

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL-MINTER UNISINOS/FACID
NÍVEL MESTRADO**

MARGARETE DE CASTRO COELHO

**A DEMOCRACIA NA ENCRUZILHADA: REFLEXÕES ACERCA DA
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA PARA
A CASSAÇÃO DE MANDATOS ELETIVOS**

São Leopoldo/Teresina

2014

MARGARETE DE CASTRO COELHO

A DEMOCRACIA NA ENCRUZILHADA: REFLEXÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE
DEMOCRÁTICA DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA PARA A CASSAÇÃO DE
MANDATOS ELETIVOS

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre em Direito, pela
turma especial de Mestrado Interinstitucional-
Minter UNISINOS/FACID do Programa de
Pós-Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS
Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo/Teresina

2014

C672d Coelho, Margarete de Castro

A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos / Margarete de Castro Coelho -- 2014.

149 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado Interinstitucional-Minter UNISINOS/FACID, São Leopoldo, RS, Teresina, PI, 2014.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

1. Direito eleitoral. 2. Democracia. 3. Eleições. 4. Judicialização. 5. Justiça eleitoral. 6. Soberania popular. I. Título. II. Teixeira, Anderson Vichinkeski.

CDU 342.8

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "A DEMOCRÁCIA NA ENCRUZILHADA: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral para a cassação de mandatos eletivos no Brasil", elaborada pela mestranda **Margarete de Castro Coelho**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 02 de junho de 2014.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito,

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Membro: Dr. Óscar Sánchez Muñoz

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



Como o poeta Manoel de Barros, também fui criada no mato “e aprendi a gostar das coisinhas do chão – antes que das coisas celestiais”. São elas que nos geram, nos fazem, nos ensinam e aprendem com a gente. E por isto, são responsáveis por aquilo em que vamos nos tornando.

A essas “coisinhas” preciosas do chão do meu coração dedico cada momento, cada verbo desse trabalho:

Minha mãe, Edvaldina, pela inspiração de nos fazer fortes diante da vida.
Minhas filhas, Marcela e Maria Clara, pelo encanto e o espanto de ser mãe e refazer a vida a partir de mim.

Minhas irmãs, Nailer, Ieda, Sádía, Carmelita e Juçara, raízes fortes do mesmo tronco donde brota e se sustenta minha alegria e determinação.

Meu irmão, Raimundo Castro (*in memoriam*), pela amizade oceânica que o fazia muitos em um só, meu filho, meu irmão, meu melhor amigo e um companheiro de jornadas jurídicas, perspicaz e sensato.

AGRADECIMENTOS

Toda dissertação de mestrado é resultado de um esforço individual, tecido por uma trama coletiva de outros autores e seus saberes, ideias, teorias, métodos que vão sendo entrelaçados, combinados, complementados e, assim, como as fibras de um tear, vão sendo regidas até surgir uma outra peça, original, com outros desenhos, formas, cores e objetivos. Assim como as fibras do algodão, as teorias devem ser tecidas com cuidado e bastante atenção, para não criarem nós que impeçam o trabalho de seguir tecendo. Algumas ideias são fios de tal maneira que junto com outros se tornam excessivos ou apagados. Alguns autores, assim, como os fios, em determinado momento não dão caimento, não combinam, mas devem ser preservados para tornarem-se essenciais em outros momentos. Há, ainda, os fios mestres, aqueles que no tear são os primeiros a serem postos e a partir dos quais todos os outros vão se encaixando. Esses se tornam invísíveis quando a peça está pronta, mas é fundamental que sejam feitos de fibra densa, vigorosa e resistente, que sustente a peça até o fim e não permita que ela esgarce com o tempo.

Me alegro em agradecer as fibras fortes que, de uma maneira ou de outra, me permitiram concluir esse trabalho que espero, mais adiante, sirva de fibra forte para outras tramas do conhecimento.

Agradeço primeiro a Deus, o mais criativo dos tecelões, pela vida e tudo que ela nos traz, de alegria e dor, mas sempre de sentimentos.

Ao professor Anderson Vichinkeski Teixeira, cuja orientação foi um ato de acolhimento e, como um bom mestre, sem oferecer receitas e nem atalhos, permitiu que eu abrisse o meu próprio caminho acadêmico. Atento e atencioso.

Agradeço ao professor Nelson Juliano Matos, da UFPI, a quem eu muito bem poderia chamar de meu anjo da guarda acadêmico, que se entusiasmou com o tema que eu lhe trouxe, acompanhou meu trabalho, linha por linha, e a cada encontro me fazia sentir motivada a seguir trilhando, às vezes corrigindo a rota, noutras ajustando o foco.

Ao professor Leonel Severo Rocha, coordenador do Programa Mestrado em Direito da UNISINOS, o primeiro a me tranquilizar sobre a viabilidade do meu tema e a verificar relevância de minha experiência pessoal na iluminação de meu objeto de estudo.

Ao professor Lenio Streck, a primeira referência que me fez buscar o mestrado na UNISINOS, pela a honra de ter sido sua aluna e ter me ensinado tanto sobre os excessos da judicialização que ocorre em nossas instituições.

Agradeço ao professor José Luis Bolzan de Moraes, marco teórico vigoroso e inspirador, a partir do qual percebi novos horizontes no caminho de minha pesquisa.

Agradeço ao Prof. Wilson Egelmann e à Taysa Schiocchet pelo auxílio luxuoso nos arremates finais da dissertação, colaborando para que eu não deixasse sobrar ou faltar um fio sequer de pensamento ou de palavra.

À Prof. Fernanda Bragatto e Professor André Callegari, pela acolhida fraterna e pela possibilidade de perceber outros caminhos no estudo dos Direitos Humanos e do Direito Penal, este último área antes para mim tão árida.

Agradeço ao professor Cléber de Deus, da UFPI, cujas lições me ajudaram a entender alguns conceitos que não são do Direito e, sim, da Ciência Política, mas que foram imprescindíveis para a feição de meu trabalho.

Meu agradecimento carinhoso à Eneida Desirré Salgado, minha amiga, grande desbravadora do Direito Eleitoral brasileiro, referencial luminoso em meu trabalho do início ao fim.

Ao professor Óscar de Sanchez Muñoz, por ter aceitado fazer parte de minha Banca Examinadora e pelas contribuições valorosas colhidas na sua literatura jurídica.

Ao José Nunes de Cerqueira Neto, colaborador atencioso, assíduo, dedicado, inclusive nos momentos em que por restrição médica não podia sequer digitar os textos.

À Ana Letícia Castro e à Ilza Cardoso, pela gentil contribuição com os aspectos formais deste trabalho, sempre atentas e pontuais, me dando a segurança necessária para seguir trabalhando.

A todo o pessoal do Núcleo de Jurisprudência do TRE-PI.

Por fim, aos colegas de mestrado, e muito especialmente às minhas queridas Eugênia Villa e Geórgia Nunes, pelas trocas, debates, argumentos e, principalmente, por compartilhar as vivências de alegrias e angústias, enquanto o tempo corria veloz ao nosso redor.

LISTA DE SIGLAS

AIJE	Ação de Investigação Judicial Eleitoral
AIME	Ação de Impugnação de Mandato Eletivo
CF	Constituição Federal
LC	Lei Complementar
MPE	Ministério Público Eleitoral
ONGs	Organizações Não Governamentais
QPE	Quociente Populacional Estadual
QPN	Quociente Populacional Nacional
RCED	Recurso Contra Expedição de Diploma
RP	Representação
TCU	Tribunal de Contas da União
TRE-PI	Tribunal Regional Eleitoral do Piauí
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Tipos de ações ajuizados na Justiça Eleitoral aptas a desconstituir o registro, o diploma ou o mandato	133
Tabela 2 - Atores políticos que ajuízam ações	134
Tabela 3 - Resultados das eleições regulamentares e suplementares 2004 nos municípios onde estas ocorreram	136
Tabela 4 - Resultados das eleições regulamentares e suplementares 2008 nos municípios onde estas ocorreram	136

RESUMO

O presente trabalho é estimulado pela reflexão acerca da relação entre o papel contramajoritário do Poder Judiciário brasileiro em matéria eleitoral e a soberania popular, investigando, por um lado, a sua legitimidade democrática na cassação de mandatos eletivos e os riscos de se comprometer a própria manifestação da cidadania e de outro compreender como a Justiça Eleitoral tem atuado em defesa do processo democrático, e se nessa atuação tem conseguido contribuir adequadamente para o constante processo de amadurecimento da democracia brasileira. O estudo focaliza alguns aspectos centrais do direito eleitoral, o qual se encontra direta e intimamente envolvido na tarefa de construção e (re)significação da democracia constitucional brasileira, como instrumento da Justiça Eleitoral no exercício de sua competência exclusiva para cuidar do processo eleitoral em todas as suas fases, garantindo à cidadania a liberdade de escolha de seus representantes e a isonomia entre os candidatos. Para tanto, se investigará a atuação da Justiça Eleitoral em questões de impugnação de mandatos eletivos, sobretudo a partir de um estudo de casos do estado do Piauí, onde notadamente se verifica um expressivo número de cassação de mandatos de prefeitos por denúncias de abusos de poder econômico ou político, principalmente sob acusações de compra de votos. Nessa medida, a partir do caso piauiense o qual se denominou o Caso Cel. José Dias, se analisará as consequências das decisões que cassam mandatos, registros e diplomas para o resultado das eleições, especialmente, os casos de posse de segundo colocado e eleições suplementares diretas e indiretas conforme construção jurisprudencial. Tendo por base dados do TRE (PI), se analisará se esta atuação francamente ativista da Justiça tem contribuído para uma intensificação da judicialização do processo eleitoral. A investigação, dessa forma, não decorre de um autor ou marco teórico específico, mas do uso de dados da Justiça Eleitoral, e do próprio texto constitucional, além de uma diversidade de autores que, de alguma forma, têm contribuído significativamente para a construção constitucional e eleitoral do pensamento democrático brasileiro.

Palavras-chave: Democracia. Soberania popular. Eleições. Judicialização. Justiça Eleitoral.

ABSTRACT

The present work is stimulated by the reflection about the relation between the counter majority role of the Brazilian Judiciary Power in electoral matters and the popular sovereignty, investigating, on one hand, its democratic legitimacy on the forfeiture of elective offices and the risks of compromising the very manifestation of citizenship, and on the other, to understand how the Electoral Justice has performed in defense of the democratic process, and whether this performance has achieved to contribute accordingly to the constant process of maturation of the Brazilian democracy. The research focuses on some central aspects of electoral law, which is directly and indirectly involved in the task of construction and (re)signification of the Brazilian constitutional democracy, as an instrument of Electoral Justice in the exercise of its exclusive jurisdiction to handle the electoral process in all its phases, guarantying to the citizenship the freedom of choice of its representatives and the isonomy among the candidates. In order to do so, we will investigate the performance of the Electoral Justice in matters of impugnation of elective offices, especially from a study of cases in Piauí state, where there is remarkably significant number of mandates forfeiture of mayors due to allegations of abuse of economic or politic power, mainly on charges of buying votes. Thus, from Piauí case which is styled case Cel. José Dias, we will analyze the consequences of the decisions that repeal mandates, records and diplomas for the elections results, especially the cases of tenure of second ranked candidates and direct and indirect supplemental elections as additional judicial construction. Based on data from Piauí Regional Electoral Court (TRE), we will analyze whether this frankly activist performance of the Justice has contributed to an intensification of the judicialization of the electoral process. The research, thus, does not follow one single author or specific theoretical framework, but it uses the data from Electoral Justice, and from the very constitutional text, besides a variety of authors that, somehow, have contributed significantly to the constitutional and electoral construction of the Brazilian democratic thought.

Keywords: Democracy. Popular sovereignty. Elections. Judicialization. Electoral Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O PAPEL DA JUSTIÇA ELEITORAL NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA	17
2.1 Do Advento da Justiça Eleitoral à Constituição de 1988: a vocação eleitoral brasileira.....	17
2.1.1 A evolução da Justiça Eleitoral brasileira: um pouco da história.....	18
2.1.2 A Justiça Eleitoral Brasileira Hoje: estruturas, atribuições e funções.....	21
2.1.3 As Peculiaridades da Justiça Eleitoral Brasileira	26
2.1.4 O poder regulamentar da Justiça Eleitoral brasileira: contribuição ou usurpação?.....	29
2.2 Entre o Direito e o Poder: os vícios do processo eleitoral brasileiro.....	31
2.2.1 A legitimidade do Processo Eleitoral e a Autenticidade da Representação Política.....	31
2.2.2 Cassações de Mandato Eletivo: desprestígio da vontade do eleitor ou restabelecimento da verdadeira soberania popular?	33
2.2.3 A “Autenticidade” do Voto: a verdade eleitoral ou a “mentirosa urna”?.....	37
2.3 Qual é o Problema? os juízes e a política.....	41
2.3.1 (Im)previsibilidade das Decisões da Justiça Eleitoral	41
2.3.2 A Questão da Legitimidade em Pierre Rosanvallon.....	42
3 O CONTROLE DAS ELEIÇÕES.....	47
3.1 O Abuso de Poder e a Crise da Representação.....	47
3.1.1 A Necessidade de Igualdade de Oportunidades nas Competições Políticas	48
3.1.2 O Desencanto com a Representação Política	54
3.1.3 Para Além da Democracia Eleitoral: uma nova concepção de cidadania.....	56
3.1.4 A Desconfiança nas Instituições Majoritárias	64
3.2 Entre Representação e Participação	66
3.2.1 Participação: o direito dos direitos?	66
3.2.2 O Que Torna a Representação Democrática?.....	68
3.2.3 A Produtiva Relação entre o Princípio Participativo e o Representativo.....	72
4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES NO BRASIL.....	76
4.1 O Controle Jurisdicional dos Processos Eleitorais no Brasil: a justiça eleitoral contramajoritária	76
4.1.1 O Problema do Poder Regulamentar da Justiça Eleitoral Brasileira	84
4.1.2 O Problema do Ativismo da Justiça Eleitoral Brasileira	85

4.1.3 A Questão da Judicialização da Política.....	87
4.2 O Deslocamento dos Litígios Eleitorais: o problema da judicialização das eleições..	91
4.2.1 A Política que Judicializa	95
4.2.2 Ainda a Dificuldade Contramajoritária da Justiça Eleitoral Brasileira	99
5 A SOBERANIA POPULAR E O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA INTERFERIR NO RESULTADO DAS ELEIÇÕES	102
5.1 A Atuação da Justiça Eleitoral Brasileira nos Casos de Impugnação de Mandatos Eletivos.....	102
5.1.1 O Cidadão à Margem do Processo: quem é o fiscal da cidadania?	103
5.1.2 Dos Instrumentos Judiciais Eleitorais Garantidores da Lisura do Pleito.....	106
5.2 A Atuação do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí	114
5.2.1 O Caso do Prefeito de Coronel José Dias (PI).....	115
5.3 Os Efeitos das Decisões que Cassam Registros, Diplomas E Mandatos sobre o Resultado das Eleições	119
5.4 A Anulação dos Votos e suas Consequências	122
5.4.1 O Problema da Posse do Segundo Colocado e a Ausência de Uniformidade na Jurisprudência.....	123
5.4.2 As Eleições Suplementares: terceiro turno nas eleições?.....	126
5.5 O Problema da Delimitação da Prova e o Conteúdo Jurídico: Art. 23, da LC nº 64/90	128
5.6 As Cassações de Prefeitos no Estado do Piauí nos Anos de 2004 e 2008: qual racionalidade? considerações metodológicas sobre a base empírica	132
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIAS	142

1 INTRODUÇÃO

Nas democracias contemporâneas, o exercício da cidadania se instrumentaliza na forma de representação política. Assim, a soberania popular materializa-se como representação por meio das eleições. O art. 14, caput, CF, preceitua que a soberania popular deverá ser exercida através do sufrágio universal e do voto direto e secreto. Nesse aspecto, garantir a liberdade de escolha dos representantes parece fundamental.

A escolha dos representantes de forma livre e direta sugere um permanente e legítimo processo de construção e amadurecimento da própria democracia brasileira. Votar é uma oportunidade valiosa de fazer-se cidadão e realizar escolhas que, de algum modo, refletirão sobre os mais relevantes aspectos de uma comunidade. A escolha de um indivíduo como representante da soberania popular da nação exige que a sua atuação política juntamente com as suas opções e posicionamentos, correspondam às expectativas e aos reais interesses da comunidade que o mesmo propõe-se a representar.

Contudo, o exercício de cidadania nas urnas está condicionado à qualidade do processo eleitoral que se apresenta. Mas, determinadas dificuldades ou vícios podem comprometer a liberdade de escolha da cidadania, e o abuso do poder político, cultural e, sobretudo, econômico, parece corromper fortemente o procedimento democrático de escolha dos representantes do povo.

O Brasil é conhecido por sua tradição patrimonialista e sua herança “coronelista”, que influi, sobremaneira, no processo de conquista de espaço político. Além disso, persiste um estado de desequilíbrio social que, em certa medida, contribui para o tão conhecido procedimento de “compra de votos” nas campanhas eleitorais. É comum dizer que não é possível exercer cidadania quando se tem fome, e muitos brasileiros ainda se encontram em situações de pobreza extrema. Esses são, dentre tantos, alguns fatores que dizem muito sobre a permanente existência de práticas de corrupção eleitoral e de abusos de poder de uns em prejuízo de muitos.

Sob a luz dessas dificuldades, cabe à Justiça Eleitoral organizar e regular o processo de escolha da representação política brasileira, cuidando desde o processo de composição do colégio de eleitores, ao registro de candidaturas, ao controle e realização de eleições, apurando os votos e processando e julgando os crimes eleitorais. Geralmente, ações dessa natureza objetivam a cassação dos diplomas ou mesmo do mandato daqueles eleitos, nas hipóteses em que o legislador autorizar.

Os Estados têm buscado inovar nos instrumentos de controle aos abusos e às distorções que ameacem desvirtuar o procedimento democrático. O Direito Eleitoral, desse modo, tem um papel fundamental para democracia, por ser responsável por disciplinar e regular o exercício de fiscalização e cidadania que são próprios da manifestação da soberania popular, ferramenta importante no processo de escolha de seus representantes e que torna a população apta a discutir as questões mais profundas da sua comunidade.

Dessa forma, o Direito Eleitoral encontra-se direta e intimamente envolvido na tarefa de construção e (re)significação da democracia constitucional brasileira. É, pois, o ramo do Direito Público destinado a regulamentar, organizar e resolver os litígios decorrentes de eleições. Assim, compete à Justiça Eleitoral, sob o mesmo aspecto, garantir aos cidadãos a liberdade de escolha de seus representantes, e preservar a isonomia entre os candidatos, garantindo-lhes igualdade de oportunidade na conquista do voto; por outro lado, garantir igualmente ao eleitor o acesso à informação, a um catálogo de escolha do qual tenham sido excluídos aqueles cujas vidas pregressas não lhes recomendem como prováveis representantes, a não ser contaminado pelo abuso do poder, a fim de que possa ele decidir de forma livre e soberana.

Atualmente, as atenções nacionais têm se voltado a aspectos relacionados à idoneidade moral dos representantes eleitos. Muitas discussões e debates têm sido colocados a respeito da legitimidade das escolhas políticas dos cidadãos. Uma visão perfeccionista de legislação tem sido aceita, principalmente a partir das discussões em torno da denominada Lei “Ficha-Limpa”.

Nesse contexto, são firmados alguns limites às escolhas eleitorais da cidadania. Ainda, tem se tornado comum estender-se a discussão sobre o pleito a um período posterior à eleição, quando muitos candidatos eleitos enfrentam ações que têm por escopo lhes cassar o mandato ou o diploma. O que tem se passado é o candidato derrotado nas urnas (ou o partido ou a coligação) judicializar a questão. Ou seja, a discussão acerca de escolhas políticas têm passado, em alguns casos, da vontade das urnas, à vontade de uma decisão (às vezes autocrática) judicial.

Em outros casos, talvez na maioria das ações provocadas pela cidadania, a legitimidade das escolhas políticas acaba sendo questionada por suspeitas de manipulação de eleitores, seja através do uso de dinheiro durante as campanhas, destinado à compra de votos, seja pela destinação da concessão de favores políticos em troca de votos ou de apoio político eleitoral.

Contudo, é de se ponderar os riscos de, com uma legislação tão perfeccionista, a democracia brasileira acabar por sofrer os efeitos reversos: se o objetivo é servir ao contínuo processo de construção democrática, uma intervenção tão acentuada e tão ativista não acabaria por comprometer a vontade livre e própria do eleitor que se quer tutelar? É preciso ter em conta sempre que, a rigor, quem decide por último é o próprio cidadão eleitor.

O objetivo principal desta pesquisa é examinar como o Direito Eleitoral deve garantir que o processo de escolha das representações políticas reflita, de forma genuína, a verdadeira vontade do corpo de eleitores da circunscrição onde o pleito se realiza. O problema da cassação de mandatos eletivos é mais complexo do que se costuma supor, tornando-se este nosso problema de pesquisa mais importante. A esse propósito, buscam-se os objetivos específicos de identificar as fontes germinativas de abusos de poder no processo eleitoral; caracterizar as formas de abuso de poder no processo eleitoral; examinar a(s) forma(s) de abuso de poder que preponderam no processo eleitoral piauiense; identificar a camada da população mais afetada pelo abuso de poder preponderante no processo eleitoral piauiense; discutir a força exercida pelo abuso de poder que prepondera no processo eleitoral piauiense sobre a camada da população mais afetada; estudar a natureza dos dispositivos legais e regulamentares relativos ao controle sobre o abuso de poder no processo eleitoral; averiguar a eficácia dos mecanismos jurídicos de fiscalização e controle do abuso de poder nos pleitos e examinar a interpretação dada às regras de fiscalização e controle do abuso de poder no Tribunal Regional Eleitoral do Piauí.

É fácil perceber que, nos últimos anos, questões fundamentais da comunidade política brasileira têm sido atribuídas a um pequeno grupo de juízes e, em um grande número de casos, à decisão autocrática de um único juiz. A pergunta que se costuma fazer em Direito Constitucional deve ser aqui respondida: o que legitima o fato de que o desejo de um pequeno grupo de indivíduos, não eleitos diretamente pela cidadania, possa prevalecer por último sobre a vontade popular? De outro modo, é preciso verificar a hipótese da legitimidade democrática do Poder Judiciário para anular a vontade das urnas.

A Justiça Eleitoral é responsável pela condução e fiscalização do processo de escolha da representação política, mas o que tem ocorrido é uma excessiva judicialização do resultado das eleições. Os vencidos têm recorrido ao Poder Judiciário, por vezes demonstrando pouco respeito ao voto. Os candidatos, partidos e coligações acabam tomando a Justiça Eleitoral como o segundo ou terceiro momento para disputa política.

Em outros termos, se inicialmente o fenômeno da judicialização da política foi visto como instrumento mais progressista, de garantia e preservação de liberdades e direitos,

sobretudo para dar voz aos menos favorecidos da sociedade, agora, na grande maioria dos casos, tem servido a uma minoria poderosa, geralmente acostumada ao poder político. Com a derrota nas urnas, levam a disputa a uma arena onde esperam ter mais chances de ser bem sucedidos. Portanto, deve-se pensar a soberania popular à luz desse novo contexto, pois talvez ela não esteja sendo considerada adequadamente pelas recentes decisões judiciais.

O que se questiona, nesses casos, é se o papel contramajoritário da Justiça Eleitoral, que é, de grosso modo, definir o resultado das eleições, tem servido adequadamente ao aprimoramento da democracia brasileira. E como se justificaria a legitimidade do Poder Judiciário de interferir no resultado das eleições. Nessa perspectiva, apresenta-se o seguinte problema: diante das diversas formas ilegítimas de influenciar a vontade do eleitor e os mecanismos legais disponibilizados em sua defesa, é possível afirmar-se que estes são eficazes no controle dos abusos de poder econômico e político no processo eleitoral brasileiro? Vale dizer, sintetizando as duas principais hipóteses que buscaremos desenvolver, o Judiciário eleitoral têm preservado efetivamente a vontade das urnas, ou imposto autocraticamente uma vontade judicial que deslustra a soberania popular?

