest.com/docview/761377835?accountid=26642>>. Acesso em: 1º de abril de 2013.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, nº. 178, abr./jun. 2008.

OLIVEIRA, V. E. Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma judicialização da política? **Revista de Ciências Sociais DADOS**, v. 48, nº.3, IUPERJ, p. 559-587, jul./set., 2005. Disponível em < www.scielo.br/pdf/dados/v48n3/a04v48n3.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 20, nº. 78, jan./mar. 2012.

PETRACIOLI, Rafael da Silveira. Ativismo judicial, democracia e Direito Eleitoral. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, nº. 2281, 29 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13579>>. Acesso em: 11 de julho de 2012.

PITKIN, Hanna Fenchel. **The Concept of Representation**. University of California Press: California, 1972.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. Niterói: Impetus, 2010.

RAMOS, Dirceu Torrecillas. Politização do judiciário e a judicialização da política. A reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? O acesso à Justiça. A municipalização da

Justiça. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, nº. 33, out./dez. 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA JUNIOR, Faustino da. **O problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro**. 2008. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833>. Acesso em: 06 de abril de 2013.

SALGADO, Eneida Desirre. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Doutorado em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2010.

SANTOS, Leticia Pimenta Madeira. A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, nº. 1748, 14 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11156>>. Acesso em: 11 de julho de 2012.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo Judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, nº. 173, jan./mar. 2007.

SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de Campanhas Eleitorais: um estudo comparativo das normas jurídicas que regulamentaram a arrecadação, a aplicação de recursos e a prestação de contas à Justiça Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Felipe Scabello. Por que a Resolução 23.376 do TSE não impede que os candidatos com contas de campanha desaprovadas em 2010 sejam candidatos em 2012?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, nº. 3219, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21584>>. Acesso em: 08 de março de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional: Atualização até a EC nº 56, de 20 de dezembro de 2007**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUSA, Isabella Saldanha de. **Os limites para o ativismo judicial no estado democrático de direito: um estudo de caso sobre a perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária regulamentada pela resolução 22.610/07 do TSE**. 2010. 181f. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

STANDLER, Ronald B. **Is Judicial Activism Bad?** 2005. Disponível em: <www.rbs0.com/judact.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2012.

STRECK, Lênio. **O que é isto? – Decido Conforme Minha Consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2012. 139p. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Rev. direito GV**, São Paulo, v.4, n.º.2, dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 de Novembro de 2012.

VIANA, J. P. S. L. Fragmentação partidária e a cláusula de barreira: dilemas do sistema político brasileiro. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 13, n.º. 1, p. 125-135, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.nacionalidades.ufc.br/textos/JPV_FragmentacaoPartidaria.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2010.

VIEIRA, José Ribas. Verso e Reverso: A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial no Brasil. **Revista Estação Científica Ed. Especial Direito**, Juiz de Fora, v.01, n.º.04, out./ nov. 2009.

VISCOSI, A. **Judicial activism**: A study of the warren through rehnquist courts. University of Central Oklahoma. ProQuest Dissertations and Theses, 72p., 2009. Disponível em: <<http://search.proquest.com/docview/305085197?accountid=26642>>. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Editora RT, 2000.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília v. 47, n.º. 185, p. 7-25, jan./mar. de 2010.