

A FUNÇÃO NORMATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA NO QUADRO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Elaine Harzheim Macedo

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: A JUSTIÇA E A LEI ELEITORAL



República Brasileira, proclamada no ano de 1889, já passou por 6 Constituições¹ até chegar à Constituição Federal de 1988 e durante este período sempre consagrou – com avanços e recuos, esses últimos principalmente em relação aos períodos de governos autoritários – o princípio da tripartição ou distinção dos poderes.

Ao que importa a esta fala, a Constituição brasileira estabelece em seu art. 1º, parágrafo único, que o poder soberano pertence ao povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, para, no seu art. 2º, dispor que são Poderes da União, *independentes e harmônicos* entre si, o Legislativo, o Executivo, o Judiciário. Tem-se, a partir daí, um sistema de distinção de poderes que na sua integração, porque a soberania é única, funciona através de freios e contrapesos, ao efeito de assegurar a independência e harmonia desses poderes.

E é como um mecanismo desse sistema- *freios e contrapesos* – que o tema *Poder normativo da Justiça Eleitoral* será aqui enfrentado.

A Constituição, em seu art. 92, arrola entre os órgãos do *Poder Judiciário*, os *Tribunais e Juízes Eleitorais*, que passam a ser expressamente previstos nos arts. 118 a 121, contemplan-

¹ A Emenda Constitucional de 1969 praticamente configurou uma nova Constituição em relação à Carta de 1967.

do-se:

- Tribunal Superior Eleitoral, como órgão da ponte da pirâmide judicial, em matéria eleitoral e que se submete, tão somente nas questões constitucionais, ao STF. Entre suas competências está, predominantemente a de *natureza jurisdicional*, como a condução dos processos relativos às eleições para o cargo de Presidente e Vice-Presidente da República, onde atua em sede de competência originária, e, como competência recursal julgando os recursos especiais eleitorais (que não admitem o reexame de prova) das decisões proferidas em grau recursal pelos tribunais estaduais ou recurso das decisões que esses tribunais proferem no exercício de sua competência originária, e *competência regulamentadora e normativa*, além, ainda, da *competência consultiva*, tema que mereceria outra fala.

- Tribunais Regionais Eleitorais (27), que funcionam como tribunais recursais em relação às decisões proferidas em sede de eleições municipais (prefeitos e vereadores) e com competência originária para as eleições estaduais (governador, vice-governador e deputados estaduais) e nacionais (deputados federais e senadores da república). Em menor medida, também exercem competência consultiva, a exemplo do TSE.

- Os Juízes Eleitorais, que executam (função executiva) as eleições locais e gerais, atuam como órgão jurisdicional nas eleições municipais, julgando os processos relativos às eleições municipais, tais como: registros de candidatura, processos de investigação judicial, perda de diploma ou cassação de mandato, propaganda eleitoral, prestação de contas.

- As Juntas Eleitorais, que atuam apenas durante a eleição propriamente dita, composta pelo Juiz Eleitoral e dois membros da comunidade local.

Tais órgãos estão distribuídos de acordo com o princípio federativo, modelo sob o qual o Estado brasileiro se organizou, correspondendo à esfera da União (TSE), e à esfera estadual, os

tribunais de cada unidade federativa (Estados-Membros) e os juízes locais (que são estaduais), espalhados pelas Zonas Eleitorais (que compõem um ou mais municípios ou mesmo parte de um município), e que somam aproximadamente 3.000 zonas eleitorais, para um eleitorado que ultrapassa a cifra de 140.000.000 (cento e quarenta milhões).

Ao tratar da *competência legislativa* em matéria eleitoral, em seu art. 22, inciso I, atribui a Constituição ao *Poder Legislativo* o poder de legislar sobre direito eleitoral, com exclusividade.

Ainda sob o aspecto legislativo, o art. 121 da CF determina que Lei Complementar disporá sobre a organização e *competência* dos tribunais, dos juízes eleitorais e das juntas eleitorais. Importante dizer que essa lei, a par dos 25 anos de vida da Constituição, não veio.

Assim, o sistema eleitoral, hoje, é regido, em apertada síntese, pelo Código Eleitoral, que data de 1965 e na ausência de outro diploma foi recepcionado pela Constituição de 1988, por Lei Complementar que trata das inelegibilidades dos candidatos, conforme exigência da própria CF, e por leis que sobrevieram no tempo, adequando-se à nova realidade do quadro político (direito de eleger e de ser eleito, que são direitos políticos fundamentais conforme CF), tais como a Lei das Eleições, de 1997, e a Lei dos Partidos Políticos, de 1995.