Nessa perspectiva, será preciso verificar, por exemplo, quais os efeitos da decisão que cassa mandatos para o segundo colocado no pleito eleitoral: deve ele assumir o cargo ou convocarem-se novas eleições? Deverá ser questionada, também, a (in)coerência das decisões, que por vezes tratam casos iguais diferentemente e casos diferentes como se fossem iguais, dentre outros aspectos, como a demora na definição do resultado das eleições diante das possíveis ações e recursos eleitorais, bem como a forma de composição e o processo deliberativo dos tribunais eleitorais

A dissertação foi construída a partir do seguinte arcabouço metodológico: a) método de abordagens: “método” fenomenológico-hermenêutico – considerando as contribuições de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e o Prof. Lênio Luiz Streck. O tema abordado integra o mundo da vida da mestranda, caracterizando-se, com isso, o fenômeno que será analisado e desvelado, atribuindo-se o sentido (hermenêutico) adequado à Constituição do Brasil de 1988; b) métodos de procedimento – método histórico, método comparativo, estudo de caso; c) técnicas de pesquisa – pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Os três primeiros capítulos serão desenvolvidos com base em uma metodologia analítico-descritiva, objetivando examinar as estruturas internas dos principais conceitos e categorias envolvidos. Todavia, para refletir alguns desses questionamentos, eminentemente teóricos, frutos da filosofia constitucional e política, será preciso investigar a atuação da Justiça Eleitoral em questões de impugnação de mandatos eletivos. Com base em uma

metodologia empírica, esse trabalho se propõe a fazer um estudo de casos do estado do Piauí (TRE-PI), onde notadamente se verifica um expressivo número de prefeitos que perderam o mandato por denúncias de abusos de poder econômico ou político, principalmente, sob acusações de compra de votos.

Por tratar de conceitos como democracia, efetividade das decisões populares e judicialização da política, a presente pesquisa se enquadra na Linha de pesquisa I do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, vinculando-se aos aspectos de soberania interna trabalhados no projeto de pesquisa do orientador, Prof. Dr. Anderson V. Teixeira, cujo título é “Direitos Humanos e Transnacionalização do Direito: da refundamentação filosófico-política do Estado Constitucional às novas formas transversais de efetivação dos direitos fundamentais”.

A investigação não será feita a partir de um autor ou marco teórico determinado, mas do texto constitucional e de uma diversidade de autores que de alguma forma têm contribuído significativamente para a construção constitucional e eleitoral do pensamento democrático brasileiro.

2 O PAPEL DA JUSTIÇA ELEITORAL NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

No modelo brasileiro, cabe à Justiça Eleitoral, com exclusividade, organizar, executar e fiscalizar o processo eleitoral desde a formação do colégio de eleitores – através do alistamento eleitoral – até a proclamação e diplomação dos eleitos, trajetória que ainda perpassa pelo registro e controle das atividades de partidos políticos (prestação de contas, propaganda etc.), os quais, a despeito de possuírem natureza de pessoa jurídica de Direito Privado, precisam estar registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para participarem do jogo democrático. Compete-lhe, assim, a difícil tarefa de garantir a lisura do certame, a autenticidade do voto, o equilíbrio entre os competidores e a legitimidade da representação política e da democracia brasileira no seu aspecto procedimental.

Portanto, cabe à Justiça Eleitoral assegurar o respeito à soberania popular e à cidadania, fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme expresso no art. 1º da CF/1988. Para tanto, foi ela dotada pelo legislador constitucional de competências e funções, distribuídas entre diversos órgãos, os quais possuem jurisdição e competência repartida entre as circunscrições, conforme os cargos que estejam em disputa. Este capítulo se dedicará ao estudo dessas estruturas, funcionamento, competências e peculiaridades, as quais fazem da Justiça Eleitoral brasileira instituição sem similares em nenhum outro país do mundo.

Também se pretende examinar se a opção brasileira por um órgão jurisdicional concebido com competência exclusiva para o processo eleitoral, composto por membros com mandatos temporários, é a solução mais consentânea com a realidade sociopolítica brasileira.

2.1 Do Advento da Justiça Eleitoral à Constituição de 1988: a vocação eleitoral brasileira

O processo eleitoral, consistente em um conjunto de atos destinados à realização das eleições para a escolha dos representantes do povo, deve ser objeto de eficiente controle, que lhe possibilite refletir com fidedignidade a vontade do povo manifestada nas urnas. No Brasil, até a década de 30, eram os chefes políticos que decidiam em definitivo sobre a eleição dos membros do Legislativo e dessas decisões não cabiam recursos ao Judiciário, o que possibilitava uma intensa manipulação da vontade do eleitor e sérios desvirtuamentos no resultado do processo eleitoral. Daí a exigência de um processo de controle eleitoral imparcial, desinteressado e apolítico, o qual somente o Poder Judiciário estaria em condições

de realizá-lo. Com o Código Eleitoral de 1934, restou estabelecida a Justiça Eleitoral brasileira, com competência exclusiva sobre todas as fases e tarefas do processo eleitoral.

2.1.1 A evolução da Justiça Eleitoral brasileira: um pouco da história

O Brasil detém uma das mais duradouras experiências com eleições, além de possuir um dos maiores colégios eleitorais do mundo.¹ O sistema de tripartição dos poderes já é adotado desde a Constituição de 1824. Àquela época, competia ao Poder Legislativo o controle sobre a regularidade das eleições e a elegibilidade de seus participantes. Essa era uma das formas de se expressar a independência do Poder Legislativo em relação ao Poder Executivo.²

O sistema de separação dos poderes permaneceu com a Constituição de 1891, agora como decorrência própria do regime democrático, bem como o controle do parlamento sobre as eleições e as candidaturas, que vigorou por toda a monarquia brasileira e pela maior parte do tempo de vigência da referida Carta.

Assim, antes da existência do controle judicial das eleições no Brasil, era o Parlamento que detinha a autorização constitucional para realizar o que se denominava verificação de poderes e o fazia através de um órgão próprio do Poder Legislativo, a Comissão de Verificação, conforme aponta Martonio Mont'Alverne:

A Comissão de Verificação controlava os eleitos: de uma legislatura para a outra, esta Comissão analisava a documentação dos deputados que chegavam de todos os Estados da Federação à então capital do Brasil, o Rio de Janeiro, para declará-los eleitos ou não. Numa época onde a sobrevivência política das oligarquias estaduais dependia de sua ligação com o poder central (e o poder central dependia igualmente do apoio destas oligarquias, veiculado através dos deputados que as representavam no Poder Legislativo) não era difícil imaginar a luta que se travava para o controle político desta Comissão de Verificação.³

De fácil percepção era o enorme *déficit* de legitimidade dos resultados eleitorais pautados na atuação dessa Comissão, posto que, ao final, eram as oligarquias políticas que

¹ “No Brasil, desde a Independência os legisladores reconhecem as eleições como uma peça fundamental da organização política. A primeira Constituição, promulgada em 1824, já previa eleições regulares para as duas Casas de representação nacional (Senado e Câmara dos Deputados) e estabelecia as normas que definiam o direito de voto. Práticas que se repetiram em todas as Constituições seguintes – com exceção da Carta de 1937, que inaugurou o único regime político no país que suspendeu completamente as eleições”. NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 8-9.

² RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 152.

³ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O papel da Justiça Eleitoral na consolidação da democracia. Eleições no Ceará: 1994-96. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 55, p. 4.1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2726/o-papel-da-justica-eleitoral-na-consolidacao-da-democracia#ixzz3A1zR8Fr9>>. Acesso em: 23 nov. 2010.

decidiam sobre as eleições dos membros do Poder Legislativo e de tais decisões não cabia recurso ao Poder Judiciário. As eleições se davam em um cenário em que voto não era secreto e a maioria dos eleitores estava sujeita à pressão dos chefes políticos, cujas vontades se impunham através dos mais variados métodos de fraude eleitoral: “a falsificação de atas, do voto dos mortos, dos estrangeiros etc. Essas distorções não eram aliás novidade, representando o prolongamento de um quadro que vinha da Monarquia.”⁴

A década de 1930 é considerada fundamental para o desenvolvimento da Justiça Eleitoral brasileira, visto que foi a partir daí, com a Revolução de 1930, liderada por Getúlio Vargas e outros políticos tendo, dentre outros, o objetivo de combater os vícios e fraudes eleitorais do período da República Velha, que começou a se delinear os contornos de um órgão do Poder Judiciário com aptidão exclusiva para realizar e controlar o processo eleitoral. Vários estudiosos do tema, como Carlos Mário da Silva Velloso, sugerem que à época as “fraudes aconteciam em todas as fases do processo eleitoral: alistamento dos eleitores, votação, apuração dos votos e reconhecimento dos eleitos”.⁵ E prossegue nas suas lições:

No Império e na República Velha, vale dizer, até as primeiras eleições que tivemos, em 1933, após a criação da Justiça Eleitoral, o que predominava era a ‘mentira eleitoral’. No Império, ‘as eleições eram fabricadas pelo Gabinete no poder’, enquanto que, na República Velha, ‘as eleições eram pré-fabricadas pelas atas, por vezes sem necessidade de reunir-se sequer a mesa eleitoral’. Eram as eleições ‘a bico de pena’ ou eleições ‘do bicório’.⁶

Portanto, na República Velha, não havia correspondência entre os votos e o resultado das eleições. Quem administrava as eleições eram os próprios “politiqueiros” expressão que denominava os chefes políticos da época, mas que ainda aparece, aqui e ali, no vocabulário atual. Na Assembleia Constituinte de 1933, Assis Brasil discursou sobre a avaliação que fazia daquele período:

Votando, ninguém tinha a certeza de que lhe fosse contado o voto. Os votos eram manifestados em urnas, mais urnas funerárias do que representantes da soberania nacional; urnas que eram imediatamente abertas, quebradas, arrombadas de qualquer forma e os próprios politiqueiros que faziam a eleição se encarregavam de processá-la a bico de pena, etc. Ponhamos uma reticência... Uma vez contado o voto, ninguém tinha segurança de que seu

⁴ FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2008. p. 149.

⁵ NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 68.

⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 14-15.

eleito havia de ser reconhecido através de uma apuração feita dentro desta Casa e por ordem, muitas vezes, superior. É a verdade.⁷

A criação da Justiça Eleitoral ocorre em 1932, com o Decreto nº 21.076/1932, estabelecendo o que se passou a reconhecer como o primeiro Código Eleitoral brasileiro, em cujo art. 5º instituiu-se a Justiça Eleitoral, com funções contenciosas e administrativas e com uma estrutura organizacional muito próxima do modelo que se mantém até hoje em vigor. Esse Código, conforme leciona Cármen Lúcia Antunes da Rocha, antecipou-se às inovações do sistema constitucional que inauguraria o novo modelo jurídico brasileiro.

Mais que isso, ciente de que a organização judicial era imprescindível para que se fizesse cumprir a legislação sobre a matéria, atribuiu-se o alistamento, a apuração dos votos e o reconhecimento e a proclamação dos eleitos a uma organização judicial antes inexistente e que se estruturou sob o título de Justiça Eleitoral.⁸

A Constituição seguinte, de 1934, já a estabelece como órgão do Poder Judiciário, dotada da seguinte organização: o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, com sede na Capital da República; um Tribunal Regional, na capital de cada Estado, na do Território do Acre e no Distrito Federal; e Juízes singulares nas sedes e com as atribuições a serem designadas em lei, além das Juntas Especiais com competência para as eleições municipais.⁹ Essa estrutura permaneceu nas demais Constituições brasileiras, com exceção da Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, que não previa a Justiça Eleitoral.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 92, V, instituiu a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário da União, com jurisdição especializada, envolvendo tanto matérias criminais, quanto cíveis que se relacionem com a matéria eleitoral. Nesse sentido, cabe à Justiça Eleitoral processar e julgar os crimes eleitorais tipificados no Código Eleitoral ou em

⁷ ASSIS-BRASIL, J. F. de. *Discurso de Assis Brasil na constituinte de 1933*. Disponível em: <<http://revista.estudospoliticos.com/discursos-na-constituente-de-1933/>>. Acesso em: 23 nov. 2010.

⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Justiça eleitoral e representação democrática. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 386.

⁹ CF/1934. Art 82 - A Justiça Eleitoral terá por órgãos: o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, na Capital da República; um Tribunal Regional na Capital de cada Estado, na do Território do Acre e no Distrito Federal; e Juízes singulares nas sedes e com as atribuições que a lei designar, além das Juntas especiais admitidas no art. 83, § 3º. BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934)*. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 abr. 14.

leis esparsas sobre matéria eleitoral¹⁰, praticando e controlando todos os atos decorrentes das diversas fases do processo eleitoral, atuando desde a inscrição do eleitor e a sua qualificação até a diplomação dos candidatos eleitos.¹¹

2.1.2 A Justiça Eleitoral Brasileira Hoje: estruturas, atribuições e funções

A Justiça Eleitoral, na opção brasileira, é órgão permanente do Poder Judiciário, concebido com a finalidade de preparar, executar e controlar o processo de escolha dos representantes do povo, bem como dos processos de referendo e plebiscito. É composta, conforme a Constituição de 1988, pelo Tribunal Superior Eleitoral, órgão de cúpula, com jurisdição sobre todo o território nacional, pelas cortes Regionais Eleitorais, sediadas na capital de cada Estado e no Distrito Federal, de Juízes Eleitorais de primeiro grau, titulares das Zonas Eleitorais e de Juntas Eleitorais, às quais compete apurar as eleições realizadas nas Zonas Eleitorais sob a sua jurisdição, resolver as impugnações e outros incidentes que venham a ocorrer durante os trabalhos da contagem e da apuração de votos, expedir os boletins de apuração, além de diplomar os eleitos nas eleições municipais.

Suas Cortes – superior e regionais – são compostas por sete membros, sendo a primeira formada por três ministros do Supremo Tribunal Federal, dois ministros do Superior Tribunal de Justiça e dois advogados nomeados pelo Presidente da República, através de lista sêxtupla formada pelo Supremo Tribunal Federal e as regionais por dois desembargadores do Tribunal de Justiça Estadual, dois juízes estaduais, um juiz federal e dois advogados, também nomeados pelo Presidente da República, dentre os incluídos em lista sêxtupla indicada pelos Tribunais de Justiça¹². Os Juízes Eleitorais de primeiro grau de jurisdição são designados, conforme estabelece o art. 32 do Código Eleitoral, dentre os Juízes de Direito em efetivo exercício e, na falta desses, são convocados seus substitutos legais que gozem das prerrogativas do art. 95 da Constituição Federal. Onde houver mais de uma vara, o Tribunal Regional a designará aquela ou aquelas a quem incumbe o serviço eleitoral. As Juntas Eleitorais são compostas por um Juiz Eleitoral e até quatro cidadãos de notória idoneidade, cuja nomeação, feita pelo Juiz Eleitoral da Zona, deve ser deferida pelos Tribunais Regionais.

¹⁰ E os crimes comuns conexos, conforme art. 35, II do Código Eleitoral. BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

¹¹ Em matéria cível/administrativa, o ato que mais servirá para efeitos deste trabalho, é o caso da ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), prevista na Constituição Federal, art. 14, §§ 10 e 11. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

¹² CF/88, art. Art. 119 e 120. Ibid.

Como visto, diferentemente dos demais órgãos do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral não possui quadro próprio e permanente de magistrados, se compondo seus órgãos por juízes nomeados pelo Presidente da República, ou eleitos por seus pares, os quais assumem a jurisdição eleitoral por mandatos de dois anos, renováveis por mais dois, uma única vez. Portanto, suas composições são sempre temporárias. Desse modo, é característica da Justiça Eleitoral uma grande rotatividade na composição de seus órgãos.

Há autores, dentre os quais Djalma Pinto, que consideram tal característica positiva e justificam que a mesma pode contribuir para a imparcialidade no funcionamento da instituição ou que, dessa maneira, o Direito Eleitoral estará sempre sendo oxigenado com uma jurisprudência frequentemente atualizada, em decorrência das novas composições dos Tribunais, “respondendo assim às expectativas da sociedade em permanente mutação”. E prossegue para identificar outro efeito que considera positivo na investidura periódica de magistrados na jurisdição eleitoral:

Também não é possível a instalação de feudo. Se, por sua vez, não for o Magistrado efetivamente comprometido com o ideal de justiça provocará danos, é certo, mas não por muito tempo. Ao contrário, por exemplo, de alguns casos constatados em outras jurisdições em que os prejuízos ao grupo social se eternizam sem qualquer reação do grupo social.¹³

Mas, também, há os que consideram tal aspecto negativo, sob o argumento de que é daí que decorre um dos maiores problemas da Justiça Eleitoral, o qual este trabalho deverá explorar com maior profundidade, mais adiante, em item próprio e nos capítulos seguintes, mas que consiste no fato de que a transitoriedade na composição das cortes sugere uma dificuldade na consolidação da jurisprudência, posto que tais mudanças provocariam bruscos reposicionamentos do Judiciário sobre determinadas matérias, ensejando que a mesma corte adote posições diametralmente opostas em um intervalo muito curto de tempo, conforme a mudança de composição do órgão.

Como órgão do Poder Judiciário, à Justiça Eleitoral cabe precipuamente a função jurisdicional (típica), nesse caso relacionada com a organização e controle do processo de escolha dos candidatos a mandatos eletivos, bem como dos de referendo e plebiscito. Se lhes estabelecem, ainda, as funções atípicas (administrativa e normativa) e, como característica específica, a função consultiva.

¹³ PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal: noções gerais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 37.

A função administrativa da Justiça Eleitoral segue conforme as atribuições dos demais ramos do Poder Judiciário. Mas os órgãos da Justiça Eleitoral também “administram” o processo eleitoral.¹⁴ E, nesse mister, cuidam do registro de partidos políticos, do cadastro de eleitores (alistamento), da organização das Mesas Receptoras de voto, do registro de candidatos (que passam a ser judiciais apenas se houver impugnação), da distribuição do tempo da propaganda eleitoral e da ordem de suas apresentações por partido político, além de exercer o poder de polícia sobre a propaganda eleitoral, prestação de contas de partidos e de candidatos, dentre outras de igual relevo.

Da mesma forma, quanto à função normativa, a Justiça Eleitoral segue, até certo ponto, conforme os demais órgãos do Poder Judiciário, sobretudo na tarefa de elaborar as regras *interna corporis* e inaugurar o processo legislativo para criação de novas varas. Entretanto, mercê de regra inserta no Código Eleitoral¹⁵ e reprisada na Lei de Organização dos Partidos Políticos¹⁶ e na Lei Geral das Eleições¹⁷, foi-lhe atribuído o poder regulamentar, especificamente para, sem restringir direitos e sem inovar o ordenamento jurídico, expedir as instruções necessárias à sua fiel execução, ou seja, ao Tribunal Superior Eleitoral, no exercício de seu poder regulamentar, expedir as instruções que julgar necessárias para dar fiel execução ao Código Eleitoral, à Lei de Organização dos Partidos Políticos e à Lei Geral das Eleições e à Lei das Inelegibilidades, dentre outras, conforme disposto, expressamente, nos referidos diplomas legais.

Contudo, se as instruções do TSE servem para atender à sua função regulamentar e, assim, não devem restringir direitos ou impor sanções, não é o que se tem verificado historicamente¹⁸. Basta que se tenha em foco casos paradigmáticos como o da “Infidelidade

¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Algumas notas sobre a Justiça Eleitoral. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, Curitiba, v. 1, p. 25-41, 1987.

¹⁵ Lei nº 4.737/65, art. 1º, Parágrafo único: “O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução”. No mesmo sentido, também o art. 23, IX. BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

¹⁶ Lei nº 9.096/95, Art. 61. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei. BRASIL. *Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os Arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

¹⁷ Lei nº 9504/97, 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. BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

¹⁸ Uma discussão sobre o problema do exercício do poder regulamentar pelo Tribunal Superior Eleitoral será retomado nos capítulos seguintes, sobretudo com exemplos concretos e históricos do abuso deste poder. Este trabalho compartilha o entendimento de que “O abuso normativo da justiça eleitoral não é tolerável. Sua competência normativa haverá de manifestar-se sempre de modo subordinado e secundário em relação à lei.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 80.

Partidária” (Resolução nº 22.610/07), em que aquela Corte criou nova hipótese de perda de mandato eletivo, estabelecendo os procedimentos para julgamento das representações respectivas, inovando o direito material para inserir hipótese de “justa causa” para a desfiliação partidária, fixando, inclusive, a competência de seus órgãos para o conhecimento e julgamento das ações, subvertendo, nesse aspecto, as competências estabelecidas pela legislação que rege a matéria. Mais recentemente, ganhou destaque nos meios políticos e jurídicos a Resolução TSE nº 23.389/2013, que redefiniu o número de Deputados Federais por Unidade da Federação e promoveu uma readequação da composição das Assembleias Legislativas e da Câmara Distrital. Para tanto, estabeleceu o critério para a distribuição das vagas e regime de sobras, prevendo e aplicando fórmula para o cálculo de um denominado “Quociente Populacional Nacional” (QPN), a partir do qual obteve um intitulado “Quociente Populacional Estadual” (QPE), cuja aplicação culminou por alterar a representação de treze Estados brasileiros, sendo que oito perderam representação e cinco ganharam.¹⁹

Sobre essa questão, Tito Costa anota: “O TSE costuma expedir, sob o título genérico de *Instruções* [...] regras que apresentam, em geral, nítido conteúdo legislativo, às vezes mesmo alterando texto de leis. Suas resoluções costumam ter força de lei geral e a ofensa à sua letra expressa motiva recurso especial.”²⁰

O tema será revisitado mais adiante, em item próprio, buscando aprofundar-se a discussão, para analisar os seus impactos e as suas consequências para o processo eleitoral.

A função consultiva, como característica específica da Justiça Eleitoral, está prevista no Código Eleitoral (art. 23, XII e 30, VIII) e atribuí ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Regionais Eleitorais a função de responder às consultas, desde que formuladas em tese sobre matéria eleitoral, por autoridade com jurisdição federal (para o TSE) ou estadual (para os TRE’s) ou por partido político, através de seu órgão nacional ou regional, respectivamente.

A peculiaridade dessa modalidade é que o Código Eleitoral fala em *resposta*, não tendo, portanto, tal manifestação o caráter decisório próprio da função jurisdicional, nem o caráter normativo típico da função regulamentar, pois não há edição de enunciado geral e abstrato. Desse modo, a resposta à consulta, a despeito de oferecida na forma de resolução, serve apenas para esclarecer o posicionamento do Tribunal sobre determinada questão de natureza eleitoral.

¹⁹ A Resolução nº 23.389 do TSE teve seus efeitos anulados pelo Decreto Legislativo 1361/2013, do Congresso Nacional, promulgado no dia 05/12/13, além de ser objeto de quatro ADI’s ajuizadas por Estados que haviam perdido bancadas.

²⁰ COSTA, Antonio Tito. *Recursos em matéria eleitoral: temas de direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35.

Assim, não cabe consulta sobre um caso específico, individualizado. Desse modo, a manifestação do tribunal quanto à consulta não vincula o próprio tribunal, o consulente, ou terceiros. Não há caráter normativo aqui, e por isso mesmo não há que se falar em obrigatoriedade. É nesse sentido que está estabilizada a jurisprudência das cortes.

Mas a questão que parece, e de fato deveria ser simples, às vezes tem ficado complexa. Note-se que a resposta do Tribunal é dada com base na interpretação que vem sendo aplicada a um determinado dispositivo da legislação eleitoral ou princípio do Direito Eleitoral, ou seja, responde conforme a sua firme jurisprudência, os seus precedentes. Só que, como frequentemente a jurisprudência tem se alterado, e se alterado bruscamente, até mesmo com o processo eleitoral em andamento, muitas vezes os demais partícipes do jogo democrático, notadamente partidos políticos e candidatos, tomam decisões orientadas por tais respostas e, posteriormente, essas decisões são reprochadas pela Corte com sérias consequências para o processo eleitoral.

Tal fato, por sua complexidade (uma resposta que não vincula – nem orienta, quem a concede?), tem contribuído para uma grave insegurança no processo eleitoral, afetando de plano a confiança na jurisdição de quem, buscando a segurança de agir conforme a “orientação” do judiciário eleitoral em suas funções, termina sendo penalizado por assim haver procedido. Cite-se, aqui, como exemplo clássico de situações o “Caso dos Prefeitos Itinerantes”, como se passou a denominar os mandatários que, após serem reeleitos em um determinado município, mudavam o domicílio eleitoral para outro, geralmente vizinho, e concorriam a mandato consecutivo, o terceiro, e até a um quarto, caso decidisse concorrer à reeleição nesse segundo município²¹.

Essa prática, ancorada em manifestação do TSE no exercício de sua função consultiva, após reiterada em vários municípios brasileiros, passou a ser reprimida mediante surpreendente virada jurisprudencial da Corte, alcançando, para cassar, o mandato de vários prefeitos, os quais haviam concorrido sem quaisquer censuras ao seus registros de candidaturas, mercê dos precedentes daquela Corte. Esclareça-se que não se analisará no presente trabalho o conteúdo de tais decisões, mas tão somente a forma de decidir em casos da espécie.

²¹ A partir do Recurso Especial Eleitoral - REspE 32.507/AL, o TSE alterou seu entendimento e passou a censurar tal prática, alcançando vários prefeitos eleitos, que tiveram seus mandatos cassados, mesmo após o TSE lhes haver respondido que seus precedentes se mantinham hígidos. Em 04/10/ 2011, o mesmo TSE, no REspE 35.906/SC, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia e, considerando as peculiaridades do caso, afastou a vedação às candidaturas de prefeitos itinerantes para a eleição realizada, invocando os princípios da segurança jurídica, da confiança na jurisdição, da isonomia – tratar desigualmente os desiguais, pois não houve objetivo de fraudar – e da soberania popular.

Cabe anotar-se que, tal qual ocorre no exercício do poder regulamentar, aqui também não é dado ao Tribunal inovar, criando novas regras eleitorais, até porque as consultas, como assenta Erick Wilson Pereira, “buscam a correta exegese de norma já existente. Por exemplo, não se pode acrescentar uma faculdade ou uma vedação se esta já não existente em lei. A consulta é, na prática, a indicação da melhor hermenêutica para o caso posto em análise, dentro dos limites das normas já existentes atinentes à matéria.”²²

Ora, mas além do “Caso dos Prefeitos Itinerantes” comentado acima, também no “Caso da Infidelidade Partidária”, quando a Justiça Eleitoral criou nova hipótese de perda de mandado eletivo também o fez em sede de consulta e, nessas e em muitas outras oportunidades, visivelmente inovou as regras eleitorais.

Ademais, ao Tribunal Superior Eleitoral, como órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, cabe assegurar a autoridade e a uniformidade da interpretação em matéria de direito eleitoral, como ocorre com o Superior Tribunal de Justiça. Sendo uma justiça especializada, existe a possibilidade de que ocorram interpretações divergentes entre o TSE e o Supremo Tribunal Federal sobre suas matérias, como será discutido com detalhes nos capítulos seguintes.

2.1.3 As Peculiaridades da Justiça Eleitoral Brasileira

Como já se disse, no Brasil, a Justiça Eleitoral é órgão do Poder Judiciário, a quem compete, com exclusividade, administrar as eleições, conhecendo, processando e julgando todos os conflitos decorrentes do processo eleitoral, com a finalidade de garantir o livre exercício da escolha dos representantes para os cargos do poder político do Estado. Assim sendo, a Justiça Eleitoral organiza a lista de eleitores, cuidando das inscrições (alistamento) e transferências, inclusive resolvendo os desacordos no que se refere ao domicílio eleitoral, compõe e fixa a sede das Mesas Receptoras de votos, organiza o catálogo de candidatos, fiscaliza todos os atos da campanha eleitoral, inclusive no exercício do poder de polícia sobre a propaganda eleitoral, apura e proclama os resultados da eleição e diploma os eleitos.

Perceba-se que, para exercer tais atribuições, a Justiça Eleitoral tem que percorrer um longo e resvaloso caminho, que frequentemente a coloca na desconfortável situação de cassar o registro de candidato que ela própria deferiu, ou o diploma de eleito por ela outorgado, ou o mandato dele decorrente, tudo em face de vícios no processo eleitoral, o qual cabe a ela própria fiscalizar e controlar. Supõe-se desconfortável, pois que tais medidas, decorrentes da

²² PEREIRA, Erick Wilson. *Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

apuração de vícios no processo, quase na totalidade das vezes, ocorrem depois do pleito encerrado e os eleitos empossados e no exercício dos mandatos, e não no decorrer do certame, o que lhe possibilitaria impedir que tais vícios contaminassem o pleito, provocando a anulação dos votos ou mesmo de todo o certame, colocando em risco as certezas no resultado das eleições.

Este modelo da Justiça Eleitoral brasileira – composto por órgãos judiciais que concentram todas as fases do processo eleitoral, cuidando com exclusividade, e exclusivamente, deste processo – não encontra similares em outros países.

Com efeito, são muitas as peculiaridades da Justiça Eleitoral brasileira, as quais se podem verificar em breve análise de sua estrutura funcional, a partir de algumas características institucionais, como propõe Erick Wilson Pereira:

a) ausência de quadro próprio de magistrados, sendo recrutados de vários outros do Judiciário que não lidam com o Direito Eleitoral; b) uma constante periodicidade de investidura dos seus juízes, por período de dois anos e nunca por mais de dois biênios consecutivos; c) uma composição colegiada de seus órgãos de primeiro grau, da fase da apuração à diplomação dos eleitos; d) uma composição única dos tribunais eleitorais, que não atuam mediante órgão fracionário; e e) existência de fases próprias de atuação e competência que começam com a preparação da eleição e terminam com a diplomação dos eleitos.²³

Assim, ainda conforme Pereira, a Justiça Eleitoral se apresenta como o ramo de maior amplitude do Poder Judiciário, concentrando a maior heterogeneidade de reservas funcionais.

Nesse giro, Adriano Soares da Costa constata que, por serem as eleições modalidade de processo licitatório, poderiam ter sido confiadas tanto ao Poder Executivo como ao Poder Legislativo, atribuindo-se a cada um, ou a ambos, concomitantemente, a missão de cuidar dos pleitos eleitorais, “notadamente pela natureza política do acesso aos principais cargos desses dois poderes.”²⁴ A outra opção, segundo Soares da Costa, seria atribuir tal competência a um órgão criado exclusivamente com essa finalidade, sem qualquer vinculação hierárquica a qualquer dos poderes e com total autonomia para organizar o processo eleitoral.

Entretanto, pondera o mesmo autor, talvez esses modelos não se adequassem à realidade brasileira. Quanto ao primeiro, no qual ficaria o processo eleitoral ao encargo do Poder Legislativo, do Judiciário ou de ambos, o envolvimento e o interesse dos mesmos no

²³ PEREIRA, Erick Wilson. *Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 4.

²⁴ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atualizada de acordo com a LC 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 272.

resultado do processo atrairia grave suspeição sobre a seriedade e a isenção do mesmo, aumentando a possibilidade de perigosas manifestações de corrupção eleitoral. Afinal,

É natural que aqueles que estejam no poder queiram nele permanecer, ainda mais se dispõem de meios para influenciar decisivamente no resultado do certame, quer pela via de disposição sobre as regras do jogo, quer pela facilidade em conduzir em proveito próprio o processo de eleição.²⁵

O segundo modelo, no qual se criaria um órgão sem vinculações funcionais ou hierárquicas com qualquer outro poder, apenas para a condução das eleições, também seria desaconselhável, não só pela sua complexidade, mas ainda pelo alto custo que se imporia ao erário da nação.

Assim, para Soares da Costa, o modelo mais consentâneo com a realidade brasileira é o atual, adotado pelo Decreto nº 21.076, de fevereiro de 1932, que estabeleceu o Código Eleitoral e instituiu a Justiça Eleitoral com funções contenciosas e administrativas, posto que primeiro confia as eleições “a um poder desinteressado”, favorecendo o equilíbrio da disputa, e depois porque aproveita as estruturas locais do Poder Judiciário, o que solucionaria “o dilema da criação de uma estrutura cara e inchada, com a finalidade de atuar mais efetivamente apenas de biênio em biênio.”²⁶

A terceira vantagem seria a de que a concentração de todas as atividades referentes ao pleito em um único órgão possibilita uma harmônica efetividade às normas eleitorais.

Sobre a matéria, o que se pondera, sem aprofundar muito o tema neste momento, com relação à primeira preocupação do autor, especialmente no tocante à competência para dispor sobre regras do processo eleitoral, é que talvez o melhor para o processo eleitoral seja que elas resultem de um debate maduro com a sociedade e que este debate se dê, primordialmente, na arena adequada (aquela apontada na Constituição) e que seja a cidadania quem escolha e posicione os seus “jogadores”.

Quanto à possibilidade do aproveitamento das estruturas locais do Poder Judiciário para resolver o dilema do inchaço da máquina e contribuir com a contenção de despesas, pode-se anotar que, certamente, tal realidade só se observa nas Zonas Eleitorais situadas nos pequenos municípios brasileiros, pois as sedes do TSE e dos TRE's estão muito melhor instaladas e equipadas que a sede de quase todos os demais órgãos do Poder Judiciário. O mesmo se verifica em algumas Zonas Eleitorais. Ademais, há que se assinalar que o quadro

²⁵ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atualizada de acordo com a LC 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 272.

²⁶ *Ibid.*, p. 272.

de pessoal (corpo técnico) da Justiça Eleitoral é próprio. Apenas os Juízes e o Representante do Ministério Público são cedidos, ou seja, é muito pequena a economia que se faz com despesas de pessoal no atual modelo.

A concentração de todas as atividades referentes à organização, execução e fiscalização das eleições em um único órgão tem, realmente, muitas vantagens. Entretanto, às vezes causa perplexidade o fato de a Justiça Eleitoral, no exercício de suas múltiplas funções, ser o fiscal de si própria. Tal realidade também não seria passível de colocar seus atos sob suspeita de imparcialidade?

2.1.4 O poder regulamentar da Justiça Eleitoral brasileira: contribuição ou usurpação?

Nas últimas décadas, tem havido um debate muito intenso na doutrina constitucional brasileira sobre o crescente papel institucional do Poder Judiciário, sobretudo em relação ao problema da usurpação de funções próprias do Poder Legislativo.

O tema é de especial interesse do Direito Eleitoral, uma vez que o TSE “herdou” do Código Eleitoral de 1965 a já referida competência para regulamentar o processo eleitoral e, se entender necessário, pode baixar – e realmente o faz – resoluções a fim de instruir os diversos atores interessados na disputa eleitoral sobre a aplicação das regras naquele período.

Essa praxe, justificada em tempos de compulsão legislativa – a cada eleição editava-se uma lei nova – não mais se justificaria em uma época de legislação estável sobre o processo eleitoral, como é o caso da Lei nº 9.504/97, alterada em pouquíssimos aspectos por leis posteriores. Nada obstante, modificado o vezo do legislador, não se deu o mesmo com o TSE: a cada eleição, novas resoluções e surpresas com calor de inovação legislativa feita por meio impróprio formalmente.²⁷

De fato, até o aparecimento da Lei nº 9.504/97, a denominada Lei Geral das Eleições, não havia um engajamento teórico muito forte da doutrina brasileira em torno do Direito Eleitoral. Isso porque, a cada ano eleitoral, se publicava uma lei nova que disciplinaria aquela eleição. Essa lei casuística por essência alterava de maneira bastante substancial as regras previstas na anterior. Com isso, todo o processo eleitoral era reformulado. Por essa razão, acreditava-se, poucos autores dedicavam-se ao estudo do Direito Eleitoral.

²⁷ COSTA, Adriano Soares da. Inelegibilidade cominada por rejeição das contas: a criatividade judicial por meio da edição de Resoluções do TSE. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 61-62.

Com o advento da chamada Lei Geral das Eleições, esperava-se uma estabilização das regras eleitorais que possibilitasse um aprofundamento acadêmico e um maior interesse da ciência pelo Direito Eleitoral. Entretanto, talvez porque continuem as alterações casuísticas da legislação, a academia continua refratária aos grandes temas do Direito e do processo eleitoral.

Entretanto, aqui, a doutrina é uníssona ao entender que a Justiça Eleitoral possui competência administrativa e jurisdicional, mas não legislativa, a qual só pode decorrer de autorização constitucional expressa.²⁸ As regras eleitorais (im)prescindem de ampla discussão parlamentar, levando em conta a participação das minorias e tomando seriamente o processo deliberativo sobre direitos que envolvem o exercício do poder político. E não satisfaz a este requisito o fato de o Tribunal Superior Eleitoral realizar, por força de norma inserta na Lei Geral das Eleições, audiências públicas para ouvir partidos e demais interessados no processo eleitoral antes da edição de suas instruções. Ainda assim, faltará a participação da verdadeira protagonista do processo eleitoral: a soberania popular.

Ao TSE não cabe estabelecer restrições a direitos fundamentais, algo que tem se verificado nos últimos anos e que será analisado com maior profundidade em capítulo próprio. Com Desiree Salgado, é preciso considerar que “A legitimidade para a restrição de direitos – direitos políticos, como a elegibilidade, ou liberdades, como a liberdade de expressão – está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral.”²⁹

Todavia, frequentemente, o Tribunal Superior Eleitoral tem inovado em matéria eleitoral, em um claro transbordamento de suas atribuições, pois, como já disse, não é possível se admitir, sem autorização constitucional para tanto, que esteja o Poder Judiciário autorizado a criar normas gerais e abstratas. O que lhe cabe, e em matéria eleitoral, é promover instruções normativas direcionadas aos órgãos da Administração Pública, especificamente à esfera de atuação administrativa dos demais órgãos da Justiça Eleitoral e não aos particulares.³⁰

De fato, a Justiça Eleitoral não tem se furtado a inovar em matéria eleitoral, sobretudo por meio de resoluções e respostas às consultas que lhe são dirigidas, conforme se vem demonstrando, através dos casos acima apontados. E, nesse quadro, o Supremo Tribunal

²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 81-82.

²⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 300. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

³⁰ *Ibid.*, p. 300-302. “Isso é o máximo que se pode admitir como possível no âmbito da competência normativa da Justiça Eleitoral. Mais significa extrapolar as normas constitucionais e legais”. *Ibid.*, p. 302.

Federal tem silenciado, ou pior, tem anuído com este tipo de postura dos demais órgãos do Judiciário, sempre sob a alegação de que o Poder Legislativo tem sido omissivo e se mostrado incapaz de dar conta de sua competência funcional.

Assim, o Judiciário se autoriza a mudar as regras do jogo democrático quanto, como e sempre que julga conveniente. Parece difícil de contestar que isso contraria o regime de representação política e a própria ideia de separação dos poderes, pois seria como se considerasse que “os tribunais constitucionais e os outros tribunais são a última etapa do aperfeiçoamento político”.³¹

2.2 Entre o Direito e o Poder: os vícios do processo eleitoral brasileiro

Nas democracias contemporâneas, o exercício da cidadania instrumentaliza-se através da representação política. Por esse entendimento, a soberania popular materializa-se como representação por meio de eleições. A CF, art. 14, *caput*, estabelece que a soberania popular será exercida através do sufrágio universal e do voto direto e secreto. Nesse aspecto, garantir a legitimidade do processo eleitoral e a liberdade de escolha dos representantes parece fundamental para a autenticidade da representação política.

2.2.1 A legitimidade do Processo Eleitoral e a Autenticidade da Representação Política

A escolha dos representantes de forma livre e direta sugere um permanente e legítimo processo de construção e amadurecimento da própria democracia brasileira. Mas o pleno exercício da cidadania nas urnas reclama um processo eleitoral que possua regras claras e instrumentos aptos a responder quando invocados, garantindo ao cidadão escolher com liberdade seus representantes, sem sofrer as influências abusivas do poder econômico ou político, ou dos meios de comunicação. Que também se lhe garanta um catálogo composto por candidatos cuja vida progressiva lhes recomende e que esses possam disputar o seu voto em pé de igualdade.

Portanto, a qualidade da escolha relaciona-se diretamente com a qualidade do processo eleitoral que se apresenta e do colégio de eleitores que dele participará, posto que determinadas dificuldades ou vícios podem comprometer a liberdade de escolha, mitigando o exercício da cidadania. E o abuso do poder político, cultural e, sobretudo, econômico parece

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 26.

comprometer fortemente o procedimento democrático de escolha dos representantes do povo, principalmente se o eleitor não estiver razoavelmente esclarecido para a importância do seu papel.

No Brasil, o processo de escolha dos representantes do povo, quer no Poder Executivo, quer no Poder Legislativo, parece ainda estar sob as influências de uma tradição patrimonialista, herdeira dileta do “coronelismo”, que ainda influi sobremaneira no processo de conquista de espaços políticos. O fato de grande parcela da população brasileira ainda se encontrar em uma linha de extrema pobreza, sem acesso à educação formal ou política, parece alimentar um nefasto comércio que transforma voto em mercadoria, contaminando pleitos e afrontando a democracia como processo de escolha dos representantes da cidadania. Esses são, dentre tantos, alguns fatores que dizem muito sobre a permanente existência de práticas de corrupção eleitoral e de abusos de poder de uns sobre muitos.

À luz dessas dificuldades, cabe à Justiça Eleitoral organizar e regular o processo de escolha da representação política brasileira, desde a composição do colégio de eleitores ao processo de registro de candidaturas, realização de eleições e apuração dos votos, ao processamento e julgamento dos crimes eleitorais. Geralmente, ações dessa natureza objetivam a cassação dos diplomas ou mesmo do mandato daqueles eleitos, nas hipóteses que o legislador autorizar.

O Direito Eleitoral encontra-se direta e intimamente envolvido na tarefa de construção e (re)significação da democracia constitucional brasileira. É, pois, o ramo do Direito Público destinado a regulamentar, organizar e resolver os litígios decorrentes de eleições. Compete-lhe, assim, garantir à cidadania a liberdade de escolha de seus representantes, preservando a isonomia entre os candidatos, garantindo-lhes igualdade de meios ou paridade de armas na conquista do voto. A sua principal função, naturalmente, está em afastar do procedimento democrático a utilização abusiva do poder econômico ou político (ou, ainda, do poder dos meios de comunicação).

Atualmente, as atenções nacionais têm se voltado aos aspectos relacionados à idoneidade moral dos representantes eleitos. Muitas discussões e debates têm sido colocados a respeito da legitimidade das escolhas políticas dos cidadãos. Nessa senda, uma visão perfeccionista de legislação tem sido aceita, principalmente a partir das discussões em torno da denominada Lei “Ficha-Limpa”. Nesse contexto, são firmados alguns limites às escolhas eleitorais da cidadania.

Também é comum estender-se a discussão acerca da validade do pleito a um período bem posterior à eleição e isto pode se dar em decorrência de pelo menos dois fatores. O

primeiro, é que algumas ações eleitorais (o Recurso Contra Expedição de Diploma³² e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo) têm o *dies a quo* de seu ajuizamento contado da diplomação dos eleitos. O segundo, é que a Justiça Eleitoral às vezes retarda o julgamento de ações propostas no decorrer das campanhas para bem depois das eleições, chegando, em alguns casos, a julgar impugnações de registros de candidatos bem depois da eleição, com os eleitos diplomados, empossados e tendo exercido vasto período do mandato.

No primeiro caso, das ações ajuizadas após a proclamação dos eleitos, o que tem ocorrido é que o candidato derrotado nas urnas (ou o partido ou a coligação) ou o Ministério Público judicializam o resultado do pleito a partir de fatos alegadamente ocorridos durante a campanha eleitoral que, mercê de sua gravidade, apresentam-se como aptos a comprometer o resultado do pleito. Assim, a discussão acerca de escolhas políticas deixa de ser da vontade das urnas, passando à vontade do Poder Judiciário, e passando o resultado do pleito a depender de uma decisão (às vezes autocrática) judicial, quer seja para “homologar” o resultado das urnas ou para proferir um novo, diferente daquele expressado pelo colégio eleitoral.

Contudo, é de se ponderar os riscos de que, com uma legislação tão perfeccionista, a democracia brasileira acabe por sofrer os efeitos reversos: se o objetivo é servir ao contínuo processo de construção democrática, uma intervenção tão acentuada e tão ativista não acabaria por comprometer a vontade livre e própria do eleitor, a qual se quer tutelar? É preciso ter em conta sempre que, a rigor, no processo eleitoral, quem deve decidir por último é o próprio cidadão eleitor e a interferência do Judiciário nessa escolha deve ser a exceção e não a regra.

2.2.2 Cassações de Mandato Eletivo: desprestígio da vontade do eleitor ou restabelecimento da verdadeira soberania popular?

Diante das diversas e ilegítimas formas de influenciar a vontade do eleitor e interferir no resultado das eleições, tais como o abuso do poder econômico e político, a corrupção e a fraude, imprescindível se faz que dotemos a democracia e as suas instituições dos mecanismos legais aptos ao seu enfrentamento. Mas o judiciário eleitoral precisa manejá-los

³² A despeito do nome, o Recurso contra Expedição de Diploma possui natureza jurídica de ação autônoma de impugnação de Diploma expedido pela Justiça Eleitoral (e não recurso), tendo por causa de pedir a inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato, ou a concessão de diploma nas hipóteses de votação viciada por falsidade, fraude, coação, abuso de poder econômico desvio de poder de autoridade ou captação irregular de sufrágio (Código Eleitoral, art. 262). BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

no sentido de garantir e preservar efetivamente a vontade das urnas, evitando cair tão frequentemente na tentação de se considerar melhor preparada que o eleitor, tutelando-o a ponto de lhe retirar, totalmente, a responsabilidade sobre suas decisões ou sobre a qualidade do processo de escolha dos seus representantes e, portanto, da sua representação.

Cabe à Justiça Eleitoral processar e julgar o abuso de poder político, econômico ou de autoridade e punir os responsáveis, inclusive com a cassação do mandato eletivo de quem o praticou ou dele se beneficiou. Com efeito, desde a edição da Lei nº 7.493/86, restou estabelecido que a diplomação do candidato não impede a perda do mandato (art. 23), quando a sua eleição for, comprovadamente, decorrência de abuso de poder político ou econômico.

Hoje, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo tem fundamento constitucional (art. 14, § 10 e 11) e é a ação eleitoral com maior potencial protetivo da legitimidade, da lisura e da normalidade do pleito. Seu objetivo é impugnar o mandato eletivo, cassando o diploma do eleito que o alcançou mediante o abuso do poder econômico, a corrupção e a fraude. Como ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha,

A Democracia, como regime político que realiza em sua essência e em sua excelência o princípio da liberdade e a garantia da libertação como experiência transcendente do homem na aventura da vivência com os outros, não pode sobreviver ou se efetivar com um conjunto de normas desapegadas da Moral construída e respeitada pela sociedade.³³

O fenômeno das cassações de mandatos eletivos e as formas como a legislação de regência vem sendo interpretada, notadamente quanto ao que se refere às causas de pedir da AIME, serão objeto de estudos mais aprofundados, inclusive mediante análise de casos concretos, na próxima seção deste trabalho. Mas é preciso ressaltar, de antemão, duas posições. Parte da doutrina considera as cassações como enfraquecimento da democracia, nos termos em que compromete a importância do voto. Nessa corrente, figura, entre outros, Adriano Soares da Costa.³⁴ Outra parte significativa da doutrina considera que as cassações em matéria eleitoral não ocorrem em desprestígio da soberania popular. Ao contrário, consideram-nas como o restabelecimento de uma verdadeira

³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 181.

³⁴ COSTA, Adriano Soares da. Inelegibilidade cominada por rejeição das contas: a criatividade judicial por meio da edição de Resoluções do TSE. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 342.

[...] soberania popular, violada toda vez que a eleição se der mediante a prática de abusos capazes de inverter a própria vontade popular. Quem se elege mediante captação ilícita de sufrágio, para citar uma hipótese, deve ser afastado, pois se presume que a eleição foi viciada exatamente pela ‘cabala eleitoral’. Aí é só com a cassação que se revela e restabelece a soberania popular.³⁵

Obviamente, não há aqui qualquer dificuldade em se admitir, desde logo, que a prática de abusos, de qualquer natureza, ofende a vontade popular e deslegitima a eleição dos que deles se beneficiaram e que tal situação deve ser revertida na arena judicial. O problema das cassações de mandatos, no entanto, é mais problemático. A questão é a forma como a Justiça Eleitoral tem conduzido esses processos, sem uniformidade, sem padrão decisório e sem observar uma série de garantias constitucionais, cuja inobservância pode comprometer e compromete indevidamente a soberania da vontade das urnas. E é nesse ponto que se devem fazer algumas ressalvas ao modo como a Justiça Eleitoral tem conduzido a questão da cassação de mandatos, bem como a mesma tem manejado o seu poder regulamentar.

Nas palavras de Adriano Soares da Costa, “há um crescente recrudescimento da jurisprudência, empenhada na obtenção de resultados de efeitos rápidos, com o máximo de efetividade, ainda que para isso a segurança jurídica seja abolida ou secundária.”³⁶

Adiante, nos lugares próprios, será aprofundada um pouco mais a questão, sobretudo com o estudo de casos paradigmáticos do direito processual eleitoral brasileiro. Mas, de todo modo, tem-se percebido, cada vez mais claramente, o fenômeno da judicialização das eleições. Este, talvez, seja o aspecto mais importante do problema para este trabalho. A disputa eleitoral tem se estendido, em um grande número de casos, e por todo o Brasil, ao âmbito dos tribunais: é o que Adriano Soares da Costa chama de “terceiro turno” das eleições.³⁷

Dessa maneira é que o resultado das eleições tem ficado para a Justiça Eleitoral decidir. São questões que envolvem abusos de poder econômico pelo candidato eleito, o qual se manifesta das mais variadas formas, que vão desde a compra de votos com a entrega de

³⁵ PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Eficácia imediata das decisões em direito eleitoral. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 247.