2 PREVISÃO DA “FUNÇÃO NOMATIVA” DA JUSTIÇA ELEITORAL

Inicialmente, há de se registrar que o tema é pouco pesquisado na doutrina, inexistindo um referencial teórico seguro sobre a matéria. Por outro lado, o assunto remete a questões políticas, porque implica legislar sobre a própria investidura e a manutenção do mandato político daqueles que legislam (como “legislar em causa própria”), o que por si só acaba criando

“fricções” frente os poderes, os próprios candidatos, parlamentares e os partidos.

Aliás, a Constituição, no ponto, peca por um *silêncio constitucional*, ao remeter para Lei Complementar (art. 121) a regulamentação sobre a competência da justiça eleitoral (tribunais e juízes eleitorais). E quando fala em “competência” o faz em sentido lato, não apenas jurisdicional, até porque a própria tradição no direito brasileiro consagra que o chamado *processo eleitoral*, que vai desde o estabelecimento do calendário eleitoral, convenções partidárias, registro de candidaturas, propaganda eleitoral e sua fiscalização, pesquisas eleitorais, organização dos locais de votação e dos mesários que atuarão no dia da eleição, contagem de votos, proclamação dos resultados, diplomação dos eleitos, abrangendo, ainda, o próprio alistamento eleitoral, que é permanente, formando o maior cadastro público do país, *processo* esse que compete ao Poder Judiciário e a seus órgãos e membros conforme estabelecido na CF. Essa histórica escolha (1932, no primeiro Código Eleitoral, CF de 1934) está assentada na ideia da imparcialidade que a Justiça brasileira, apartidária, exhibe.

Considerando, portanto, essa lacuna quanto à função normativa desse magno processo, passa a vingar a máxima que é da própria sobrevivência do sistema: espaço não ocupado, é espaço que se ocupa!

Se não justifica, pelo menos explica o reconhecimento do poder normativo da Justiça Eleitoral em matéria eleitoral.

3 PODER REGULAMENTAR VERSUS PODER NORMATIVO

Não há que confundir *poder regulamentar* com *poder normativo*.

Sem adentrar muito nessa distinção, o fato é que o poder regulamentar está diluído entre os três poderes. O Poder Execu-

tivo detém legitimamente o poder regulamentar em inúmeras esferas de sua atuação, quando a generalidade e a abstração da lei impedem a atividade administrativa, que é sua função precípua, a exemplo das normas que regem os impostos (leis e decretos).

Não é diferente com a atividade jurisdicional, que em inúmeras vezes se vale do poder regulamentar para organizar e operacionalizar as tarefas judiciais de seus órgãos auxiliares e até da própria atividade jurisdicional.

O mesmo se dá na esfera da Justiça Eleitoral, inclusive com expressa autorização legislativa, conforme os exemplos abaixo:

Pode se apontar o art. 1º, do Código Eleitoral, Lei 4737/65 (insiste-se, anterior à Constituição e por ela recepcionado frente à omissão legislativa do próprio Congresso Nacional, que é órgão competente para editar Lei Complementar):

Art. 1º: Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.

Parágrafo único: O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para sua fiel execução.

E...

Art. 23: Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

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

A partir desse dispositivo, o TSE passou, eleição a eleição, a expedir *Resoluções* que muitas vezes vão além do simples poder regulamentador, entrando em esferas tipicamente de produção legislativa (criação do direito), na medida em que novas situações são postas e que sem seu enfrentamento, a eleição como um todo ficaria prejudicada ou tomaria rumo distinto.

É necessário, entretanto, registrar o que aparentemente pode ser visto, de forma até inocente, como “*poder regulamentador*”, mas, ao fim e ao cabo, transformou-se em verdadeiro

“*poder normatizador*”, o que adiante se verá, através de estudos de casos paradigmáticos.

Prosseguindo, em lei posterior, já sob a égide da CF/88, mais precisamente a Lei das Eleições, Lei 9504/97, consagrando, em termos, é verdade, essa competência, dispôs:

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 n. 12.034/09, que representou uma mini reforma política)

...