³⁶ COSTA, Adriano Soares da. Inelegibilidade cominada por rejeição das contas: a criatividade judicial por meio da edição de Resoluções do TSE. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 320.

³⁷ Id. *Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno*. [S.l.], 26 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.adrianosoaresdacosta.blogspot.com>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

dinheiro ao eleitor à distribuição de outros benefícios que com ele (o poder econômico) se entrelaçam para conspurcar a vontade do eleitor.

Tal fenômeno se verifica, é certo, em diversos países, mas encontra terreno fértil, sobretudo, “em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro”.³⁸ Mas essa ainda é uma questão bastante controversa. Em casos extremos, uma prova testemunhal da compra de um único voto pode ser responsável pela desconsideração total da vontade popular manifestada nas urnas.³⁹

Há, ainda, os casos em que a cassação de mandato eletivo resulta na posse do segundo colocado no pleito eleitoral e não na convocação de novas eleições. Não parece claro, em casos desse tipo, se a opção do legislador, estabelecida no vetusto Código Eleitoral⁴⁰, pode ser considerada a democraticamente mais adequada. Com efeito, a convocação de novas eleições (suplementares) só ocorre quando a nulidade dos votos recai sobre mais da metade do eleitorado, ou seja, quando o candidato cujo mandato foi cassado obtivera mais da metade dos votos, se as eleições forem majoritárias, e exatamente por isso. Nas eleições proporcionais, não se verifica o mesmo problema, posto que, observadas certas condições, assume o suplente do mesmo partido ou coligação.

A dificuldade é saber se a judicialização, ao convocar a Justiça Eleitoral para responder sobre hipóteses de perda de mandato eletivo, tem apresentado respostas que favoreçam o jogo democrático. Como leciona Desiree Salgado,

O afastamento imediato de candidatos ao pleito ou de mandatários, que ainda passarão pelo crivo popular ou que obtiveram o apoio da população, deve ser feito com muita cautela, sob pena de esvaziar a disputa eleitoral. Corre-se o risco, ainda, de afastar o cidadão do debate eleitoral, a partir de uma excessiva tutela ou de uma desconsideração total de suas escolhas.⁴¹

Outro aspecto que se coloca é que os próprios candidatos têm utilizado o “terceiro turno” da disputa eleitoral como estratégia de manutenção de poder político. De fato, o

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate “positivismo (neo)constitucionalismo.” In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 265-320.

³⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 3. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

⁴⁰ Código Eleitoral, Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias. BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

⁴¹ SALGADO, op. cit., p. 113-114.

ativismo judicial costumava se impor quando em defesa de grupos minoritários desfavorecidos do processo político, minorias marginalizadas que de outra forma dificilmente teriam seus reclamos considerados na arena política.

Mas o que tem ocorrido ultimamente é que certos grupos, ao não conseguirem êxito nas urnas, ou seja, junto à cidadania, buscam na Justiça Eleitoral uma nova oportunidade, como uma prorrogação do jogo, promovendo uma espécie de terceiro turno no jogo eleitoral. Dessa forma, como reflete Gilberto Amado, revela-se o “pouco respeito que se tem pelo voto”.⁴²

Talvez, então, a judicialização das eleições, por apresentar contornos tão problemáticos, deva ser vista com zelo extremado, evitando-se inovações e mudanças bruscas no entendimento do judiciário eleitoral, principalmente depois do processo haver sido inaugurado.

2.2.3 A “Autenticidade” do Voto: a verdade eleitoral ou a “mentirosa urna”⁴³?

De qualquer maneira, há que se admitir que o Direito Eleitoral brasileiro está em um particular momento. Mesmo diante da multicitada instabilidade, há um crescente interesse pela matéria. A sociedade tem se mobilizado contra os abusos nas eleições, e a Justiça Eleitoral tem tentado responder por seu papel no combate aos ilícitos eleitorais.⁴⁴ Há um claro compromisso de equivalência entre voto e representatividade a ser cumprido:

A pureza e a legitimidade do sistema somente estarão garantidas se for possível assegurar que o mandato popular representativo – elemento básico da democracia representativa – será outorgado apenas aos legítimos representantes do povo, isto é, àqueles que lograram obter, através do pleito eleitoral, o mandato popular de forma legal e legítima, sem desvios, abusos ou fraudes que tenham ou possam ter viciado a vontade popular.⁴⁵

A Constituição Federal garante a proteção da normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, § 9º). Mas essa é uma cláusula de abrangência muito maior: decorre da própria expressão dos Princípios Democrático e Republicano, no sentido de que não basta a existência

⁴² “O vencido nas urnas não se considera vencido e trata por todos os meios de disputar ao vencedor as vantagens da vitória. Daí a luta do reconhecimento de poderes”. AMADO, Gilberto. *Eleição e representação: curso de direito político*. Brasília, Senado Federal, 1999. p. 44.

⁴³ Expressão utilizada por Walter Costa Porto como título de obra publicada pela Ed. Martins Fontes.

⁴⁴ PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Eficácia imediata das decisões em direito eleitoral. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 243.

⁴⁵ OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. *Abuso de poder nas eleições: a inefetividade da ação de investigação judicial eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 18.

de eleições para escolha de representantes, é preciso, antes de tudo, que se assegure ao cidadão o direito de escolha livre e independente de seus candidatos, de modo a não ser submetido à coação ou ao abuso de poder, ou qualquer outra forma de vício ao processo democrático, que lhe comprometa a liberdade de escolha.⁴⁶

É condição, portanto, da própria democracia representativa a ocorrência de um processo eleitoral que conduza aos cargos políticos aqueles que realmente o povo quer ver como seu representante. Nesse imperativo, o Poder Público tem um importante papel a cumprir, como reflete Clèmerson Merlin Clève:

Ora, no mundo de hoje, o homem necessita preocupar-se com o Estado. Também deve precaver-se contra os grupos, porque, em face deles, mais uma vez a liberdade corre perigo. É preciso limitar o Estado, mas é preciso verificar que nem ele, nem a sociedade correspondem às imagens oferecidas pelos séculos XVIII e XIX. Reivindica-se, agora, a atuação do Poder Público para quebrar o domínio dos grupos e corporações.⁴⁷

Conforme assinalou o Ministro Néri da Silveira, o abuso do poder econômico e do poder de autoridade constituem captação ilegítima de eleitores, verdadeiro aliciamento, pois lhes conspurca a consciência, comprometendo irremediavelmente a sua liberdade de sufrágio, além de desprestigiar o princípio da igualdade e o equilíbrio que deve haver entre os partidos políticos e os candidatos na competição legítima pela conquista do voto livre e soberano do cidadão. Prossegue para acrescentar que:

Obter o sufrágio do cidadão, tratando-o como simples produto de mercado, sujeito à oferta pessoal mais compensadora, em moeda ou serviços, economicamente mensuráveis, à míngua da persuasão por via de ideias ou da enunciação de programas; realizar a campanha eleitoral, com a utilização de formas de propaganda, vedadas em lei ou fora dos limites nela previstos, onde se fazem evidentes a ostentação de poder econômico ou abuso de poder de autoridade, eis duas faces do mesmo instrumento, igualmente atentatórias à lisura dos pleitos eleitorais, pela captação ilegítima de sufrágios, ferindo os valores da liberdade e da igualdade que informam a essência da ordem democrática.⁴⁸

No mesmo sentido, Antônio Carlos Mendes pontua que

⁴⁶ Nessa discussão, é sempre importante a participação do Ministério Público. Vera Maria Nunes Michels explica por que o Ministério Público possui uma posição de vanguarda contra os abusos de poder em seu MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral*, de acordo com a Lei nº 9.504/97. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 83.

⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43.

⁴⁸ SILVEIRA, Néri da. *Aspectos do processo eleitoral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 91-94.

[...] por abuso de poder econômico e desvio de poder entende-se que se está diante de comportamentos ilícitos de partidos, coligações, candidatos, eleitores ou de autoridades utilizando-se dinheiro, bens e serviços, públicos ou privados, interferindo nas eleições no intuito de anularem a igualdade de chances entre os protagonistas do procedimento eleitoral, implicando a anormalidade e a ilegitimidade nos pleitos.⁴⁹

O abuso de poder (econômico, político) é capaz de influir na lisura do processo democrático comprometendo a normalidade das eleições e corrompendo o exercício de um dos direitos mais fundamentais do cidadão brasileiro: o direito ao voto. E, dessa forma, compromete o próprio exercício de cidadania.⁵⁰

O voto é direito político fundamental, tomado como expressão da soberania popular. No Direito Constitucional brasileiro consta do catálogo dos princípios fundamentais, inserido na Constituição Federal como desdobramento do Princípio Republicano, a partir da ideia de eleição de representantes do povo e do Princípio Democrático, que caracteriza o Estado Democrático de Direito (art. 14, § 1º, I e II). Com efeito, o direito de voto é protegido de forma expressa como limite material ao poder de reforma na Constituição brasileira (art. 60, § 4º, II).

Mas quando se fala em exercício de cidadania é preciso fazer algumas distinções conceituais. A noção de cidadania faz referência ao brasileiro que esteja no gozo de seus direitos políticos, ou seja, que tenha capacidade para votar e aptidão para ser votado.

Isso é importante em relação à questão sobre o exercício dos direitos políticos, no sentido de que todo cidadão brasileiro deve, necessariamente, ser um nacional brasileiro, mas nem todo brasileiro poderá ter a qualidade de cidadão, como, por exemplo, os menores de dezesseis anos. Há, ainda, aqueles que possuem direito ao voto, mas sem direito de serem votados, como os analfabetos, os maiores de dezesseis e menores de dezoito e os demais que não perfazem o rol de condições de elegibilidade ou são inelegíveis. Ressalte-se que a dimensão de cidadania que aqui interessa especialmente é aquela que se relaciona ao exercício de fiscalização e controle dos atos do Poder Público. Esse é um direito exclusivo dos cidadãos.

No mesmo sentido, o Direito Constitucional brasileiro caracteriza o princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de

⁴⁹ MENDES, Antônio Carlos. Aspectos da ação de impugnação de mandato eletivo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 339.

⁵⁰ Além disso, “a lisura do processo eleitoral é um bem jurídico-constitucional que ultrapassa o círculo de interesses dos atores que participam diretamente no pleito, uma vez que a integridade da habilitação para o exercício da função representativa é assunto que diz respeito, indistintamente, a todos os sujeitos constitucionais.” PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 161.

representantes eleitos ou diretamente nas situações que especifica. O princípio da soberania popular relaciona-se ao conceito de democracia participativa.⁵¹

Democracia participativa refere-se ao princípio da participação popular, sem excluir, nesses termos, a própria ideia de democracia representativa. A participação de que trata o princípio é pessoal e direta, dos cidadãos, no exercício de fiscalização e controle dos atos praticados pelo governo⁵².

A própria Constituição Federal estabelece formas de participação direta da cidadania no exercício do poder político, como o plebiscito e o referendo (Art. 14, caput, I e II): formas positivadas de exercício da soberania popular.⁵³ São, em linhas gerais, mecanismos de consultas ao povo, para que discuta e decida sobre matérias de reconhecida relevância constitucional ou legislativa. Ocorrem, ainda, instrumentos que unem elementos de democracia direta com os de democracia representativa, como é o caso da iniciativa popular.

A Constituição garante ao povo apresentar projetos de lei ao Poder Legislativo, desde que verificados determinados requisitos (previstos no art. 14, III) e subscritos por determinado número de eleitores brasileiros.⁵⁴ O projeto de lei que deu origem à LC nº 135/2010, mais conhecido como Lei da Ficha Limpa, que alterou a LC nº 64/90, é um dos exemplos mais conhecidos de projeto de iniciativa popular na realidade constitucional brasileira.

Não obstante, a democracia é um sistema sobremaneira complexo, no qual convivem ao mesmo tempo institutos de participação direta do cidadão e instrumentos representativos, mas que, embora essa coexistência seja desejada, teoricamente, essa harmonia é muito difícil de se realizar na prática, conforme aponta Rodolfo Pereira, para quem, a despeito da doutrina, majoritariamente concordar com o fracasso dos modelos representativos puros e admitir a participação como uma característica inescapável do sistema político, “a definição dos espaços, momentos e modos de interação entre ambos os princípios representa, ainda, desafio de grande envergadura.”⁵⁵

⁵¹ Referência geral sobre o tema, para aprofundamento: BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa* (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.

⁵² A expressão governo é aqui trabalhada em sentido amplo, como expressão do Poder Público, ou seja, como um conjunto de órgãos que exercem o poder político do Estado. Com isso, não se faz referência apenas à tradicional tripartição dos Poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, mas compreende-se nesse conceito um conjunto de agentes políticos que também exercem funções do poder político, como, por exemplo, os Tribunais de Contas dos Estados.

⁵³ A Lei nº 9.709/98 foi criada para regulamentar as formas dispostas pelo art. 14 da Constituição (plebiscito, referendo e iniciativa popular).

⁵⁴ É preciso que o projeto de lei seja subscrito por pelo menos um por cento do eleitorado nacional, compreendidos entre cinco estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles.

⁵⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 136.

2.3 Qual é o Problema? os juízes e a política

A Justiça Eleitoral vem, já há algum tempo, assumindo o papel de protagonista no processo eleitoral. O fenômeno se dá a um ponto que hoje ninguém, nem eleitor, nem partidos, nem candidatos consideram o pleito decidido e o processo eleitoral encerrado antes que a Justiça Eleitoral se manifeste de forma definitiva sobre ele, seja para alterar ou confirmar o resultado, produzindo uma espécie de homologação da verdade expressada nas urnas pelo colégio eleitoral.

2.3.1 (Im)previsibilidade das Decisões da Justiça Eleitoral

No nosso modelo de controle das eleições, muitas questões referentes à regularidade do pleito podem ser deliberadas após o seu resultado e, nessa onda, candidatos (ou partidos/coligações) vencidos nas urnas têm judicializado a disputa e descolocado o resultado das mãos do povo para as mãos de juízes eleitorais, estabelecendo uma espécie de segundo ou terceiro turno eleitoral nos tribunais, o que pode ser identificado como um certo desrespeito à soberania popular, notadamente se os desvios que conspurcaram o pleito não foram denunciados à Justiça Eleitoral no decorrer da campanha.

Mas tal fato, diz também com a insegurança que o atual modelo de atuação da Justiça Eleitoral tem adotado, onde não há uma clareza nas regras, e nem respeito aos próprios precedentes. Desde *Marbury vs. Madison*, quando surgiu na doutrina estadunidense o *judicial review*, o Judiciário vem sendo alvo de sérios questionamentos. É o que a doutrina passou a denominar de “dificuldade contramajoritária”. No Brasil, em grande medida, as críticas que o Poder Judiciário costuma receber pelo exercício de revisão judicial, têm recaído com especial destinação à Justiça Eleitoral, em sua forma de regular e fiscalizar o processo de escolha dos que exercerão mandatos eletivos.

A crítica que se faz é: por que um Juiz ou um pequeno grupo de juízes não eleitos podem fazer prevalecer seu entendimento sobre a representação política legitimamente constituída pelo voto popular?

De fato, em matéria eleitoral, este questionamento é ainda mais claro, sendo que, muitas vezes, a discussão tem se apresentando como um desacordo entre Justiça Eleitoral e soberania popular. E isto ocorre quando o TSE, no exercício de uma “autoatribuída” função regulamentar, inova no arcabouço legal para introduzir novas regras, ou mesmo quando afere a validade de uma lei originada no Poder Legislativo. Fato da espécie ocorreu, por exemplo,

quando o TSE manifestou-se sobre a Lei da Ficha Limpa, examinando a sua aplicabilidade ou não, e a partir de quando promoveu uma espécie significativa de inovação no campo eleitoral. Outro exemplo ainda mais emblemático: a Resolução-TSE nº 22.610, de 25.10.2007, alterada pela Resolução-TSE nº 22.733, de 11.3.2008, que disciplina o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária.

Nesse contexto, é preciso considerar-se que as críticas sugerem que, quando a Justiça Eleitoral se manifesta, tanto na aplicação das regras eleitorais como no julgamento dos demais desacordos de natureza eleitoral, com base em seus próprios regulamentos e resoluções, está, nesses termos, usurpando a competência própria das arenas legislativas.

Desse modo, é preciso estar-se atentos à possibilidade de esse modelo de regulação do processo eleitoral assumido pelo Tribunal Superior Eleitoral no Brasil não ser a resposta mais adequada às eventuais falhas e vícios próprios do processo político.

2.3.2 A Questão da Legitimidade em Pierre Rosanvallon

Quando se pensa em legitimidade democrática, naturalmente se pensa, num primeiro momento, na legitimidade que deriva das eleições. Esta seria algo que Rosanvallon chama de “legitimidade de constituição”, que assegura legitimidade a um poder por, a rigor, expressar a “vontade geral” da sociedade.⁵⁶

Todavia, assinala Rosanvallon, as eleições costumam nunca ser unânimes e são sempre parciais. Por isso, o que se expressa pela maioria seria uma legitimidade instrumental, algo como uma legitimidade política, mas não filosófica por sua integralidade.⁵⁷ Com efeito, a regra da maioria vai resultar sempre numa aproximação, um instrumental, que sempre colocou a legitimidade eleitoral em discussão, demandando um algo a mais de legitimidade.

O que se tem notado é que a legitimidade tem se estabelecido mais entre grandes lideranças, vale dizer, grandes figuras morais, personalidades.⁵⁸ Em muitos casos, não são partidos ou grupos sociais que têm canalizado as atenções dos eleitores, mas grandes figuras particulares. E isso tem mudado a forma como se percebe a legitimidade democrática.

Precisamente, três novos elementos têm contribuído para uma nova configuração da legitimidade democrática contemporânea.⁵⁹ Pode-se perceber, primeiramente, que os arranjos

⁵⁶ “La elección consagra la legitimidad de un poder”. ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2010. p. 151-152.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 152.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 152-153.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 153-155.

institucionais das democracias contemporâneas têm mudado. O modelo tripartite de separação de poderes não parece mais suficiente, ou ao menos não pode mais ser percebido tão claramente. Novos atores têm surgido, vale dizer, novas instâncias de decisão ou de governo foram postas como forma de melhorar o desempenho das instituições democráticas.

Um segundo elemento Rosanvallon define como legitimidade de ação. Nesse entendimento, quando os governos tomam boas medidas, isso parece lhe conferir maior legitimidade. Apesar disso, o que se tem percebido é que, atualmente, parece importar não apenas a natureza das decisões, mas a forma como se tomam as decisões. Pode-se pensar, por exemplo, o caso da judicialização da política no Brasil, cujo conceito se estudará mais no decorrer deste trabalho.⁶⁰

Muitas questões importantes, talvez aquelas mais representativas para a comunidade, têm ficado para as cortes brasileiras decidirem. Certamente a deliberação de determinados casos no Parlamento pode acarretar um ônus político muito grande aos parlamentares, que podem perder os votos ou prestígio em determinados segmentos da sociedade mercê das escolhas políticas assumidas. Mas isso só explicaria parte do problema.

Quando o Poder Legislativo toma alguma decisão, os próprios parlamentares têm judicializado a questão, de modo que a decisão tomada na arena majoritária parece não gozar do mesmo prestígio da decisão do Supremo Tribunal Federal. Significa dizer que, quando o STF se manifesta, essa decisão é aceita com certa tranquilidade, enquanto que, quando o Congresso Nacional se posiciona, em um grande número de casos, essa decisão parece ser mais difícil de pacificar a questão posta para deliberação.

Esse problema envolve o terceiro elemento de legitimidade. Percebe-se que muitos atores têm se apresentado como legítimos para deliberar publicamente determinados assuntos que envolvam a comunidade. Podem-se citar, especialmente, além dos representantes, os juízes e tribunais, as associações de diversos tipos. Todos reivindicam alguma forma de legitimidade e isso tem gerado conflitos e discussões sobre quem, realmente, detém a legitimidade de ação, para usar o termo de Rosanvallon.

Mas talvez a legitimidade tenha que ser de alguma forma compartilhada.⁶¹ O que se percebe é que a evolução da democracia envolve (e deve envolver mesmo) uma pluralidade

⁶⁰ Pode-se pensar que os tribunais, sobretudo as cortes constitucionais, que frequentemente decidem algumas das principais questões de uma comunidade, têm desempenhado um papel deliberativo que, de alguma forma, produz efeitos semelhantes aos dos procedimentos adotados nos contextos de democracia direta.

⁶¹ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2010. p. 155.

de formas: formas de representação, formas de legitimidade. Pode-se pensar, com Rosanvallon, que isto mostra um conflito, sim, mas que este pode ser produtivo.

As democracias contemporâneas, mesmo submetidas ao permanente questionamento, ou ao permanente conflito, podem enriquecer-se com esse processo. O conflito de legitimidade e representação parece ser muito produtivo e deve contribuir fundamentalmente para a construção de uma democracia mais profunda.⁶²

O que se pode pensar aqui, com Rosanvallon, acerca do que tem legitimado essa atuação tão ativista da Justiça Eleitoral – que inova e altera o sistema jurídico não só através da aplicação de regras, mas, também, e principalmente, editando normas no exercício de um controverso poder regulamentar, para negar ou cassar registros de candidatos, diplomas de eleitos, mandatos, anular eleições, fixar a composição de Câmaras Municipais (o notório Caso de Mira Estrelas, das eleições 2004), editar regras para distribuição de cadeiras na Câmara Federal e nas Assembleias Legislativas –, talvez seja o fato de se estar chegando de um período em que as eleições se realizavam “a bico de pena”, as chamadas eleições “do bicório”, quando não se tinha regra nenhuma. Aliás, as únicas regras eram as ditadas pelo (ab)uso do poder econômico.

Atualmente, além de o controle das eleições estar realmente maior, de haver regras que são aplicadas indistintamente e todos estarem sujeitos às mesmas “dores e delícias” do sistema jurídico eleitoral, a despeito de aqui e ali surgirem acusações de que a Justiça Eleitoral é tendenciosa e pende, sempre, em favor dos partidos ou grupos hegemônicos, o que se percebe é que há uma crescente onda de confiança do povo na Justiça Eleitoral e que esta tem se legitimado com um desempenho pautado na imparcialidade. Com efeito, pesquisas que avaliam os índices de confiança dos brasileiros em suas instituições indicam que a Justiça Eleitoral é positivamente avaliada, com o maior índice de confiança do país⁶³, embora uma breve análise revele que as questões submetidas à opinião pública com o intuito de avaliar o desempenho da mesma se reportem, quase que exclusivamente, às suas funções administrativas e não às jurisdicionais, que lhe são típicas.

⁶² ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2010. p. 158-159.

⁶³ Dentre estas, cite-se a realizada pelo Instituto Sensus, após as eleições 2010, que revela que 73% dos eleitores entrevistados confiam na Justiça Eleitoral. CAMPANHA de esclarecimento do TSE eleições 2010. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/pesquisa-instituto-sensus-sobre-a-justica-eleitoral>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

Mas há outros fatores, os quais dizem diretamente com os ritos processuais eleitorais em si, dentre os quais se menciona a celeridade processual⁶⁴, da exiguidade dos prazos⁶⁵, além das questões estruturais como os grandes investimentos em tecnologias⁶⁶ e de um corpo técnico especializado, apto a responder com agilidade e segurança às questões relacionadas, por exemplo, com o alistamento eleitoral e outros atos típicos da função administrativa da Justiça Eleitoral, reveladores de uma organização que faz com que o cidadão que se dirige à Justiça Eleitoral obtenha uma resposta rápida e eficiente, levando-o, na linha do que defende Rosanvallon, a reconhecer a legitimidade na Justiça Eleitoral e a aceitar certas decisões, mesmo que essas lhe impactem negativamente. É que, conforme a doutrina de Rosanvallon, a Justiça Eleitoral teria se capitalizado, em termos procedimentais, de legitimidade para as decisões que naturalmente provocariam dissenso na sociedade.

Mas, interessa a este estudo verificar se esse modelo brasileiro, no qual a Justiça Eleitoral cuida com exclusividade do processo eleitoral em todas as suas fases, examinando, ainda, se no desempenho dessa complexa tarefa, tem se utilizado de forma efetiva dos instrumentos de controle previstos no nosso sistema eleitoral, garantindo a legitimidade da representação política e da democracia brasileira no seu aspecto procedimental.

E, nesta quadra, para se realizar uma discussão sobre como a Justiça Eleitoral tem se desincumbido do seu papel de garantidora da lisura das eleições, é fundamental se pensar a igualdade de oportunidades entre os sujeitos que participam da competição eleitoral, incluindo dentre estes o eleitor, a quem devem ser dirigidas todas as garantias possíveis para que a sua escolha se dê com liberdade, livre de quaisquer influências do abuso do poder econômico,

⁶⁴ Há uma grande concentração dos atos no processo eleitoral. Além disso, citem-se outros procedimentos, como o comparecimento das testemunhas por iniciativa das partes que as tiver arrolado, a oitiva das mesmas em uma sentada só (LC 64/90, art. 5º, *caput* e § 1º), irrecorribilidade das decisões interlocutórias, dentre outros, que têm por objetivo dar cumprimento ao Calendário Eleitoral, fixado por Resolução do TSE, tendo em vista a data das eleições. Também os feitos eleitorais têm prioridade sobre os demais na participação do Ministério Público e na dos Juízes de todas as instâncias, salvo os processos de *habeas corpus* e mandado de segurança, conforme Lei nº 4.410/64.

⁶⁵ No processo eleitoral, os prazos além de exíguos, são peremptórios e contínuos, correndo em Secretaria ou Cartório. A partir do encerramento da data para pedido de registro de candidatura, não se suspendem aos sábados, domingos e feriados, passando a Justiça Eleitoral a funcionar em regime de plantão, conforme determina o art. 16 da LC 64/90. Além disso, as decisões que apreciam registros de candidaturas são publicadas na própria sessão de julgamento, quando é o caso. Ademais, Os feitos eleitorais têm prioridade sobre os demais na participação do Ministério Público e na dos Juízes de todas as instâncias, salvo os processos de *habeas corpus* e mandado de segurança, conforme Lei nº 4.410/64.

⁶⁶ A urna eletrônica é um exemplo do que aqui se afirma, pois, além de receber os votos, os totaliza e apura, acelerando o processo de proclamação dos resultados das eleições e diminuindo, em tese, as possibilidades de fraudes. Embora não tendo sido bem aceita em outras democracias, a votação eletrônica, no Brasil, apesar de todas as fragilidades que lhe são apontadas por especialistas, não se comprovou qualquer grave fraude a partir da sua utilização no processo eleitoral brasileiro.

político ou dos meios de comunicação, dentre outros igualmente capazes de comprometer a qualidade da representação e da democracia brasileira.

3 O CONTROLE DAS ELEIÇÕES⁶⁷

Nós não podemos continuar a falar de democracia no plano puramente formal. Isto é, que existam eleições, um parlamento, leis etc. Pode haver um funcionamento democrático das instituições de um país, mas eu falo de um problema muito mais importante, que é o problema do poder. E o poder, mesmo que seja uma trivialidade dizê-lo, não está nas instituições que elegemos. O poder está noutra lugar. José Saramago⁶⁸.

No Brasil, o resultado das eleições têm ficado cada vez mais para que a Justiça Eleitoral diga a última palavra. São inúmeros mandatos e diplomas cassados e milhares de votos anulados, em decorrência de práticas que envolvem abusos de poder econômico, político e outros igualmente graves, praticadas pelos mais variados meios, como a compra de votos através da entrega de dinheiro ou outras vantagens, distribuição de outros benefícios que, entrelaçados como o poder econômico, conspurcam a vontade do eleitor e deslegitimam o processo de escolha. Mas a apuração desses fatos, que se dão no decorrer do pleito, quase sempre só se dá depois do candidato eleito, empossado e diplomado, o que demonstra, *prima facie*, um certo fracasso no sistema de controle e fiscalização dos pleitos.

3.1 O Abuso de Poder e a Crise da Representação

Numa discussão sobre o controle das eleições, é fundamental se pensar em mecanismos garantidores da igualdade de oportunidade entre os sujeitos que participam da competição eleitoral. E é isto que está na base de uma concepção do que se deve entender por eleições livres.⁶⁹ Uma disputa que não esteja comprometida com a igualdade de oportunidades entre os candidatos, partidos e coligações, pode ser percebida pela população como uma competição de cartas marcadas, podendo comprometer, inclusive, a legitimidade geral do sistema eleitoral.

⁶⁷ Algumas ideias iniciais deste capítulo foram apresentadas no Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação, publicação do XXII Encontro Nacional do CONPEDI. Muitas análises foram aprofundadas e construídas a partir daquela discussão; outras incorporadas. COELHO, Margarete de Castro. A representação política e os ideais democráticos de participação e soberania popular. *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação*. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 22., São Paulo, 2013. *Anais...* São Paulo, 2013.

⁶⁸ SARAMAGO, José. *Lancelot*. [S.l.], 1997.

⁶⁹ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 3.

3.1.1 A Necessidade de Igualdade de Oportunidades nas Competições Políticas

É preciso fazer uma distinção entre a influência do poder econômico e o seu abuso. O problema é o abuso de poder. Para Eneida Desiree Salgado, a questão da influência do poder econômico ainda não é matéria afastada na legislação eleitoral brasileira. O abuso de poder, no entanto, compromete a legitimidade da disputa na medida em que gera influências indevidas à representação.⁷⁰ O abuso de poder (econômico, sobretudo) conduz, nessa medida, a desvios de representação, de modo a comprometer a vontade do eleitor. Anota Cármen Lúcia Antunes Rocha:

As mudanças havidas no processo político brasileiro – que da década de 50 até a de 90 passou por ciclos de transformação continuada e que movimentou não apenas a condição dos eleitores (de maioria rural para a maioria urbana), mas a forma de sua atuação – não modificaram um dado extremamente grave da realidade eleitoral não apenas nacional, mas encontrada em outros países do mundo: a ganância pelo poder conduz a desvios na representação tanto quanto se não dificultem, embaracem, freiem as fraudes e os logros na vontade do eleitor.⁷¹

As palavras de Cármen Lúcia reforçam duas questões importantes. Primeiro, que o abuso de poder econômico compromete a representação. Segundo, que entre as décadas de 1950 e 1990 houve uma profunda transformação no eleitorado brasileiro, que passa de uma maioria rural para uma maioria urbana. Isso reflete numa condição diferente de abuso de poder: embora o abuso de poder econômico sempre esteja presente na história brasileira (mas não só), o “eleitor urbano era muito menos vulnerável ao aliciamento e à coerção.”⁷²

No entanto, se ressaltou, o abuso de poder é uma situação ainda (sempre) presente na história brasileira. Mudaram-se as formas, mas a representação política encontra-se tão ameaçada como na primeira fase da República Velha, como observa Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A educação política e a maturidade democrática ajudaram, indubitavelmente, a que se saísse dos [sic] *encabrestamento* político a que a primeira fase da República Brasileira assistiu. Não nos enganemos, porém. O capanga do coronel tem o seu paralelo moderno no cabo eleitoral, hoje tendente a ser eletrônico. Não é menos nocivo que aquele, conquanto o cabresto da

⁷⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 3. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 278.

⁷¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 389.

⁷² CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 147.

informação dirigida e manietada seja mais sutil, mas continue a fazer tão mal agora quanto o fizera antes. Mais traiçoeira agora pelas dimensões dos interesses econômicos postos em jogo nos cargos políticos, a representação democrática do cidadão encontra-se tão ameaçada quanto o estivera antes.⁷³

Desde há muito, tanto a doutrina como a jurisprudência alertam que somente é possível conformar corretamente a vontade popular quando os candidatos gozam de liberdade na hora de apresentar suas candidaturas e se expressar perante os eleitores. E os cidadãos devem desfrutar da mesma autonomia na hora de selecionar a alternativa política que mais lhe satisfizer e emitir seu voto. Portanto, a lei deve garantir que todos, candidatos e eleitores, se encontrem em igual posição, sem criar situações de privilégio.⁷⁴

Comumente, quando se reflete sobre o controle de eleições, se pensa em meios capazes de garantir o que se passou a denominar de paridade de armas, o que consistiria em garantir-se igualdade de oportunidade entre os sujeitos da competição eleitoral: candidatos e os partidos políticos/coligações, mas também os eleitores, pois o que está na base de tal concepção é a garantia de eleições livres. Importa dizer que uma disputa cujas regras não estejam seriamente comprometidas com tais garantias poderia ser percebida pelo colégio de eleitores como uma competição de cartas marcadas, o que comprometeria a legitimidade não só da eleição, mas de todo o sistema eleitoral.

Dessa forma, apenas um processo eleitoral confiável, transparente, com instrumentos de controle eficientes, é capaz de desincumbir-se adequadamente de sua missão legitimadora do poder. A igualdade de chances, como pressuposto de eleições justas, se reflete em legitimidade para exercício do poder político, daí porque, no nosso modelo de democracia constitucional, não há que se falar em representação sem essa base de legitimidade. Conforme leciona José Jairo Gomes, no “regime democrático de direito é impensável que o exercício do poder político, ainda que transitoriamente, não seja revestido de plena legitimidade.”⁷⁵

Por essa razão, anota Óscar de Sanchez Muñoz, para uma democracia saudável há que contribuir um eficiente sistema de controle dos processos eleitorais que ofereça meios para que se garanta, satisfatoriamente, a igualdade de oportunidades aos sujeitos que competem pelo voto da cidadania, pois a ideia de competição eleitoral é pedra fundamental nas democracias contemporâneas e, como tal, serve de corolário aos dois elementos-chave sobre

⁷³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 390.

⁷⁴ CAMPOS, Paloma Biglino. Prólogo. In: SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. XV.

⁷⁵ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 128.

os quais se sustenta todo o sistema democrático: a ideia de pluralismo e o princípio majoritário.

Pluralismo, significando coexistência pacífica no seio da sociedade, entre todos os tipos de concepções, mas sem excluir a possibilidade de conflito, de desacordo – tão somente a negação do outro –, sem a exclusão de quem pensa de modo diverso. Segundo o autor, transmitindo-se tal compreensão ao jogo político, tem-se que o pluralismo político pressupõe que todas as ideias gozam de uma validade *a priori*. E, em assim sendo, em casos de conflito, que ideias devem prevalecer? Assim, se é inviável pensar-se num consenso material acerca das mais diversas questões públicas, ou das variadas ideias de governo em uma comunidade, é possível estabelecer-se uma espécie de consenso material, segundo o qual todos concordariam quanto ao método para se resolver os (inevitáveis) conflitos democráticos. Assim, nesse contexto, no qual as mais variadas ideias são igualmente válidas, quando o conflito se estabelece, o desacordo se resolve com uma decisão da maioria. Nesse caso, instalado o conflito, devem prevalecer aquelas ideias compartilhadas pelo maior número de membros da comunidade.⁷⁶

Nessa medida, o sistema eleitoral decorre da necessidade de se estabelecer um procedimento para designar os encarregados de exercer o poder, cuidando para que essa escolha recaia sobre pessoas que, de alguma maneira, representem as ideias políticas que prevaleceram naquela comunidade, a fim de que sejam reconhecidas como seus legítimos representantes. E esse quadro se completa com a exigência de periodicidade no exercício do poder, de modo que os eleitores possam revisar, frequentemente, suas decisões e, se for o caso, substituir seus governantes.

E é a esta moldura que Sánchez Muñoz chama de modelo concorrencial de democracia, próprio dos estados constitucionais na atualidade. No entanto, reconhece, uma teoria democrática do Estado constitucional atual não pode ser uma teoria meramente procedimental. Pensar assim seria mitigar o verdadeiro sentido e alcance desse conjunto de instituições orientadas a proporcionar legitimidade ao poder político. Com efeito, ainda com Muñoz, a legitimidade democrática demanda um controle sobre os governantes, no qual haja uma participação material do povo na tomada de decisões, ainda que esta participação seja muito limitada e suscetível às influências dos meios de comunicação. Pressupõe mudanças das políticas ou das pessoas que as executam. Pressupõe, ainda, um certo consenso, não somente procedimental, mas valorativo, de modo que as instituições democráticas que se

⁷⁶ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 17-18.

orientam pela garantia da legitimidade ao poder incorporem também elementos substantivos que estejam comprometidos com a defesa da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, assevera:

Em um modelo de democracia concorrencial, no qual o acesso ao poder depende de uma concertação entre organizações políticas, a eleição somente será autêntica – e do mesmo modo o poder só será legítimo –, se as diversas organizações que competem pelo apoio eleitoral dos cidadãos o fazem dentro de um marco de igualdade de oportunidades. Isto é, o cumprimento desse princípio constitui, nesse sentido, um elemento chave para a saúde e a estabilidade dos sistemas democráticos.⁷⁷

A conclusão a que se chegou na maioria dos sistemas democráticos é de que a participação dos cidadãos na vida política, com possibilidade de uma livre formação de opinião, há que se garantir, “*pari passu*”, a liberdade de atuação e a igualdade de oportunidades entre os competidores. A eleição se expressa através do voto, mas o voto em si pode não ser a expressão de uma autêntica eleição. Em uma democracia, o direito de sufrágio não consiste apenas em um direito de votar, mas também como pressuposto prévio, em um direito a eleger e a fazê-lo em liberdade.⁷⁸

É, portanto, fundamental que a Justiça Eleitoral assegure a igualdade entre os candidatos. Essa exigência é própria de nosso modelo de democracia constitucional. Importa dizer que garantir a integridade do escrutínio é garantir a integridade de nossa ordem constitucional. No mesmo sentido de Óscar Sánchez Muñoz, Lauro Barreto sustenta que a igualdade de oportunidades entre os candidatos é condição para a lisura do escrutínio eleitoral e, da mesma forma, a livre formação da vontade do eleitor.⁷⁹

E quando a igualdade de oportunidades resta comprometida por qualquer dos meios aptos a deslustrar a sua legitimidade, na medida em que influencia a vontade do eleitor por meios espúrios, o que se espera é que a legislação eleitoral seja capaz de, através de mecanismos adequados, proteger os candidatos e partidos prejudicados, assegurando-lhes que participem da disputa pelo exercício dos cargos públicos em condições de igualdade, garantindo, em certa medida, também a liberdade dos eleitores objetivamente considerada.

Nessa quadra, Óscar Sánchez Muñoz, entende que a legislação eleitoral deve pensar não o eleitor livre e autodeterminado, mas preocupar-se, sobretudo, com “a realidade crua do eleitor manipulável”. Assim, “*la legislación electoral no puede tomar como punto de*

⁷⁷ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 23. (Tradução livre).

⁷⁸ *Ibid.*, p. 37.

⁷⁹ BARRETO, Lauro. *Escrúpulo e poder: o abuso de poder nas eleições brasileiras*. Bauru: Edipro, 1995. p. 11.

referencia el ideal de hombre libre y autodeterminado, sino que debe basarse en la cruda realidad del elector manipulable”.⁸⁰

Para Clémerson Merlin Clève, a legislação eleitoral não pode falhar, senão falharia o próprio procedimento legitimador da representação política. Em suas palavras,

O direito eleitoral, experiência jurídica recente na humanidade, não é outra coisa senão a regulação do método ou procedimento democrático de legitimação do poder político. Falhando o direito eleitoral, falha o procedimento legitimador. Esmorecem os canais de comunicação entre a ação do Estado e a vontade popular, aparecem as ‘crises políticas’. Bem elaborado o direito eleitoral e suas instituições, serão mais estreitas as distâncias que separam o poder da massa de cidadãos.⁸¹

Mas não é só. A lisura de um pleito não pode assegurar a moralidade da representação. Há sempre a possibilidade de o representante desconsiderar as premissas dos votos que recebeu. Dessa forma, abusos que comprometem a vontade do eleitor são apenas um aspecto do problema. Apesar disso, é possível acreditar que, quanto mais se garante a qualidade dos processos de escolhas eleitorais, menores as chances de distorções da representação política.

Por essa razão, é preciso insistir que a garantia da lisura do processo eleitoral, na medida em que a vontade do eleitor possa se traduzir, efetivamente, nos resultados das eleições, é um pressuposto (de legitimidade) do modelo de democracia representativa. No mesmo sentido, entendem Carlos Mário da Silva Velloso e Walber Moura Agra:

[...] uma das condições da democracia, das mais importantes, é a “a existência de um mecanismo apto a receber e transmitir”, com fidelidade, a vontade do povo, o que “implica antes de mais nada um processo eleitoral impermeável à fraude e à corrupção”. Um processo eleitoral que conduza aos postos de mando aqueles que realmente o povo quer, aqueles que, na verdade, o povo deseja que mandem em seu nome, é condição da democracia representativa.⁸²

Por essas condições, muitos ministros do Tribunal Superior Eleitoral entende(ra)m a Justiça Eleitoral como um órgão que se identifica com a construção democrática brasileira, tendo grande parte de sua legitimidade atribuída a isso. Em maio de 2004, o então Presidente daquela Corte, Ministro Sepúlveda Pertence, assegurava que

⁸⁰ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 58.

⁸¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 83.

⁸² VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber M. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

A difusão do modelo de judicialização da administração eleitoral e os avanços da tecnologia das eleições resultaram em maior confiabilidade e nitidez formal dos pleitos eleitorais. Mas é da tarefa terminantemente inacabada de construir a democracia, que cada conquista a comemorar é, simultaneamente, a abertura de novos desafios bem maiores e complexidades. E esses desafios muito têm a ver com o desalento, com o crescente desalento democrático na experiência que agora as estatísticas estão a demonstrar.⁸³

No mesmo sentido, Ayres Britto, quando na presidência do TSE, assegurava que o “tribunal da soberania popular é o TSE, é o que mais zela por ela”.⁸⁴ Equivale dizer que sempre foi tarefa da Justiça Eleitoral o combate a corrupções e fraudes e ela tem construído instrumentos e renovado esforços para a garantia da lisura das eleições. No entanto, a sociedade muda, bem como o perfil de eleitor e candidato, e novas tecnologias e novas dinâmicas se impõem, de modo que a Justiça Eleitoral enfrenta o desafio permanente de se renovar para combater os diversos (e novos) tipos de fraudes e vícios eleitorais. Os desafios são permanentes.

Mais adiante, se falará do desprestígio das instituições políticas (majoritárias) e do desencanto com a própria política. No entanto, dois elementos se contrapõem a isso. Por um lado, elementos de participação direta têm sido considerados como aprofundamento da democracia, além de conferir maior legitimidade ao fazer político e estimular o envolvimento da cidadania nas questões políticas. E por outro lado, a Justiça Eleitoral, no meio disso tudo, mantém um alto nível de legitimidade, não verificado entre as outras instituições ligadas à arena política.

As instituições eleitorais em vigor no Brasil são um caso de sucesso. Este é o diagnóstico de Jairo Nicolau, que, em pesquisa bastante reveladora sobre a história das eleições no país, sustenta que “o Brasil tem uma das mais duradouras experiências com eleições no mundo, iniciada há 190 anos.”⁸⁵ E que, nesse sentido, talvez “resida nas instituições eleitorais adotadas recentemente um fator fundamental para explicar a alta estabilidade política vivida pelo Brasil.”⁸⁶

⁸³ Discurso proferido em 20/05/2004. SEPÚLVEDA Pertence defende financiamento público de campanha. Brasília, DF, 21 maio 2004. Disponível em: <<http://agencia.tse.jus.br/sadAdmAgencia/noticia/Search.do?acao=get&id=13146>>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁸⁴ Carlos Ayres Britto, ministro do STF e presidente do TSE desde maio de 2008, em entrevista. TSE ainda julga casos das eleições municipais de 2004. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 07 abr. 2008.

⁸⁵ NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 07.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 137.

Por essas e outras razões é que a Justiça Eleitoral brasileira é vista com muita legitimidade pelos cidadãos.⁸⁷ É um modelo que funciona. É célere. É bem aparelhada. Nessa linha, a Justiça Eleitoral representaria uma garantia democrática do Estado de Direito.⁸⁸

3.1.2 O Desencanto com a Representação Política

A crise de representatividade é um tema sempre presente no debate público brasileiro. Sempre se discute a necessidade de uma reforma política e, mais recentemente, está na pauta de julgamentos do Supremo Tribunal Federal (e na pauta deliberativa do Congresso Nacional) o problema do financiamento de campanhas eleitorais.⁸⁹

Um problema da crise de representatividade bastante frequente se relaciona à falta de identidade entre representantes e representado. Bernard Manin situa o problema nos seguintes termos: “o que estão atualmente em declínio são as relações de identificação entre representantes e representados e a determinação da política pública por parte do eleitorado”.⁹⁰

Além disso, muitos autores consideram que o princípio representativo não é mais suficiente por si só. Por isso, muitos estudos têm considerado instrumentos de participação

⁸⁷ Pesquisas de opinião pública, realizadas ao longo dos anos, algumas por encomenda do próprio TSE, e por diversos institutos, têm colocado a Justiça Eleitoral sempre com altíssimo grau de credibilidade. Dentre estas, cite-se a realizada pelo Instituto Nexus, cujos resultados foram divulgados em 15.01.09, segundo a qual é a Justiça Eleitoral a instituição das mais confiáveis do Brasil. Dos dois mil (2000) entrevistados, residentes em 26 Estados, setenta e três por cento (73%) disseram confiar total ou parcialmente na Justiça Eleitoral e a avaliaram como ótima ou boa. “Outra que merece ser mencionada é consulta realizada em 2005, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, segundo a qual 64,8% dos entrevistados avaliaram como boa ou muito boa a agilidade da Justiça Eleitoral (contra 9,9% do Judiciário como um todo), e 53,4% consideram boa ou muito boa a sua imparcialidade.” A mais recente: Dentre estas, cite-se a realizada pelo Instituto Sensus, após as eleições 2010, que revela que 73% dos eleitores entrevistados confiam na Justiça Eleitoral. CAMPANHA de esclarecimento do TSE eleições 2010. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/pesquisa-instituto-sensus-sobre-a-justica-eleitoral>>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁸⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Justiça eleitoral e representação democrática. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 378.

⁸⁹ A discussão sobre o financiamento de campanhas e sua relação com o abuso de poder econômico também já tem bastante tempo. O Ministro Sepúlveda Pertence já se manifestava como sendo um ponto central para o avanço da democracia brasileira. Em suas palavras: “A urbanização desenfreada de nossos países, somada aos saltos da tecnologia e da comunicação de massas, resultou na multiplicação estratosférica do custo da política democrática, seja na organização e na manutenção dos partidos políticos, seja, sobretudo, no financiamento das campanhas eleitorais. [...] Esses problemas, do financiamento e da disciplina da propaganda da campanha eleitoral, são temas centrais, cuja solução condiciona qualquer tentativa séria de converter a democracia formal que alcançamos numa democracia real.”⁸⁹ (Discurso proferido em 20/05/2004, quando na condição de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral). SEPÚLVEDA Pertence defende financiamento público de campanha. Brasília, DF, 21 maio 2004. Disponível em: <<http://agencia.tse.jus.br/sadAdmAgencia/noticia/Search.do?acao=get&id=13146>>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁹⁰ MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 10, n. 29, p. 5-34, out. 1995.

direta como um aprimoramento do modelo democrático.⁹¹ Nessa perspectiva, o princípio participativo estaria na base do sistema político. A esse respeito, Rodolfo Viana Pereira pontua alguns elementos:

Os novos movimentos sociais – e as associações civis em particular, qualquer que seja a sua denominação – são vetores da democracia participativa, eis que contribuem para disseminar espaços políticos alternativos através da sensibilização da opinião pública e da pressão sobre as esferas decisórias em torno de determinados assuntos em destaque na agenda política, bem como facilitam uma oportunidade viável e de baixo custo para todos aqueles que pretendem romper a esfera da intimidade e agir em prol do interesse público, através da agregação de interesses e da capitalização coletiva de recursos, motivações e estratégias atuacionais.⁹²

A questão é que não se trata de substituir o sistema representativo pelo sistema participativo (e esse ponto será retomado ao final do capítulo), mas de entender que a relação entre esses princípios pode ser muito produtiva. Isso é particularmente correto quando se pensa o processo eleitoral. O primeiro efeito é pensar a cidadania de modo mais amplo, ou seja, pensar vias de participação nos ensina que a cidadania não se resume ao ato de votar. No mesmo sentido, o exercício de controle da própria representação se verifica como um importante exercício legitimador do mandato, e de alguma forma aproxima a cidadania de sua representação.⁹³

Numa democracia, todos estão sujeitos a alguma espécie de controle, sobretudo os grandes funcionários. A democracia exige um tipo particular de relação entre o Estado e a cidadania, de modo que todos os cidadãos, incluindo os altos funcionários, estão sujeitos a uma prestação de contas que se costuma chamar de *accountability*.⁹⁴ Esses são alguns

⁹¹ Um exemplo bastante interessante está em: GODOY, Miguel Gualano de. A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas. *Co-herencia* - Revista de Humanidades, Colombia, v. 14, p. 63-91, 2011. Do mesmo modo: MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁹² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 135-136.

⁹³ Nesse sentido, o direito de participar, ou o direito de participação, pode ser tomado numa perspectiva mais ampla. Participação não é o direito dos direitos. É muito mais que isso. Essa crítica está posta muito fortemente em WALDRON, Jeremy. Participation: the right of the rights. *Proceedings of The Aristotelian Society, New Series*, [S.l.], v. 98, p. 307-337, 1998.