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

É de se observar que esta lei já trouxe alguma limitação ao poder normativo, tanto no que diz com a questão temporal, como também ao seu conteúdo, ressaltando que a Resolução não poderá restringir direitos ou ainda inovar nas sanções que a lei assegura. Mas ainda assim, manteve a competência regulamentadora.

Já a Lei 9096/95, que regulamenta os Partidos Políticos, reza:

Art. 61: O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei.

Nesses casos, pode se concluir que a Justiça Eleitoral regula o processo eleitoral (no sentido lato) “da lei para baixo”, mas sempre vinculado à lei. Aqui, portanto, funciona mais como *poder regulamentar*, o que está expressamente autorizado pelo sistema jurídico.

Contudo, o problema que aqui se pretende enfrentar é o *vácuo normativo por omissão legislativa*, que é expressivo na vida política brasileira,² e que tem provocado o *poder normati-*

² Apenas a título de *registro*, há um clamor público pela reforma política, que vem

vo do TSE.

Indagações que se impõem:

- *Pode a Justiça Eleitoral criar normas sobre processo eleitoral com base direta na Constituição, considerando a omissão do Poder Legislativo?*

- *De onde proviria este poder normativo?*

- *Qual sua legitimidade, frente ao quadro da separação dos poderes, cláusula pétrea do Estado Brasileiro?*

- *E se o legislador deixou (como opção) livre de regime jurídico determinada situação normatizada pela Justiça Eleitoral?*

- *E se a normatização contrariar as disposições (existentes) do legislador?*

Na verdade, a Justiça Eleitoral já deu mostras, mais de uma vez, de adentrar na seara da criação do direito em abstrato, utilizando-se do poder regulamentador e transmudando-o para poder normatizador, ainda que o tenha feito, isso é notável, quando premida por situações de fato que exigiam a tomada de decisão, porque o que estaria em risco seria a própria eleição/processo eleitoral.

O direito e os fatos são indissociáveis. Um não existe sem o outro!

4 CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO

Inegável que está se vivendo – e isso não é privilégio do Brasil – um déficit democrático, que passa por uma crise de representatividade. Em termos brasileiros, o sistema representativo já dá sinais de esgotamento. Hoje, no Brasil, há 32 parti-

sendo pauta de grandes debates, da mídia, das comunidades jurídicas, do próprio Poder Legislativo. Tramitam no Congresso Nacional há mais de 4 anos projetos que têm por objeto importantes reformas políticas, como o financiamento público das campanhas (hoje é privado) e a modificação nas eleições proporcionais. Troca-se de relatores, sobrevêm novas propostas, emendas, e o projeto literalmente não anda para a frente.

dos devidamente registrados, o que representa uma saturação partidária e um conseqüente vazio ideológico. Exemplo disso, a infidelidade partidária e o conseqüente enfraquecimento dos partidos. Os jornais, na semana passada, davam conta que quase 50 deputados federais trocaram de sigla partidária, por conta do calendário eleitoral das eleições que se avizinham para o ano de 2014.

Esse quadro acusa que o eleitor – certamente o maior destinatário do processo eleitoral – não é protagonista, mas mero espectador de uma cena eleitoral que envolve interesses pessoais e de grupos, sem falar nos grandes investimentos nas campanhas eleitorais, ficando à deriva o bem maior, a república.

No que diz respeito ao tema desta fala, o Legislativo está deslegitimado para a normatização do processo eleitoral, e os conflitos internos dos órgãos legislativos (corporativos, fidelidade aos grupos que sustentaram sua eleição, ajustes feitos entre os próprios parlamentares para aprovar projetos pessoais, comprometimentos com o Executivo, com a indicação de nomes a cargos na administração, preocupação com a reeleição) são de tal monta que qualquer matéria que se torne mais polêmica já é suficiente para que decisões (legislativas) não sejam tomadas, ou, ainda, tomadas com justificativas espúrias.

Por exceção, o Legislativo é premido a agir, mas sempre quando a pressão popular se mostra mais aguda. A exemplo, das *quatro* iniciativas populares de lei (instrumento da democracia direta consagrada pela CF, em seu parágrafo único do art. 1º), *duas* foram produzidas em direito eleitoral (a introdução do art. 41-A na lei das eleições, que trata da captação ilícita do sufrágio, verdadeiro câncer nas eleições, em 1999, e a Lei da Ficha Limpa, em 2010).