⁹⁴ Tradução nossa. No original: “Democracy is not only a (polyarchival) political regime but also a particular mode of relationship between state and citizens, and among citizens themselves, under a kind of rule of law that, in addition to political citizenship, upholds civil citizenship and a full network of accountability.... All agents, public and private, including the highest placed officials of the regime, are subject to appropriate, legally established controls of the lawfulness of their acts.” O’DONNELL, Guillermo. Polyarchies and the (Un)Rule of law in Latin America. In: MENDEZ, J. E.; O’DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. (Ed.). *The (Un)Rule of law and the Underprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1999. p. 318-321.

elementos que serão delineados ao longo de todo o capítulo e exigem transcender o modelo tradicional de democracia eleitoral.

3.1.3 Para Além da Democracia Eleitoral: uma nova concepção de cidadania

Nesse ponto, colocar-se-ão três elementos importantes: o aprofundamento do estudo da crise de representatividade (sobretudo a partir de Rosanvallon); a nova configuração de cidadania (que não se contenta mais apenas com as eleições); e os elementos de democracia direta, que podem contribuir para o aprimoramento democrático e o (re)encanto com o fazer político.

Segundo Paloma Biglino, a noção de democracia representativa nunca foi pacífica. O debate entre os que defendem um modelo de democracia direta e aqueles que defendem um modelo de democracia representativa desde muito tempo segue em aberto.⁹⁵ Apesar disso, a maioria das democracias (quase que exclusivamente) possuem uma forma representativa.⁹⁶

No entanto, ainda que o debate siga aberto, esse desacordo tem perdido força, em comparação com a vivacidade das últimas décadas. Isso porque o fenômeno da globalização e o surgimento das novas tecnologias têm feito com que essa discussão fique em um plano secundário. O voto eletrônico e o voto dos imigrantes são alguns exemplos de questões que têm tomado maior atenção do debate.⁹⁷

Paloma Biglino remete ao trabalho de Óscar Sánchez Muñoz, que sugere como ponto de partida para o debate atual que aceitemos o caráter eminentemente representativo de nossa democracia, mas de um modo crítico, e que, da mesma forma, se reconheça o caráter secundário das diversas outras formas de participação política.⁹⁸ Nesse sentido, mais que procurar alternativas à representação, pode ser interessante pensar alguns dos elementos que a estruturam e, dessa forma, adaptá-la às novas necessidades.⁹⁹

Não obstante, apesar de atualmente o ideal democrático não ter encontrado rivais, por toda parte, os regimes democráticos têm sido questionados tanto na análise da democracia quanto na concepção de sociedade e sua forma de coexistir.¹⁰⁰

⁹⁵ CAMPOS, Paloma Biglino. Prólogo. In: SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. XIII.

⁹⁶ Ibid., p. XIV.

⁹⁷ Ibid., p. XIV.

⁹⁸ Ibid., p. XIV.

⁹⁹ Ibid., p. XIV.

¹⁰⁰ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2010. p. 21.

Com efeito, Pierre Rosanvallon, cientista político francês, identifica um certo sentimento de incompletude na democracia, o qual se revela mesmo onde se poderia considerá-la bem consolidada e não apenas onde ainda está timidamente concebida, incipiente ou mesmo caricatural. Tal realidade se apresenta, no seu entendimento, de várias formas: fenômenos de retração que ilustram o problema da abstenção ou da não inscrição nas listas eleitorais, acentuação da divisão ou distanciamento entre o povo e as elites, gerando uma sensação de abandono social, só para citar alguns.

Estariam, assim, as democracias tisonadas pelas marcas da decepção, do desencantamento, produzindo um fenômeno que Rosavallon classifica como mal-estar democrático (*malaise dans la démocratie*), que jaz na base dessa denominada “sociedade da desconfiança”, na qual vivemos e convivemos atualmente.¹⁰¹

O jogo democrático envolve a relação entre a expressão das maiorias e a expressão das minorias. A ideia lançada desde os finais do século XVIII, no sentido de que o povo seria a única fonte legítima de poder – que o exerceria por intermédio de seus representantes ungidos em sufrágio popular – se impôs “com a força da evidência.”¹⁰² De fato, quem ousaria contestar ou sequer refletir sobre a legitimidade de um poder que se origina a partir da vontade de todos?

Ocorre que, com a percepção da impossibilidade de se alcançar o ideal de unanimidade, estabeleceu-se a regra da maioria como forma de escolha capaz de atender à expressão da vontade geral de que fala Rousseau. Assim, o fato de que o voto da maioria estabeleceria a legitimidade de um poder também foi universalmente admitido como um procedimento que se identificava com a própria essência do fazer democrático, passando a ser silenciosamente adotado como uma espécie de necessidade prática em todas as constituições democráticas.

Por muito tempo, o fazer democrático se confundia com o momento eleitoral¹⁰³. Assim, a vontade geral parecia se expressar unicamente no momento do voto e irradiar-se por toda a extensão do mandato. No entanto, esse entendimento partia de pressupostos frágeis, como se houvesse uma identidade entre a opção eleitoral e a vontade geral, ou entre os

¹⁰¹ No Brasil, é importante mencionar o trabalho de José Álvaro Moisés, que tem se dedicado a investigar a confiança ou a desconfiança dos cidadãos nas instituições democráticas. Nesse sentido, ver MOISÉS, José Álvaro. Cidadania, confiança e instituições democráticas. *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v. 65, p. 71-94, 2005.

¹⁰² ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona, Espanha: Ediciones Paidós Ibérica, 2010. p. 21 (tradução nossa).

¹⁰³ “O direito de voto, antiga e nobre conquista da evolução política inglesa e da Revolução Francesa, tem sido considerado como a participação política por excelência”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 19.

eleitores e o próprio povo¹⁰⁴, ou como se a eleição fosse uma espécie de outorga contínua, uma espécie de legitimação antecipada em relação aos futuros atos políticos adotados pelo representante. Assim, a parte valia pelo todo e o momento eleitoral valia pela duração do mandato: esses os dois pressupostos – classificados por Rosanvallon como “ficções fundadoras da democracia” –, sobre os quais se assentava a legitimidade de um regime democrático.¹⁰⁵

Naturalmente, tais pressupostos não mais se sustentam¹⁰⁶. O povo não é mais visto como um corpo homogêneo, singular, mas como uma soma de individualidades, uma pluralidade. A própria ideia de minoria ganhou uma nova dimensão. Se o povo é visto como um conjunto de múltiplas expressões sociais, então as minorias tornam-se protagonistas, não se concebem mais no singular. O povo é a própria expressão das minorias.

Com efeito, leciona Rosanvallon:

A minoria deixou de ser a ‘parte pequena’(que deve ceder frente a uma ‘parte grande’): se tornou uma das múltiplas expressões fragmentadas da totalidade social. A sociedade se manifesta, a partir de então, sob a forma de uma vasta conjugação das condições minoritárias. A partir de então, ‘povo’ é também o plural de ‘minoria’.¹⁰⁷

Entretanto, a prova eleitoral detém, sobretudo, um caráter que permite encerrar as controvérsias, diante da inviabilidade de se discutir a materialidade da cifra majoritária, além do que a força da eleição legitima-se no seu reconhecimento como uma forma de igualdade radical, que possibilita o direito de todos de se apresentarem diante das urnas. Assim, se seus resultados dividem, o seu procedimento, ao contrário, unifica, realizando, dessa forma, o que Rosanvallon denominou legitimidade procedimental.

Mas, dentre todas as tarefas, cabe também à democracia dar vida, concomitantemente, a duas exigências: organizar periodicamente o processo de escolha entre pessoas e programas fortemente diferenciados, por um lado, e a implantação de instituições que garantam o interesse geral, postos acima dessas diferenças, por outro. Portanto, a democracia como regime reclama o exercício pleno da oposição entre os partidos políticos, viabiliza o processo

¹⁰⁴ Não se pode ignorar que o resultado das urnas expressa a vontade popular. Mas não se pode supor que esta expressão se aproxime do ideal de unanimidade, ou melhor, da vontade geral.

¹⁰⁵ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona, Espanha: Ediciones Paidós Ibérica, 2010. (tradução nossa).

¹⁰⁶ Para aprofundar essa discussão e a mitologia em torno da representação política, ver SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, v. 1, p. 25-40, 2012.

¹⁰⁷ ROSANVALLON, op. cit. (tradução nossa).

de escolha e organiza o fato de que um partido triunfe frente aos demais. Nesse giro, adverte Rosanvallon:

La democracia es un régimen pluralista que implica la aceptación de la divergencia de intereses y opiniones, y organiza la competencia electoral sobre esa base. Institucionaliza el conflicto y su regulación. Por eso, no existe democracia sin que se efectúen opciones tajantes para resolver los diferendos.¹⁰⁸

De fato, apesar dessa configuração pluralista, um problema que se coloca, e o Brasil certamente é um bom exemplo disso, é que o eleitor/cidadão não tem percebido uma real diferenciação entre os candidatos, posto que a ele não parecem se apresentar *alternativas reais de escolha*, como ressalta Jose Luiz Bolzan de Moraes:

[...] se estabelece um estereótipo de desdiferenciação de propostas, de desidentificação de candidaturas etc., conduzindo o cidadão a um processo de apatia política diante da percepção da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes – as eleições, uma vez ausente qualquer competição eleitoral efetiva ou, por outro lado, em razão do descrédito em relação à política como instrumento capaz de responder adequadamente aos interesses sociais, ou, ainda, pela desconfiança relativamente à política e seus atores como ambiente e sujeitos *acima de qualquer suspeita...*¹⁰⁹

Esse fenômeno identificado por Bolzan de Moraes, tal como tem se apresentado, não se mostra apenas durante o processo, no momento da eleição, da escolha dos representantes, quando não é possível identificar-se quem é liberal, democrata, progressista etc., mas também durante o exercício dos mandatos. Com efeito, principalmente nos chamados governos de coalizão ou naqueles constituídos a partir do patrocínio de grandes coligações partidárias (como no caso do Brasil), é impossível o eleitor/cidadão identificar qualquer ideologia partidária ou conteúdo programático nas políticas públicas levadas a efeito.¹¹⁰

Mas se o cidadão tem desconfiado da forma tradicional da política, é certo que a cidadania tem procurado outros espaços deliberativos. Com Miguel Godoy, pode-se chamar

¹⁰⁸ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona, Espanha: Ediciones Paidós Ibérica, 2010. p. 36.

¹⁰⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 71-72.

¹¹⁰ Nesse sentido, Oscar Sanchez Muñoz: “[...] ¿Hay que preguntarse seriamente por qué, cuando observamos, por ejemplo, la Comisión Europea, no somos capaces de distinguir quiénes son socialdemócratas, quién son liberales, o quiénes son democristianos...? ¿por qué el proyecto europeo está regido desde el principio de los tiempos por el mismo gobierno de coalición y da igual a quien votemos en nuestros respectivos países o en las mismas elecciones europeas, por que las políticas van a seguir siendo las mismas? COELHO, Margarete C. *Facebook*. Mensagem enviada por Oscar Sanchez Muñoz. Disponível em: <<http://www.facebook.com/oscar.sanchezmunoz.5/posts/10200475163952039>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

atenção para projetos e práticas menores, porém efetivos, que consistem em reunir cidadãos, poucos ou muitos, para deliberações públicas organizadas de maneira autoconsciente nos chamados minipúblicos, para usar o termo de Archon Fung.¹¹¹

Portanto, novos espaços têm se configurado para a tomada de decisão a partir de uma rearticulação da cidadania em pequenos espaços, como ONGs e associações diversas¹¹². São novos contornos de uma democracia mais participativa, e naturalmente de maior legitimidade:

As fórmulas da chamada *democracia participativa* talvez se constituam como alternativas possíveis de rearticulação de espaços públicos que se apresentem como uma fonte de autoridade cuja legitimidade ultrapasse até mesmo os esquemas procedimentais característicos da democracia representativa.¹¹³

Nos últimos anos, a participação popular passou a ser percebida como um mecanismo para controle e efetividade dos programas de governo. Os estudos acerca da representação não têm se restringido ao governo representativo. Novos espaços e novos atores têm se colocado e vocalizado os interesses sociais, promovendo o próprio aperfeiçoamento do processo democrático, logrando alcançar decisões mais democráticas e plurais.¹¹⁴ De outro lado, supera-se a ideia de que os representantes teriam competência exclusiva¹¹⁵ para promover as decisões políticas¹¹⁶. Nesse sentido, argumenta Debora Rezende de Almeida:

A pluralização de atores e espaços, responsáveis por ampliar as oportunidades de representação de temas, grupos, ideias e pessoas/grupos no mundo contemporâneo, vem sendo apontada como um dos caminhos para aperfeiçoar a representatividade das decisões políticas. As experiências participativas/representativas são variadas, envolvendo atores distintos da sociedade civil – *experts*, movimentos e organizações sociais, grupos de

¹¹¹ “Esses minipúblicos podem funcionar de diversas maneiras: reuniões (regionais, municipais etc.), associações, grupos reformistas etc. Os minipúblicos são importantes porque eles representam, atualmente, os esforços construtivos mais promissores para o engajamento cívico e a deliberação pública na política contemporânea”. GODOY, Miguel Gualano de. A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas. *Coherencia - Revista de Humanidades*, Colombia, v. 14, p. 79-80, 2011.

¹¹² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 72.

¹¹³ *Ibid.*, p. 73.

¹¹⁴ Sobre a legitimidade democrática desses novos atores, ver “O novo contexto demanda uma interpretação diferenciada sobre a legitimidade democrática desses atores, na medida em que estão exercendo representação política”. AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil, instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 3, p. 443-464, 2007.

¹¹⁵ “O que essas experiências práticas de discussão e decisão coletivas mostram é que, de fato, é possível estabelecer um processo democrático-deliberativo e, por vezes, um processo democrático direto, sem representação ou intermediações. São experiências, práticas, de minipúblicos, que têm influência direta sobre planejamentos e políticas públicas”. GODOY, op. cit., p. 88.

¹¹⁶ No Brasil, se destaca o trabalho de AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the public space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

interesses, ativistas, organizações não-governamentais, mídia, grupos identitários, etc – em espaços formais e informais e de dimensão local, nacional e/ou global¹¹⁷.

O que tem mudado fundamentalmente é que, quando esses novos atores, sejam pessoas ou organizações, colocam-se no debate público, estão a representar não um pequeno grupo de pessoas particulares, mas um discurso sobre direitos ou temas que compreendem as vozes das próprias minorias. Portanto, não se fala em nome de pessoas, mas de direitos, de lutas por reconhecimento e inclusão social.

Desse modo, se um grande número de discursos está colocado e as minorias percebem-se representadas por essas vozes, esses grupos reconhecem-se até mesmo nas tensões envolvidas em cada matéria. Mais do que isso, sentem que a legitimidade desses discursos não pressupõe que cada um esteja envolvido diretamente. Essa nova forma de se entender a representação configura, de fato, um novo contorno de legitimidade deliberativa.¹¹⁸

Outro aspecto importante a se considerar é que o contexto de surgimento desses novos atores (e novos direitos) envolve ainda uma mudança da arena onde se resolvem os conflitos sociais. Isso porque o fenômeno da judicialização da política¹¹⁹ acabou por colocar o campo judicial como legítimo para responder às demandas sociais até então entendidas como naturais da zona política.¹²⁰ Nesse entendimento, os conflitos sociais agora se traduzem em questões jurídicas, e não somente judiciais.

O primeiro grande tema submetido à discussão e ao questionamento na história da democracia eleitoral-representativa “é o papel dos corpos intermediários – ou seja, as associações – e o papel das interfaces – interfaces políticas, ou seja, os partidos”¹²¹. Nessa senda, sustenta Rosanvallon, desde o século XVIII, e de forma relativamente contínua até hoje, duas ideias acerca dos partidos como corpos intermediários na política têm se destacado.

¹¹⁷ ALMEIDA, Débora Rezende de. (Des)igualdade e representação política: velho debate, novas teorias. In: SIMPÓSIO NACIONAL SOBRE DEMOCRACIA E DESIGUALDADES, Brasília, 2012. *Anais ...* Brasília, DF, 2012. p. 5.

¹¹⁸ MENDONÇA, Ricardo. Democracia discursiva: contribuições e dilemas de uma abordagem deliberativa. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 7., 2010, Recife. *Anais...* Recife: Associação Brasileira de Ciência Política, 2010.

¹¹⁹ Esse tema merece uma atenção especial no trabalho e será melhor desenvolvido no capítulo seguinte, sobretudo considerando o aspecto eleitoral da questão.

¹²⁰ O surgimento do fenômeno da judicialização da política será aprofundado no capítulo seguinte. Por ora, remete-se o autor à obra de WERNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Interessa discutir como as demandas têm sido colocadas na seara judicial e como isso tem resolvido os problemas de legitimidade política.

¹²¹ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2010. (tradução nossa).

De um lado, se teoriza e se defende uma espécie de democracia imediata, sob cuja perspectiva os partidos não desempenhariam, efetivamente, nenhum papel e a vontade geral expressar-se-ia – ao menos seria de se esperar que assim o fosse, de forma espontânea. Rousseau, apontado por vários como o grande teórico da democracia imediata, considerava os partidos como uma ameaça constante de comprometimento da vontade geral, posto que, segundo seu entendimento, apenas sem meios intermediários se poderia falar em manifestação verdadeiramente particular.

De outro lado, se defende uma concepção da democracia que o autor intitula “plural-reflexiva”, segundo a qual o papel dos corpos intermediários não seria apenas o de garantidores da pluralidade como modalidade de expressão das liberdades, desempenhando uma função específica, de ordem cognitiva, potencialmente capaz de melhorar, de algum modo, as condições da representação, podendo ir além das possibilidades oferecidas pela democracia imediata.¹²²

O segundo grande tema posto à reflexão, conforme se anunciou, está na própria definição da palavra “democracia”, hoje vista com sentido similar no mundo inteiro, mas que, por muito tempo, teve conceito tormentoso, de difícil aceitação.

Nesse ponto, os estudos de Rosanvallon apontam uma primeira definição de democracia à qual denomina “constitucional-liberal”, e que tem em Locke seu grande teórico. Consiste em uma forma de organização destinada a garantir as liberdades individuais e a própria autonomia dos cidadãos.¹²³ Com efeito, “se a emancipação dá ao indivíduo a possibilidade de ser independente, de ser autônomo, então a democracia é o regime que organiza essa independência, que assegura essa autonomia.”¹²⁴ Uma segunda definição classifica a democracia não somente como liberdade ou autonomia, mas como poder social. Aqui se destacam as lições de Rousseau, possibilitando se pensar a democracia como forma de organização do poder na sociedade, ou da sociedade. A ideia é compreender como a sociedade se institui coletivamente para além do simples modelo de garantia das liberdades individuais.

A partir de tais conceitos é possível identificar-se, claramente, uma tensão histórica, e que se reproduz até os dias atuais, entre os dois modelos: de um lado, uma democracia

¹²² Essa é uma discussão antiga, mas que tem se colocado frequentemente nos debates das recentes democracias da América Latina.

¹²³ É o que sustentaram as teses de Madison e Hamilton nos famosos artigos federalistas, no debate estadunidense. Ver MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Apresentação: Isaac Kramnick; Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

¹²⁴ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2010. p. 149. (tradução nossa).

monista, polarizada, imediata, e, de outro, uma democracia mais plural e mais reflexiva – que, por vezes, caminham juntas, mas que, em um grande número de oportunidades, podem se comprometer mutuamente.¹²⁵

A terceira concepção de democracia, identificada por Rosavallon como “democracia-social” e que tem Tocqueville como seu grande filósofo, classifica-a não só como um regime político, mas também uma forma de sociedade: a sociedade da igualdade de condições, a qual pode, no entendimento do autor, ser tomada como um ideal de vida em comum, gerando ganhos reais para uma sociedade comprometida em viver um mundo onde todos possam ser considerados em igualdade.

A partir dessas três formas de se compreender a democracia, é possível perceber que esses conceitos naturalmente caminham juntos, mas se tensionam na maioria dos casos. Mas é certo que o debate está colocado nas ciências políticas e também segue até hoje de forma muito vivaz.

O terceiro grande tema do debate sobre democracia eleitoral-representativa remete à própria definição de “governo representativo”. Rosavallon sugere que, nos regimes democráticos, é natural a ideia de haver eleições para designar os responsáveis por governar e legislar em nome da coletividade.¹²⁶ Mas, é possível se distinguir três concepções de governo representativo. A primeira corrente, puramente técnica, entende a democracia direta como ideal, mas inviável em sociedades de grandes dimensões. Nesses casos, se recorreria a tecnologias políticas ou mecanismos de representação como forma de substituição da democracia direta. Por tal concepção, o governo representativo só teria um único valor: ser substituto técnico do governo direto onde e quando este não fosse possível, o que conduziria, fatalmente, à conclusão de que, portanto, o governo direto seria o melhor.

A segunda ideia, ao contrário, considera a representação uma inovação constitucional. Combina elementos antes tomados como contraditórios, vez que promove uma mescla entre princípios aristocráticos e democráticos, posto que as *eleições teriam como função dar poder a uma elite superior*.¹²⁷ Consistiria em uma forma de desfrutar as virtudes dos dois modelos. Por último, seria o governo representativo algo como um procedimento de gestão indireta, com vistas ao favorecimento da deliberação pública, promovendo um distanciamento das paixões no debate político.

¹²⁵ Envolve, novamente, o jogo entre maiorias e minorias, onde a regra da maioria pode resultar em tirania, mas também onde a liberdade ilimitada pode comprometer direitos de outros cidadãos ou a própria comunidade.

¹²⁶ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2010. p. 150.

¹²⁷ Ao mesmo tempo se pensa participação popular para escolha dos representantes, e uma forma de dar poder a uma elite da sociedade.

Tais discussões ainda estão postas nas atuais democracias. Rosanvallon alerta que o advento da *Internet* pode tentar alguns a sustentar, agora, a possibilidade de realização da democracia direta. Entretanto, advoga, é preciso perceber que se continuamos recorrendo à democracia representativa, mesmo se dispendo de meios para superar os obstáculos técnicos que impediam o exercício da democracia direta, tal se deve, naturalmente, ao fato de não ser o governo representativo apenas um substituto técnico daquela.¹²⁸

3.1.4 A Desconfiança nas Instituições Majoritárias

Pode-se aprofundar um pouco mais, no texto, a questão do desprestígio das instituições majoritárias, a partir das críticas de Bolzan sobre a crise do Estado, e como isso tem gerado um desencantamento, e a partir do desenho que José Murilo de Carvalho faz sobre a questão das promessas não realizadas por nossa Constituição (cidadã) e o desencantamento daí decorrente.

José Murilo de Carvalho expressa bem o sentimento de desconfiança que a cidadania tomou pelos atores políticos. E observa que muito se deu por conta das grandes expectativas decorrentes da promulgação da Constituição de 1988. Era um momento de muitas expectativas, vindo de um longo período de ditadura militar, em que se acreditava que muitos dos problemas sociais iriam mudar. Mais de duas décadas depois, restou um desencantamento profundo nos agentes (políticos) do sistema democrático. Em suas palavras:

No auge do entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã. [...] Havia ingenuidade no entusiasmo. Havia a crença de que a democratização das instituições traria rapidamente a felicidade nacional. Pensava-se que o fato de termos reconquistado o direito de eleger nossos prefeitos, governadores e presidente da República seria garantia de liberdade, de participação, de segurança, de desenvolvimento, de emprego, de justiça social. De liberdade, ele foi. A manifestação do pensamento é livre, a ação política e sindical é livre. De participação também. O direito do voto nunca foi tão difundido. Mas as coisas não caminharam tão bem em outras áreas. Pelo contrário. Já 15 anos passados desde o fim da ditadura, problemas centrais de nossa sociedade, como a violência urbana, o desemprego, o analfabetismo, a má qualidade da educação, a oferta inadequada dos serviços de saúde e saneamento, e as grandes desigualdades sociais e econômicas ou continuam sem solução, ou se agravam, ou, quando melhoram, é em ritmo muito lento. Em consequência, os próprios mecanismos e agentes do sistema democrático, como as eleições, os

¹²⁸ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2010. p. 151.

partidos, o Congresso, os políticos, se desgastam e perdem a confiança dos cidadãos.¹²⁹

Por trás de uma ideia de Estado, pode-se pensar duas finalidades simbólicas, que seriam saber quem decide legitimamente e com quais procedimentos, e a ideia de um viver em comunidade, onde todos os cidadãos compartilham benefícios e prejuízos. De um lado, está definido claramente como o Estado se organiza, quem decide e como, e, de outro lado, está a própria expressão da cidadania. Nessa configuração, a democracia pode ser entendida como um projeto utópico, em permanente (re)construção.¹³⁰

Nesse estudo, alguns pontos podem ser colocados a partir de um olhar sobre a tradicional forma de funcionamento do Estado: a tripartição dos poderes¹³¹. Inicialmente concebida como estratégia de desconcentração do poder, sua atual configuração pode dizer muito sobre como o Estado tem se colocado para o cumprimento das promessas do projeto constitucional.

Em outros termos, o Estado perdeu sua centralidade e exclusividade, e a clássica configuração de divisão dos poderes não faz mais o mesmo sentido¹³². Desde o surgimento do fenômeno da judicialização da política, a função jurisdicional é que toma projeção e assume o papel de protagonista. De um lado, o Estado perde centralidade quando outros órgãos, que não os três poderes, colocam-se como atores capazes de desempenhar funções estatais, como em casos de agências que concorrem tomando medidas de natureza legislativa, executiva ou jurisdicional.¹³³ De outro, o Estado mostra-se incapaz de realizar ou fazer cumprir determinadas decisões ou prestações. O Estado, nesse contexto, deixa de ser um referencial.

Mas também o Estado parece enfrentar dificuldades quando não consegue distinguir suas funções com clareza. Não se tem compreendido com exatidão, na democracia contemporânea, qual o real sentido de separação de poderes. É possível perceber um

¹²⁹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 7-8.

¹³⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50.

¹³¹ Não é o objetivo do presente trabalho aprofundar o tema da separação de poderes, tendo seus principais elementos até aqui tomados como pressuposto. Por todos, ver MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes: Montesquieu republicano e a exegese de A constituição da Inglaterra. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais ...* Fortaleza, 2010.

¹³² MORAIS, op. cit., p. 56.

¹³³ Ibid., p. 58.

Executivo que legisla, e que não deixa legislar, um Legislativo que julga e um Judiciário que legisla ou invade a competência das arenas majoritárias.¹³⁴

Nessa perspectiva, são muitos os atores que se apresentam no espaço público para tomada de decisões. Interessante notar que esses órgãos encontram sua força justamente num tipo de legitimidade democrática que não é aquela que advém da regra da maioria parlamentar ou do contramajoritarismo judicial. Talvez por isso venham ganhando cada vez mais espaço, e a ainda imprecisa nova separação dos poderes deva compreender esses novos atores, e novos espaços (minipúblicos), que talvez representem um ganho de legitimidade fundamental, não se entendendo como atores concorrenciais no sentido puramente adversarial.

3.2 Entre Representação e Participação

A democracia representativa não é uma forma de governo idêntica à democracia eleitoral. A democracia representativa não é nem aristocrática nem um substituto imperfeito para a democracia direta, mas um modo de a democracia recriar constantemente a si mesma e se aprimorar. Um grande mérito da democracia representativa é fazer-nos transcender o ato de votar.

3.2.1 Participação: o direito dos direitos?

Jeremy Waldron é um autor interessante para se pensar alguns elementos da via participativa, por identificar que o direito de participação vem sendo tido para muitos autores como o direito dos direitos. E isso parece sugerir que o direito de participação seria mais importante que outros direitos quando eventualmente estivesse em conflito com estes. Neste sentido, aponta um exemplo: no exercício do direito de participação, um grupo vota pela limitação à liberdade religiosa. E se o direito de participação é o direito dos direitos, isso seria legítimo. Mas Waldron sugere que a regra especial de participação na teoria dos direitos não é uma questão de ter prioridade moral sobre os outros direitos.¹³⁵ Em vez disso, para o autor, o direito de participação parece especialmente recomendado para situações em que existam desacordos razoáveis sobre que direitos as pessoas têm.¹³⁶

¹³⁴ Este é o cenário que Bolzan de Moraes descreve como pluralismo de ações ou pluralismo funcional. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 58.

¹³⁵ WALDRON, Jeremy. Participation: the right of the rights. *Proceedings of The Aristotelian Society, New Series*, [S.l.], v. 98, p. 307, 1998.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 307-308.

Nessa medida, Waldron questiona: o que significa ter direito à participação na elaboração das leis? Para ele, o direito de participação não deve ser colocado como um direito de onde deriva um grande número de outros direitos, mas como um mecanismo de controle e como um modo de governo sobre o próprio fazer das leis (direitos).¹³⁷

Desse modo, Waldron sustenta que o direito de participação seria algo como um direito negativo, que protege as pessoas de interferências. Mas conceitos de direito negativo e positivo, de deveres de ações e omissões não ajudam muito porque, para Waldron, essa discussão no campo dos direitos políticos é particularmente inútil. O autor insiste que o direito de voto (participação) não é uma liberdade negativa. Exige diversas ações positivas do governo e da sociedade.¹³⁸

Na linha de Waldron, o que é particularmente interessante para esse estudo é dizer que quando o direito de participação é colocado como um direito humano, passa a significar muito mais que representação política. Waldron sustenta que a participação exige não apenas ser um elemento popular no governo, mas um elemento popular que possa ser decisivo. Trata-se de uma demanda por democracia, não apenas por uma demanda de inclusão num regime de governo.¹³⁹ A questão é que, para toda a cidadania, sua voz deve ser levada em consideração não apenas no processo político, mas em qualquer outro fazer que se relacione à sua condição de portadora de direitos. É uma reivindicação de ser decisiva. Uma aspiração de igualdade que implica a universalização de seu reclamo.¹⁴⁰

Outro aspecto a se considerar é que muitas pessoas se sentem como que incomodadas por seu voto ser um em meio a milhares ou milhões de outros votos. É como se seu direito de participação atualmente não fizesse tanta diferença.¹⁴¹ Posso ser apenas uma voz entre milhões, mas a decisão social que contou com a minha participação irá afetar a vida de milhões de pessoas.¹⁴² Embora a influência de um voto individual seja pequena, os efeitos da votação de um grande número de votos individuais não é. Política é um negócio sério. Nas sociedades modernas, as decisões políticas determinam, por ação ou omissão, um grande número de questões fundamentais.¹⁴³ Jon Elster coloca a questão da participação como um mecanismo instrumental de defesa (proteção, segurança).¹⁴⁴

¹³⁷ WALDRON, Jeremy. Participation: the right of the rights. *Proceedings of The Aristotelian Society, New Series*, [S.l.], v. 98, p. 308, 1998.

¹³⁸ Ibid., p. 308-310.

¹³⁹ Ibid., p. 311-312.

¹⁴⁰ Ibid., p. 312.

¹⁴¹ Ibid., p. 313.

¹⁴² Ibid., p. 314.

¹⁴³ Ibid., p. 316.

¹⁴⁴ Ibid., p. 316.

O voto tem sido entendido e valorizado como uma forma de autoexpressão e, mais que isso, como uma forma de (se) identificar publicamente em questões de preocupações em comum.¹⁴⁵ Portanto, se tomamos o voto individual não como uma questão pequena (impotente), mas como oportunidade de expressão, isso diz mais que o resultado a ser considerado. A questão é a implicação moral do voto. Uma pessoa que se identifica na expressão de seu voto, produz um engajamento muito mais efetivo do que a força de seu único voto. O que acontece no processo político determina não apenas quais são os objetivos sociais, mas diz, também, sobre o conteúdo e a distribuição de direitos individuais.¹⁴⁶

Se as pessoas desacordam sobre a pergunta “que direitos nós temos?”, elas também vão discordar sobre quem deve dizer que direito nós temos. Alguém tem que dizer. O princípio da autoridade em contextos de votações majoritárias (na elaboração de leis) é necessário quando uma parte da sociedade pensa que os direitos exigem uma coisa e outra parte pensa que eles exigem outra coisa.¹⁴⁷ Waldron conclui que o atrativo da participação democrática consiste largamente no fato de que é um direito-base para a solução do problema dos desacordos sobre direitos.¹⁴⁸

As pessoas desacordam sobre direitos, e desacordam sobre as bases de suas razões sobre direitos. Mas isso não significa que as pessoas devam simplesmente pensar em conferir a autoridade para resolver seus desacordos àquelas pessoas e procedimentos com maior probabilidade para resolver sobre seus direitos.¹⁴⁹ Para Waldron, é preciso pensar uma teoria que rejeita direitos instrumentalistas (que pensa o direito de participação como algo instrumental) e que, em vez de se pensar como portador de direito, se pense o direito de participação como direito de resolver os desacordos sobre que direitos se têm.¹⁵⁰

3.2.2 O Que Torna a Representação Democrática?

Nadia Urbinati aborda o tema de modo interessante por investigar as condições que tornam a representação democrática e, nessa medida, um modo de participação política que possa ativar uma variedade de formas de controle e supervisão dos cidadãos.¹⁵¹ Seu argumento

¹⁴⁵ WALDRON, Jeremy. Participation: the right of the rights. *Proceedings of The Aristotelian Society, New Series*, [S.l.], v. 98, p. 317, 1998.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 321.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 327.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 334.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 337.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 337.

¹⁵¹ Ver: URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 191-228, 2006.

é que a democracia representativa não é uma forma de governo idêntica à democracia eleitoral.¹⁵² Para isso, ela contesta as suposições (geralmente não questionadas) que apoiam a ideia de que a democracia direta é sempre a forma política mais democrática e a representação, um recurso ou uma alternativa (“second best”).¹⁵³

Sua proposta é significativa: sugere que a democracia representativa não é nem aristocrática nem um substituto imperfeito para a democracia direta, mas um modo de a democracia recriar constantemente a si mesma e se aprimorar.¹⁵⁴

Urbinati pontua que a ideia de governo representativo como intrinsecamente singular produziu duas escolas distintas de pensamento, que podem ser referidas, respectivamente, como um modelo eleitoral de democracia e um modelo representativo.¹⁵⁵ A primeira escola endossava uma visão da representação que combinou elitismo nas instituições políticas (o único local tanto da deliberação, bem como do voto) e legitimação popular (localizada na votação através da eleição). Nesta visão, a representação se funda no princípio da divisão do trabalho e em uma seleção funcional de expertise.¹⁵⁶

A segunda escola de pensamento era explicitamente democrática e visava a evitar a concentração da fonte de legitimação nas instituições estatais e a redução do consentimento popular a um ato de autorização.¹⁵⁷ Nesta visão, a representação tomaria a eleição como a expressão do direito de participar em algum nível da produção das leis, não como um método de transferência das preferências idiossincráticas das pessoas a profissionais políticos selecionados.¹⁵⁸ Assim, para essa corrente de pensamento, em vez de um esquema de delegação da soberania, eles viam a representação como um processo político que aproxima a sociedade e as instituições.¹⁵⁹ Assim, se abandona a política do “sim ou não” e se pensa o início da política como uma arena de opiniões contestáveis e decisões sujeitas à revisão (controle) a qualquer tempo.¹⁶⁰

Nessa medida, pode-se dizer que a representação política provoca a disseminação da presença do soberano e sua transformação em uma tarefa contínua e regulada de contestação e reconstrução da legitimidade.¹⁶¹ Portanto, embora a autorização eleitoral (eleição) seja

¹⁵² URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 191, 2006.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 191.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 192.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 192.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 192.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 192.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 192-193.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 193.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 193.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 193. Nesse sentido, o trabalho de Urbinati se aproxima muito de Pierre Rosanvallon. URBINATI, Nadia. *La legitimidad democrática*. Buenos Aires: Manantial, 2010.

essencial para se determinar os limites e a responsabilidade do poder político, ela não nos diz muito a respeito da verdadeira natureza da política representativa em uma sociedade democrática.¹⁶² Nas palavras de Nadia Urbinati, “as eleições “engendram” a representação, mas não “engendram” os representantes. No mínimo, elas produzem um governo responsável e limitado, mas não um governo representativo.”¹⁶³

Nesse sentido, Urbinati argumenta que

[...] a representação ativa um tipo de unificação política que não pode nem ser definida nos termos de um acordo contratual entre eleitores e eleitos, nem decomposta em um sistema de competição que aponte aqueles que deverão pronunciar o interesse geral de todos. Um representante político é único não porque substitui o soberano na aprovação das leis, mas precisamente porque ele não é um substituto para o soberano ausente (a parte que substitui o todo), uma vez que ele precisa ser constantemente recriado e estar dinamicamente em harmonia com a sociedade para aprovar leis legítimas.¹⁶⁴

Por essas razões, a autora sustenta que a representação estimula um ganho de política em relação ao ato sancionador (eleições) pelo qual os cidadãos soberanos ratificam e recapitulam, com regularidade cíclica, as ações e promessas de candidatos e representantes¹⁶⁵, ou seja, a representação é mais que o modelo eleitoral. A representação aprimora o sistema de eleições.

A democracia pode ser direta, eleitoral ou representativa, mas, para Urbinati, apenas a última faz da representação uma instituição consonante com uma sociedade democrática e pluralista.¹⁶⁶ Isso porque a representação política não elimina o centro de gravidade da sociedade democrática (o povo), ao mesmo tempo em que despreza a ideia de que os eleitores, em vez dos cidadãos, ocupem este centro, e, nessa medida, de que o ato de autorização seja mais importante do que o processo de autorização.¹⁶⁷ Ao contrário, a circularidade que as eleições criam entre o Estado e a sociedade e o continuum do processo de tomada de decisões ligam os cidadãos à Assembleia Legislativa.¹⁶⁸

Nesse aspecto, o direito a voto engendra uma vida política rica, que promove agendas políticas concorrentes e condiciona a vontade dos legisladores de uma forma constante, não apenas no dia da eleição. Ele encoraja o desenvolvimento amplo de formas extraeleitorais de

¹⁶² URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 193, 2006.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 193.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 193-194.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 194.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 197.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 203.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 206.

ação política, embora sem a garantia de que a influência política será distribuída igualmente e se tornará autorizada.¹⁶⁹

Nessa linha, Nadia Urbinati observa que

Na política representativa, diferentemente da democracia direta, os eleitores não são meras quantificações. Eles espelham a complexidade de opiniões e de influência política, nenhuma das quais é uma entidade computável aritmeticamente. Quando traduzimos ideias em votos, tendemos às vezes a nos esquecer dessa complexidade e assumir que os votos refletem preferências individuais, ao invés de representarem opiniões.¹⁷⁰

Um grande mérito da democracia representativa, portanto, é nos fazer transcender o ato de votar, como visto a partir de Waldron, em relação ao direito de participação, quando se refere ao fato de nos sentirmos impotentes ao pensar que só temos direito a um voto, e podemos influenciar pouco no resultado, e que a participação funcionaria muito bem como forma de expressão (manifestação de opiniões e posicionamentos). Nessa medida, representação e participação, em vez de uma prevalecer sobre a outra, podem estabelecer uma relação bastante produtiva. Nessa linha, novamente com Nadia Urbinati, temos que

[...] a democracia representativa [...] nos compele a transcender o ato de votar, num esforço de se reavaliar repetidamente a correlação entre o peso das ideias e o peso dos votos (na preservação, obtenção ou aumento do consentimento). Na democracia direta, todo voto é como um novo começo (ou uma resolução final) porque corresponde simplesmente à contagem de vontades ou preferências, mas não é nem pode ser representativo das ideias; esperar pela “próxima oportunidade” não faz sentido, já que nela toda decisão é absoluta, porque torna as opiniões idênticas às vontades e carece de qualquer vínculo histórico com as cadeias de opiniões e decisões passadas e futuras.¹⁷¹

Por essa razão, Urbinati sugere que os teóricos da democracia superestimam a escolha das pessoas e subestimam, por assim dizer, a escolha de políticas e ideias que a escolha das pessoas indica ou representa.¹⁷² No entanto, para ficar na linha da produtiva relação entre o princípio representativo e o participativo, a autora sustenta que

[...] a representação democrática depende de muito mais do que simplesmente procedimentos eleitorais. Ela requer robusta autonomia local e liberdade de expressão e associação, bem como certa igualdade básica de condições materiais. Demanda também uma cultura ética de cidadania que

¹⁶⁹ URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 204, 2006.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 210.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 212.

¹⁷² *Ibid.*, p. 214.

possibilite que tanto os representados quanto os representantes vejam as relações partidárias como não irredutivelmente antagonistas e sua defesa não como uma promoção incondicional de privilégios sectários contra o bem-estar de todos.¹⁷³

3.2.3 A Produtiva Relação entre o Princípio Participativo e o Representativo

Foi dito que este trabalho se afasta de uma concepção de cidadania pensada como expressão particular em momentos eleitorais. Isso não quer dizer, contudo, que esse aspecto não seja importante. Ao contrário, é premissa deste estudo a importância, sobretudo histórica, da cidadania que se realiza no momento eleitoral. A maior luta democrática do século XX foi o sufrágio universal e isso não pode ser ignorado. O voto é pressuposto da democracia representativa. O controle sobre essa forma de expressão da cidadania nunca deixará de ser fundamental. O voto é um exercício de poder e de liberdade. E ambos podem ser corrompidos. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha,

Voto é poder. O voto é o verbo mais vigoroso do cidadão. É sua voz que se faz soar para a plenificação da democracia representativa. E, como elemento fundamental de formação dos órgãos governamentais representativos, o voto sujeita-se a todas as insidiosas manifestações de corrupção neste que é sempre o seu terreno mais fecundo: o poder.¹⁷⁴

Como exercício de liberdade, Cármen Lúcia coloca que livre é o eleitor, não o eleito. “o cidadão não é insubstituível na democracia. Como o homem não é insubstituível na sociedade. Eleição é a manifestação de liberdade e libertação. E livre é o homem que elege e não o eleito no exercício do mandato para o qual tenha sido escolhido.”¹⁷⁵ Nesse sentido, se reafirma a importância do eleitor, não do eleito. Assim sendo, segundo Cármen Lúcia, o “que se aclama, no regime político-democrático, é o eleitor, não o eleito. A aclamação jurídico-formal não afasta o cidadão do processo político, antes é a forma de consagrá-lo no poder político.”¹⁷⁶ Mais que isso, além de se pensar o voto como exercício de liberdade, é o voto uma conquista de liberdade:

A cidadania serve-se do voto. [...] do voto que realize a liberdade de ser parte efetiva, ativa, atuante e responsável no processo político do Estado Democrático. A cidadania é uma conquista. A conquista da liberdade de ser

¹⁷³ URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 224, 2006.

¹⁷⁴ MENDES, Antônio Carlos. Aspectos da ação de impugnação de mandato eletivo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 377.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 379.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 379.

membro de uma sociedade tal como se deseja, segundo se necessita e para o que se aspira.¹⁷⁷

Da mesma forma, importa pensar um pouco mais sobre as eleições. Roberto Dahl faz uma defesa da realização de eleições periódicas como pressuposto da democracia (estaria na base de qualquer sistema político democrático). Para esse autor, a democracia exige eleições livres e justas, com todos os votos considerados em sua igualdade. Isso representaria, no fim das contas, um necessário instrumento controle sobre os eleitos.¹⁷⁸ Além disso, o autor ressalta que não bastam eleições livres e justas. Se os cidadãos querem manter um controle efetivo, as eleições também devem ser frequentes.¹⁷⁹

Na mesma direção deste trabalho, Manuel Aragón considera o sufrágio e as eleições como pressuposto da democracia representativa, num sentido em que “dificilmente se pode aceitar que haja representação sem eleição, nem limitação do poder sem eleições periódicas.”¹⁸⁰

Portanto, na base do modelo de democracia (eleitoral-representativa) que estamos discutindo está o voto, a realização de eleições (livres, justas e frequentes) e elementos de participação direta. É preciso que esses componentes estejam sempre presentes. Na linha do que foi seguido até aqui, a democracia exige a realização de eleições periódicas, mas a realização de eleições periódicas, por si só, não significa democracia. É disso que se trata. Se for pensado que, mesmo no último período de ditadura militar brasileira, a realização de eleições periódicas não foi afastada, isso não nos fará crer que ali existia uma democracia. Não foi, nem poderia ter sido democrático. Por outro lado, a realização de eleições periódicas (e competitivas) é fundamental para a experiência democrática de qualquer país.

O que se procura, a partir disso, é que a verdade eleitoral seja expressa, no sentido de que o resultado das consultas possam corresponder (verdadeiramente) à vontade das urnas. E, nessa perspectiva, a cidadania cresce quando se respeita essa vontade.¹⁸¹ Nessa linha, a cidadania realiza a democracia.¹⁸²

¹⁷⁷ MENDES, Antônio Carlos. Aspectos da ação de impugnação de mandato eletivo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 392.

¹⁷⁸ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001. p. 109-110.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 109-110.

¹⁸⁰ ARAGÓN, Manuel. Derecho de sufrágio: principio y función. In: NOHLEN, Dieter et al. (Comp.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007. p. 165.

¹⁸¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 379.

¹⁸² *Ibid.*, p. 379.

Até aqui, o trabalho procurou sustentar um ideal de democracia mais participativa. Elementos de participação direta frequentemente são tomados como instrumento de aprofundamento democrático. Fávila Ribeiro é um autor que deixa claro esta ideia de abrir a democracia representativa para uma perspectiva de cidadania mais participativa. Em suas palavras,

Opera-se uma transformação no modelo da democracia representativa pura, acrescentando-se ao povo como titular do poder político, condições que também o habilitem ao seu exercício, acumulando-se ao procedimento eleitoral participações diretas, algumas como proposições e outras de teor decisório.¹⁸³

O mesmo diagnóstico está em Eneida Desiree Salgado:

Passa-se a exigir do indivíduo não apenas a escolha de candidatos e sua mínima vigilância. O voto periódico, que aprova ou desaprova mandatários ou adere à determinada candidatura, não basta. Uma cidadania ativa passa a ser reivindicada, uma democracia para além do momento eleitoral, uma opinião pública que supere o resultado das urnas e as pesquisas de opinião.¹⁸⁴

Nesse sentido, uma maior participação no controle do processo eleitoral incrementa a questão da legitimidade dos mandatos conquistados. Assim, instrumentos de participação direta podem servir bem como instrumentos de controle. Esse ideal de cidadania mais participativa pode gerar um profundo efeito legitimador ao representante eleito. Nos acordes teóricos de Rodolfo Viana Pereira:

A incontestabilidade de que os resultados do escrutínio refletem fielmente a vontade do corpo eleitoral outorga aos títulos eletivos uma posição de confortável estabilidade. [...] De todo modo, o fato de os mandatos conquistados terem sido capazes de ultrapassar todos os níveis de fiscalização e controle já é por si só um fortíssimo elemento legitimador.¹⁸⁵

Nesse sentido, é que se pode contribuir para afastar o sentimento de desencanto com a representação política. É um passo importante. Vale dizer: “O reconhecimento da legitimidade de origem dos representantes, e de que o conjunto de forças presentes nas casas

¹⁸³ RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1990. p. 23.

¹⁸⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 53. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

¹⁸⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 133-134.

legislativas reflete fielmente a decisão popular, é o primeiro passo para o resgate da confiança no princípio representativo.”¹⁸⁶

Como se disse, é (apenas) um passo. De todo modo, se consideramos que o momento eleitoral (e nessa medida o ato de votar) é apenas uma dimensão da cidadania, o exercício de participação (direta) também não resolve todas as fragilidades do sistema político. Também é apenas mais um passo. Nessa questão, acompanha-se o entendimento de José Murilo de Carvalho:

O exercício de certos direitos, como a liberdade de pensamento e o voto, não gera automaticamente o gozo de outros, como a segurança e o emprego. O exercício do voto não garante a existência de governos atentos aos problemas básicos da população. Dito de outra maneira, a liberdade e a participação não levam automaticamente, ou rapidamente, à resolução de problemas sociais. Isto quer dizer que a cidadania inclui várias dimensões e que algumas podem estar presentes sem as outras.¹⁸⁷

Diante disso tudo, parece apropriado supor a existência de uma produtiva relação entre o sistema representativo e o participativo. É muito frequente o incremento de elementos de participação direta dos cidadãos nas instituições representativas já desde o final do século XX.¹⁸⁸ Apesar disso, não se deve pensar a adoção de um sistema exclusivamente participativo. Pensando com Cármen Lúcia Antunes, talvez seja preferível fortalecerem-se e aperfeiçoarem-se os instrumentos de participação direta do povo no poder, viabilizando canais que possibilitem a convivência dessa participação com as formas de representação, pelo menos para os corpos legislativos e órgãos governativos e administrativos.¹⁸⁹

No capítulo seguinte, este estudo procura pontuar as críticas mais frequentes ao aspecto contramajoritário da jurisdição constitucional, verificando como se situam essas críticas em relação à atuação da Justiça Eleitoral brasileira. O trabalho considera, em certa medida, que algo semelhante à crítica ao poder de revisão judicial (*judicial review*) vem ocorrendo com relação à participação da Justiça Eleitoral nos processos eleitorais no Brasil.

¹⁸⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 134.