O fato é que o processo legislativo, tal como contemplado, é insuficiente para tratar da matéria eleitoral, deixando vácuos que as eleições periódicas e sucessivas (de dois em dois

anos) não permitem com eles conviver.

E o refúgio, para a solução desses impasses, tem sido o Poder Judiciário, mais especificamente, a Justiça Eleitoral, estabelecendo-se o que a doutrina já identificou, inclusive em outras áreas, como *ativismo judicial*.

Ocorre que em matéria eleitoral, o ativismo ganha contornos preocupantes, podendo alcançar indevidamente a própria vontade popular manifestada nas urnas, perdendo-se, inclusive, a unidade de tratamento que a matéria requer, de modo que, em mais de uma situação, o TSE assumiu a si esse poder “criativo”, ao efeito de compor situações que se generalizaram ou poderiam se generalizar, até para impedir decisões casuísticas e contraditórias entre si, suprimindo a omissão legislativa e expedindo Resoluções (atos de natureza normativa) adentrando em espaços não ocupados pelo legislador, mas que a vida pontuou e, por isso, não poderiam ser negligenciados ou simplesmente ignorados.

O fato é que não se pode fazer eleições sem atos executivos, jurisdicionais, regulamentares (de certa forma, todos previstos, normatizados e legitimados pelo sistema jurídico) e também normativos.

5 ESTUDOS DE CASOS EM QUE O PODER NORMATIVO FOI EXERCIDO PELA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

5.1 (IN)FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Fato: Nas eleições de 2006 (eleições gerais), uma significativa parcela de deputados opositores recém eleitos migrou para partidos da base governista.

Procedimento: Os partidos derrotados provocaram o TSE através de uma “consulta”, que gerou um entendimento que veio adquirir nos passos seguintes força vinculativa (nor-

matização).

Decisão: O TSE reconheceu-se competente para responder a consulta, mesmo após as eleições, sob o argumento de que essa mudança (troca de partidos) alterava o resultado prático das eleições, em desrespeito à vontade popular manifestada nas urnas, tratando-se, portanto de matéria respeitante ao processo eleitoral.

E, no mérito, o TSE passou a dizer que o mandato pertencia ao partido pelo qual o candidato se elegera (até então, o entendimento era diverso, vinculando o mandato ao candidato eleito), até porque, no Brasil, é vedada candidatura avulsa.

Consequência: os partidos que perderam os mandatos, passaram a reivindicá-los, inicialmente administrativamente, junto às casas legislativas, e, frente ao insucesso, perante o Judiciário.

Tais decisões chegaram ao STF, que culminou por ratificar o entendimento do TSE, determinando, ainda que o TSE expedisse RESOLUÇÃO normatizando o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, ao efeito, inclusive, de caso a caso permitir a defesa do candidato dito infiel, que poderia ter motivos relevantes para trocar de partido.

E a Resolução veio, estabelecendo, de forma detalhada, o que seria troca de partido motivada e legitimada (Res. 22.610/2007), estando em vigor até hoje, ainda que tenha se instaurado um intenso debate sobre sua constitucionalidade, especialmente frente ao já citado art. 22 da CF.

Certamente que a hipótese, sob o aspecto formal, agride a compreensão da separação/distinção de poderes. Mas, por outro lado, importante registrar que a distinção dos poderes se dá no âmbito também da harmonia e não apenas independência entre os Poderes, nos termos da própria Constituição.

O fato político aconteceu e exigiu um pronunciamento da soberania estatal. Estava estabelecido um conflito de dimensão democrática: vontade das urnas e escolhas pessoais dos candi-

dados, no mínimo de duvidosa legitimidade. O Legislativo deixou um vácuo: não há lei para orientar a decisão do conflito. Omitiu-se e o fez porque estava diretamente interessado no resultado.

O Judiciário foi expressamente provocado a se manifestar e o fez pelos mecanismos que o sistema jurídico oferece: consulta e posteriormente ações individuais (mandado de segurança, entre outras) que chegaram ao STF, quando estabelecido pela Corte Maior o entendimento de acordo com a compreensão (hermenêutica) da Carta Constitucional.

5.2 CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE QUANTO AO PAGAMENTO DAS MULTAS ELEITORAIS

Fato: Inúmeras eram as situações de candidatos que estavam não quites com a Justiça Eleitoral em razão de multas cominadas em processos administrativos e jurisdicionais (condutas vedadas, propaganda irregular, etc) já transitados em julgado, em flagrante desrespeito ao processo eleitoral, pois os candidatos infringiam a lei eleitoral e nas eleições seguintes se candidatavam sem quitar as multas do pleito anterior.

Normatização: Em 2008 (eleições municipais) o TSE expediu Resolução Normativa exigindo o pagamento dessas multas, pena de tornar inelegível o candidato. Não havia qualquer previsão legal nesse sentido.

Reação do Poder Legislativo: Na mini reforma eleitoral de 2009, sobreveio legislação – e aí a Resolução ficou sem efeito – enfatizando a desnecessidade do pagamento dessas multas para efeitos de candidaturas futuras.

5.3 VERTICALIZAÇÃO DAS COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS

Antecedentes fáticos: No Brasil, é autorizado que os par-

tidos políticos se coliguem em determinada eleição.

Contudo, nas chamadas eleições gerais, há eleições no âmbito estadual, para cargos do Executivo e Parlamento estadual (Governador e Vice-Governador do Estado e Deputado Estadual) e cargos para a esfera nacional, mais precisamente Congresso Nacional (Senadores, representando os Estados-Membros, e Deputados Federais, que representam o povo de cada Estado-Membro), além das eleições para Presidente e Vice-Presidente da República.

Normatização: Nos anos de 2002 e 2006 o TSE, na ausência de lei, normatizou a forma de as coligações partidárias serem montadas, no sentido de proibir que partidos coligados para as eleições presidenciais disputassem as eleições estaduais como adversários (Ex.: PT + PMDB coligados para a Presidência; mas adversários para a Governança do Estado – PT x PMDB). O objetivo era o mesmo, isso é, garantir a fidelidade partidária, aumentar a coerência ideológica na disputa eleitoral, fortalecer os partidos.

Consequência: O Congresso Nacional reagiu, alterando regra da CF/88, de modo a deixar clara a desnecessidade de vinculação entre as coligações nacionais e regionais, dando nova redação ao art. 17 da CF:

EC 52/2006, art. 17, da CF:

(...) § 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 disciplinas e fidelidade partidária.

A classe política, através do parlamento, retomou margem de liberdade “negocial”, que o TSE vinha restringindo, cumprindo seu mister legislativo, é verdade, mas adotando nítida opção corporativista.

Outros exemplos poderiam ser trabalhados, mas o tempo não nos permite.

6 A GUISA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por certo que não é simples defender – como aqui se pretendeu de forma expressa e assumida – o poder normativo do Poder Judiciário Eleitoral, a ser exercido pelo TSE.

Trata-se, à evidência, de uma atividade atípica da Justiça Eleitoral, que requer seja adotada em situações extremas, a exemplo dos casos estudados, casos esses que autorizam uma construção teórica sobre o tema.

É possível, pois afirmar:

- No vácuo legal, a competência normativa do TSE é plena, subordinando-se apenas à Constituição (não há lei que trate da matéria), cuja força normativa autoriza ou pelo menos não desautoriza o exercício dessa função atípica. Vigora, no âmbito jurisdicional, o princípio de que é vedado o non liquet. Mas às vezes, o vazio da regulamentação não pode ser atribuído à casuística dos julgamentos de caso a caso, exigindo uma normatização a tornar tais casos passíveis de solução uniforme, equânime, o que se agudiza no âmbito do processo eleitoral.

- Onde haja disciplina legal, a competência normativa resta afastada, cabível apenas o poder regulamentador, de caráter infralegal e diretamente subordinado à lei.

- Os limites do poder normatizador são a jurisdição constitucional, pois as próprias Resoluções ou atos normativos, como tal, submetem-se à discussão em âmbito de processo objetivo: ações declaratórias de inconstitucionalidade, sem prejuízo de que decisões tomadas sob o manto da Resolução podem ser questionadas no sistema difuso de controle da constitucionalidade via recurso extraordinário.

- Sobrevindo lei posterior que enfrente a matéria normatizada, essa resta afastada. Dizendo de outra forma, o próprio exercício do poder legislativo pelo Congresso Nacional, por si

só, tem o poder de sobrepor-se ao ato normativo, revogando-o, tornando-o sem efeito.