¹⁸⁷ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 8-9.

¹⁸⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 378.

¹⁸⁹ Como anota de Cármen Lúcia: “não se pensa na adoção exclusiva das formas de democracia direta, preferindo-se aperfeiçoar, enfatizar e fortalecer os instrumentos de participação direta do povo no poder, mas fazendo-as conviver com as formas de representação, pelo menos para os corpos legislativos e órgãos governativos e administrativos”. *Ibid.*, p. 378.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES NO BRASIL¹⁹⁰

*Se o Estado de Direito limita os abusos dos políticos, não há accountability democrática para os juízes.*¹⁹¹ (José María Maravall)

*A Constituição se converte em um mero instrumento de cera nas mãos do poder judiciário, que pode moldá-la à forma que preferir*¹⁹² (Thomas Jefferson)

É preocupação limitar os abusos dos políticos, mas não se pode esquecer que o Judiciário também está sujeito a cometer abusos. Por isso, se justificam as críticas à Justiça Eleitoral, no sentido de que deve ser elogiada naquilo que tem gerado muita legitimidade, mas criticada naquilo que tem comprometido a democracia. O Estado de Direito pode servir contra a democracia, e, quando a Justiça Eleitoral atua de forma abusiva, tem acontecido isso. Suas regras e abuso de poder normativo (e regulamentar) acabam comprometendo a democracia.

4.1 O Controle Jurisdicional dos Processos Eleitorais no Brasil: a justiça eleitoral contramajoritária

Por muito tempo, o Supremo Tribunal Federal não se manifestou em questões eminentemente políticas. O entendimento era o de que tais discussões eram próprias das arenas majoritárias e o Parlamento brasileiro o responsável por tomar a melhor decisão. Ao juiz não cabia interferir nas escolhas políticas ou partidárias. Entretanto, hoje não mais é assim.

É de fácil percepção que juízes e tribunais têm adentrado firmemente nessa seara para impor, através de decisões judiciais, soluções para os problemas mais variados da comunidade, seja em questões administrativas, políticas, partidárias, enfim, desde que seja provocado para tanto por qualquer dos legitimados – inclusive e, principalmente, o Ministério Público –, tem se manifestado sem quaisquer limitações em razão da matéria. Assim, o Judiciário avança para além de suas possibilidades hermenêuticas e invade as atribuições próprias dos outros poderes, ampliando seu raio de ação e adotando uma agenda de temas

¹⁹⁰ Algumas ideias embrionárias deste capítulo estão no texto “Sobre o envolvimento de instituições judiciais em disputas políticas: o papel da justiça eleitoral brasileira”. COELHO, Margarete de Castro. Sobre o envolvimento de instituições judiciais em disputas políticas: o papel da justiça eleitoral brasileira. In: CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE DIREITO ELEITORAL, 5., 2014, Teresina; CONGRESSO DE CIÊNCIA POLÍTICA E DIREITO ELEITORAL DO PIAUÍ, 4., Teresina, 2014. *Anais...* Teresina, 2010.

¹⁹¹ “If the rule of law limits abuses by politicians, no democratic accountability exists for judges.” MARAVALL, José María. The rule of law as a political weapon. MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (Org.). *Democracy and the rule of law*. New York, 2003. p. 268. (tradução nossa).

¹⁹² JEFFERSON, Thomas. *Writings*. New York: Literary Classics of the U.S., 1984. p. 1426. (Tradução nossa).

eminentemente políticos.

Este capítulo procura pontuar as críticas mais frequentes ao aspecto contramajoritário da jurisdição constitucional e verificar como se situam essas críticas em relação à atuação da Justiça Eleitoral brasileira. O trabalho considera, em certa medida, que algo semelhante à crítica ao poder de revisão judicial (*judicial review*) vem ocorrendo com relação à participação da Justiça Eleitoral nos processos eleitorais no Brasil.

A jurisdição constitucional, de modo geral, há muito tem sofrido críticas sobre sua legitimidade para intervir nos processos políticos. Costuma-se atribuir à célebre decisão do Juiz Marshall, no caso *Marbury v. Madison* (1803), o início do instituto de revisão judicial nos Estados Unidos. Talvez não tenha sido o primeiro caso em que um juiz tenha invalidado um ato normativo com base na Supremacia da Constituição, mas foi, certamente, o caso que se notabilizou na doutrina.

Desde então, o mecanismo de controle de constitucionalidade (forte) tem enfrentado uma série de críticas, notadamente naquilo que Alexander Bickel chamou de “dificuldade contramajoritária”. O problema era, fundamentalmente, pensar: como ou por que a decisão de um órgão não eleito (Poder Judiciário) poderia invalidar os atos da arena majoritária (Poder Legislativo), eleita com a especial finalidade de representar a população?

A questão que se coloca, quando se pensa essa pergunta para a Justiça Eleitoral – que é tanto responsável pela aplicação das regras, quando pelo julgamento das controvérsias eleitorais – é se não estaria, aquele Poder, a avançar indevidamente no espaço Legislativo, sobretudo ao regular o processo eleitoral com base em resoluções e regulamentos próprios?

O que está na base desse problema é uma discussão sobre constitucionalismo e democracia. É o que Vera Karam de Chueiri apresenta como, talvez, o mais sério dilema do constitucionalismo contemporâneo:

[...] o poder judiciário disputa com o legislativo e o executivo o papel de protagonista na concretização dos direitos dos cidadãos, através das decisões que profere. Ao judiciário é dado mais do que garantir o processo democrático, transformando-se, ele mesmo, em uma instância de deliberação acerca do conteúdo dos direitos e da sua prioridade relativamente às políticas públicas quando estas entram em conflito com aqueles. Ou, de outra maneira, ao se transferir para o poder judiciário o compromisso com os direitos, enfatizando o papel dos juizes para a sua efetivação estar-se-ia trazendo para a arena das decisões contra-majoritárias a responsabilidade com uma comunidade liberal-igualitária. Aqui resta, talvez, o mais sério dilema do constitucionalismo e das constituições contemporâneas, qual seja, a ofensa ao princípio democrático e, conforme Dworkin, esta é a principal objeção substancial a ser feita em relação à uma interpretação moral da constituição por parte do poder judiciário, isto é, se ela compromete

(negativamente) a democracia e, ainda, opõe esta aos direitos fundamentais.¹⁹³

Nesse contexto, dois grandes autores marcaram um profundo debate na doutrina sobre jurisdição constitucional. De um lado, Ronald Dworkin parece ter uma crença bastante elevada na figura dos juízes e tribunais para garantir os direitos dos cidadãos e defender o processo democrático. De um modo geral, sua teoria teve bastante influência na doutrina brasileira de controle de constitucionalidade.

De outro lado, Jeremy Waldron fornece uma importante contribuição crítica à figura dos tribunais desmistificando alguns de seus elementos e operando uma espécie de retomada da dignidade da legislação (e do Parlamento, nesses termos).

Ambos são importantes para situar o debate da Justiça contramajoritária de um modo geral. Primeiramente, é importante considerar a defesa de Dworkin sobre o modelo difuso de controle de constitucionalidade (*judicial review*) dos Estados Unidos, que muito tem inspirado a tradição jurídica de outros países pelo mundo (e do Brasil, sobretudo).

A posição de Dworkin é a de que o *judicial review* não é pressuposto da ideia de democracia, embora sua existência não torne a sociedade menos democrática. Ao contrário. Em sua defesa, Dworkin sugere que a "democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham."¹⁹⁴

Desse modo, Dworkin argumenta que vários modelos podem fazer uma leitura moral da Constituição sem o exercício da revisão judicial, e não deixam de serem democráticos por isso. Ao contrário, são democráticos, mas nada levaria a crer que algum deles seria (seja) mais democrático que outro, com ou sem *judicial review*. Em suas palavras, Dworkin enfatiza que

Muitos arranjos institucionais são compatíveis com a leitura moral, inclusive alguns que não dão aos juízes o poder que têm na estrutura norte-americana. Mas nenhum desses diversos arranjos é, em princípio, mais democrático do que os outros. A democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham.¹⁹⁵

Dworkin argumentava no contexto da discussão sobre a adoção de um modelo de revisão judicial para o Reino Unido, chegando a travar um longo debate com Waldron sobre isso, mas não considerava o Reino Unido antidemocrático ou menos democrático por não ter

¹⁹³ CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Direito e discurso*. Florianópolis: Boiteux, 2006. p. 164.

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 10.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 10

o *judicial review*. Dworkin apenas tinha uma crença muito forte no papel dos juízes. Uma crença no modelo de *judicial review* tal como o dos Estados Unidos, que já se consolidara ao longo de pouco mais de dois séculos de experiência constitucional.

Dworkin defende, basicamente, que um sistema em que os juízes têm a última palavra sobre as grandes questões de princípio pode aprimorar o caráter democrático da política. E faz isso sustentando o que ele chama de “leitura moral” da Constituição dos Estados Unidos.¹⁹⁶

Como estratégia, Dworkin elabora a narrativa do “romance em cadeia”, para explicar como devem se empenhar os juízes no processo de interpretação (construção) constitucional. Equivale dizer que interpretar a Constituição era uma postura de algum modo criativa. Carlos Santiago Nino e outros autores elaboram metáforas parecidas: enquanto Dworkin pensou o romance em cadeia, Nino elaborou a metáfora de uma catedral. Portanto, assim como Dworkin falava em interpretação do direito como um processo de escrita de um romance (em cadeia), Nino fazia uma analogia semelhante com a alegoria da construção de uma Catedral.¹⁹⁷

Sobre as críticas ao seu modelo, baseado na capacidade do Poder Judiciário de oferecer uma “resposta correta”, Dworkin argumentava que, quando a corte erra, sua teoria não fazia sentido. Mas que a possibilidade de erro era simétrica. E, por isso,

Se o tribunal não tivesse cumprido o seu papel – se a lei continuasse em vigor –, todos estariam em pior situação em todas as dimensões da democracia, e seria uma perversão ver isso como uma vitória democrática. É claro que, no momento mesmo em que chegamos à conclusão de que a decisão do tribunal foi errada, tudo que acabei de dizer se torna falso. A democracia de fato fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas – mas não fica mais prejudicada do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional errada que continua de pé. A possibilidade de erro é simétrica.¹⁹⁸

Nessa linha, Dworkin afirma que “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”¹⁹⁹, empreendendo uma defesa interessante do ganho que alguns cidadãos têm pelo fato de terem uma instituição como a Corte para decidir sobre direitos:

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 10-17.

¹⁹⁷ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 63-66.

¹⁹⁸ DWORKIN, op. cit., p. 50.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de direito que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los.²⁰⁰

Nessa medida, Dworkin sugere que a revisão judicial é melhor para a sociedade, posto que, no seu entendimento, os "Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias."²⁰¹ Essa é, em breves considerações, a essência de sua defesa de modelo forte de controle de constitucionalidade. Noutro giro, Jeremy Waldron encabeça uma corrente que se contrapõe fortemente a tal entendimento.

Waldron pensa o direito e os desacordos (morais, constitucionais ou políticos). Nessa perspectiva, sugere que a deliberação não é dada para se superar os desacordos, em busca de consenso. A deliberação deve servir muito mais para colocar as bases dos desacordos e, dessa forma, explicitar aquilo que está em jogo.

O objetivo, ou certamente o efeito da deliberação, é muitas vezes explicitar as bases do desacordo e dar às pessoas uma descrição razoavelmente clara do que está em jogo. A ideia de que deveríamos pensar na deliberação como uma forma de suavizar nossas diferenças para preparar o caminho para o consenso é uma terrível distorção.²⁰²

Assim, na deliberação, as bases do desacordo são o ponto fundamental. São os fundamentos que importam. Mais que os consensos. O importante é que as questões sejam colocadas e debatidas, enfrentadas e desafiadas, seriamente, em busca de boas respostas. Nessa linha, Waldron nos provoca a pensar sobre porque costumamos confiar tanto na figura dos juízes, nas seguintes bases:

As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais,

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 31.

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 426-427.

²⁰² WALDRON, Jeremy, *Deliberación, desacuerdo y votación*. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Tradução de Paola Bergallo e Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 259.

com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, seja um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.²⁰³

Dessa forma, Waldron pontua que, frequentemente, se desenha um retrato idealizado da figura do juiz (concebido como um Hércules, como em Dworkin) comparando-o a um retrato de legislador irresponsável.²⁰⁴ Mas essa não parece a melhor atitude a ser tomada. Deve-se comparar semelhante com semelhante. Por isso, é preciso considerar que as legislaturas também podem produzir bons argumentos constitucionais. O Brasil mesmo é reconhecido pela riqueza de sua legislação protetiva de minorias com a criação de cotas, dentre outros²⁰⁵.

Waldron se engaja nessa tarefa de pintar um retrato em tons amenos do Parlamento, embora sem romantismos, na mesma toada que a doutrina costuma fazer em relação ao tribunal. Naturalmente, não é justo invocarmos a figura negativa do Parlamento contra o melhor modelo de juiz, ou contra a natureza (hercúlea) de um pequeno grupo de juízes. Dessa forma, Waldron questiona, em tom de desafio: “Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura, que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que ‘direito’, ‘justiça’, ‘legalidade’ e ‘estado de direito’ evocam?”²⁰⁶

Em outras palavras, por que confiamos mais no direito dado pelos juízes e tribunais, e desconfiamos do direito emanado pelo Parlamento? É como se não conseguíssemos compreender as legislaturas como fontes genuínas de direito. Nesse entendimento,

[...] não possuímos um modelo jurisprudencial capaz de compreender normativamente a legislação como forma genuína de direito, a autoridade que ela reivindica e as exigências que faz aos outros atores num sistema jurídico.²⁰⁷

²⁰³ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 05.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 02.

²⁰⁵ Dentre estas, a Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; a Lei nº 12.711/2012, que reserva de 50% das matrículas por curso e turno em universidades e institutos federais de educação, ciência e tecnologia a alunos oriundos integralmente do ensino médio público; e, no processo eleitoral, a lei nº 12.034/09, que acrescentou o § 3º, ao art. 10, da Lei nº 9.504/97, para estabelecer que cada partido ou coligação preencha o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo, com vistas a garantir as candidaturas de mulheres a cargos eletivos.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 13.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 1.

Nessa perspectiva, Waldron é um autor fundamental para colocar o debate da justiça contramajoritária em termos mais justos e adequados. Frequentemente tendemos a justificar uma postura ativista dos tribunais (com exercício de um controle forte) a partir das fragilidades atribuídas ao Parlamento. Mas, esse diagnóstico, por diversas vezes, pode se revelar um tanto apressado. É preciso, pois, certo cuidado, para que não se acabe justificando assim, sob tal argumento, toda e qualquer postura judicial, que deve, sempre, ter sua legitimidade (mais) seriamente questionada, além do que, quando se pensa sobre a deliberação na Corte, no fim das contas, os desacordos (também) se resolvem num simples contar de cabeças – só que por uma maioria muito restrita de indivíduos. Waldron observa esse problema da seguinte forma:

Estamos todos familiarizados com a maneira como a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento ou no congresso é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direitos e da revisão judicial. No fim, naturalmente, é uma estratégia sem esperança para os oponentes do majoritarismo. Os próprios tribunais de recursos são, invariavelmente, corpos de múltiplos membros que geralmente discordam entre si, mesmo após deliberação. (Talvez especialmente após deliberação!) E, quando discordam, também eles tomam suas decisões por meio de votação e decisão majoritária. Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A diferença, quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é uma diferença de grupos de constituintes, não uma diferença de método de decisão. Portanto, se votar produz resultados arbitrários sob o princípio da decisão majoritária, então, boa parte do direito constitucional norte-americano é arbitrário.²⁰⁸

As críticas são contundentes. E servem para a reflexão sobre a crença exacerbada que se costuma ter sobre a figura de juízes e tribunais. Waldron é importante por alertar para a necessidade de fazer-se uma crítica do *judicial review*, seus fundamentos e sua justificação, porque, em grande medida, isso influi no modo como os juízes se atuam.

O modelo brasileiro, por exemplo, parte de uma autocompreensão dos juízes em torno da função da Corte. A Constituição de 1988 estabelece apenas que ao Supremo Tribunal Federal cabe guardar a Constituição. Não diz que eles – os Ministros – são (ou deveriam ser) os únicos a desempenharem esse papel, tampouco seriam eles os últimos intérpretes do texto constitucional.

²⁰⁸ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 156.

Apesar disso, os juízes brasileiros acabam por achar que dizem a Constituição. E isso precisa, necessariamente, ser combatido, ou ao menos debatido.²⁰⁹ Da mesma forma, nossas crenças precisam ser (re)pensadas de um modo crítico. Nelson Juliano Matos, ao se debruçar sobre o tema, traz importantíssimas contribuições a esse debate, em certa medida, na linha de Waldron, mas, em certa medida, indo além, e estendendo sua crítica também a ele:

Perceba-se que os argumentos democráticos não são genuinamente democráticos. Assim como os argumentos de direitos não são genuinamente protetores dos direitos. O debate contemporâneo esquece que o sistema político não é aplicado por deuses, por isso não pode ser feito para seres perfeitos. O argumento democrático parte da premissa de que os cidadãos participam conscientemente e agem assim quando tomam as decisões, quando elegem governantes e quando fiscalizam e controlam o governante; não é assim que se percebe na realidade. O argumento dos direitos parte da premissa de que os onze (ou nove) juízes são mentes privilegiadas ou são centros de moralidade superior para ponderar sobre o que é justo ou injusto, sobre quais valores são relevantes e quais precisam ser adaptados; não é assim na realidade, seja porque os juízes recebem influência, da mesma forma que outros órgãos de decisão política, como também agem segundo suas convicções tanto quanto os órgãos políticos. Ora, se o argumento é que o Supremo Tribunal Federal (ou a Suprema Corte) é legítimo para controlar as ações dos outros, que é um bom argumento da imparcialidade, quem controla as ações do Supremo? agregado à ideia de que aquele que controla não age apenas negativamente, obstruindo as ações dos outros, mas tem se tornando mais frequente a ideia de que age prescritivamente determinando como os outros órgãos devem agir.²¹⁰

Nesse sentido, parece fundamental recuperar o sentido da proposta de John Rawls ao dizer que a “constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é”.²¹¹

No caso brasileiro, especialmente em se tratando de TSE, há uma clara demonstração desse fenômeno. Como se demonstra em item próprio, há um exorbitante número de pedidos

²⁰⁹ Um esforço muito grande nesse sentido, na doutrina brasileira, está em Lenio Streck. Toda sua obra e as publicações semanais em sua coluna na revista *Consultor Jurídico (Conjur)* dão o tom da crítica, absolutamente necessária no direito brasileiro. Em suas palavras, o grande dilema contemporâneo está em “construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é. E também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazidos pelas Constituições, torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes*. [S.l.], p. 13. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2014.

²¹⁰ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O Estado constitucional contra o estado de direito e contra a democracia: aspectos da crise paradigmática no direito e no estado. *Ordem jurídica*, Teresina, 2 nov. 2008. Disponível em: <<http://pitombeirafilho.blogspot.com.br/2008/11/o-estado-constitucional-contra-o-estado.html>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

²¹¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 288.

e, efetivamente, de cassações de mandatos de prefeitos no Piauí e Brasil afora, o que tem fomentado um sentimento de que uma eleição só está decidida depois que a justiça eleitoral diz a última palavra sobre a sua validade (como se a homologasse) ou quando expiram todos os prazos para sua contestação na seara judicial. Também, a forma como a Corte maneja um, em certa medida, autoconcedido poder regulamentar, que não tem previsão constitucional, mas que, no seu exercício, tem autorizado que, à guisa de regulamentar a legislação eleitoral, a fim de possibilitar a sua fiel execução, termine por inovar o sistema eleitoral, com novas regras, criando, extinguindo e modificando direitos, em uma clara e indevida intromissão na seara da política, conforme se propõe no item a seguir.

4.1.1 O Problema do Poder Regulamentar da Justiça Eleitoral Brasileira

A Justiça Eleitoral tem assumido, cada vez mais, o papel de protagonista no processo eleitoral brasileiro. Tal fenômeno tem se revelado de diversas formas: primeiro, quando, no exercício do poder regulamentar que lhe atribui o vetusto Código Eleitoral Brasileiro e a legislação eleitoral ordinária²¹², edita instruções, as quais, à guisa de regulamentar o processo eleitoral, além de inová-lo significativamente, terminam, às vezes, por subvertê-lo.

Esse é o problema do poder regulamentar da Justiça Eleitoral brasileira, por onde se começará a análise. Aqui, inicia-se por trazer à baila a preciosa contribuição de Eneida Desiree Salgado, para quem o exercício de poder legislativo pela Justiça Eleitoral, no mesmo passo em que exerce suas competências jurisdicional e administrativa, não foi constitucionalmente previsto. A rigor, a Constituição sequer lhe atribuiu um poder regulamentar, o que invalida até mesmo essa competência prevista em alguns diplomas legais, especificamente no Código Eleitoral, na denominada Lei Geral das Eleições e na Lei Orgânica dos Partidos Políticos, como apontado acima. Para Desiree, a competência para a expedição de normas gerais e abstratas, ainda que secundárias, demanda sede constitucional.²¹³ Isso porque

Se há previsão constitucional de competência normativa em relação à Justiça do Trabalho e de competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, em matéria eleitoral a Constituição adota a estrita legalidade, afastando a criação de regras eleitorais fora do Parlamento. Não cabe, em caso algum, ao Poder Judiciário, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja

²¹² Ressalte-se que a CF/88, ao contrário das demais, não atribui à Justiça Eleitoral a competência para regulamentar as normas do processo eleitoral. Este ponto será retomado mais adiante no capítulo.

²¹³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 286. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

pelo Tribunal Superior Eleitoral, ‘aprimorar’ a legislação eleitoral e as instituições políticas, nem sequer expedir resoluções.²¹⁴

Note-se que, para Desiree, a atuação da Justiça Eleitoral na expedição de resoluções é inconstitucional, posto que realizada sem autorização expressa na Constituição e, em face de uma função atípica, não há como se admitir ou mesmo considerar a possibilidade de elaboração de normas, ainda que secundárias como o são as Resoluções do TSE, pelo Poder Judiciário.²¹⁵ Mas, conforme a mesma autora, a doutrina parece não ter, ainda, se apercebido da importância desse debate, posto que, segundo aponta, essa questão não tem sido colocada, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência.²¹⁶

Ainda trilhando o caminho que leva à inadmissibilidade do poder regulamentar exercido a mancheias pelo TSE:

Não se podem admitir regulamentos emanados do Poder Judiciário em matéria eleitoral. Menos ainda a possibilidade de regulamentos autônomos em face do princípio constitucional da estrita legalidade. [...] O princípio da legalidade, chave do sistema jurídico brasileiro, impõe um conceito de regulamento que não ultrapasse a medida da lei que lhe dá fundamento.²¹⁷

Nessa medida, o uso de resoluções e consultas, instrumentos principais para as inovações da Justiça Eleitoral são, para Eneida Desiree Salgado, inconstitucionais e antidemocráticos. Com efeito, tem-se visto, com frequência cada vez maior, a Justiça Eleitoral inserindo no ordenamento jurídico normas eleitorais que estabelecem novas modalidades de inelegibilidades, novas causas de perda de mandato, regras sobre coligações partidárias, prazos e ritos processuais, tudo a despeito da total ausência de autorização constitucional para tanto.

4.1.2 O Problema do Ativismo da Justiça Eleitoral Brasileira

Há, também, a questão da jurisprudencialização do processo eleitoral, com uma atípica vinculação de decisões aos precedentes das Cortes, como se estivéssemos no sistema de *common law*.

Ainda nessa senda, ressalte-se que esta jurisprudência é volátil; muda não só com as

²¹⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 288. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 301.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 302.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 304.

renovações das composições das Cortes, o que se dá a cada dois anos²¹⁸, mas a qualquer momento, no decorrer do processo eleitoral, promovendo mudanças nas regras no meio do jogo democrático e mesmo após este haver sido encerrado e os resultados proclamados.

Eneida Desiree Salgado coloca o problema da seguinte maneira:

No Direito Eleitoral, braço estrutural do Direito Constitucional, pela atuação da corte sustentada pelo tribunal máximo, parece persistir uma prática jurisdicional de construção da regra pelo Poder Judiciário, sem respeito aos precedentes, sem coerência, sem consistência e sem unidade. Uma mistura pragmática (talvez esquizofrênica) entre *commom law* e *civil law*.²¹⁹

Assim sendo, poder-se-ia sugerir que o protagonismo do Judiciário eleitoral assume uma postura que não considera seriamente o processo de construção democrática e o próprio texto constitucional, não levando em conta, muitas vezes, o papel institucional do Poder Legislativo.

Talvez o principal desafio que a Justiça Eleitoral deva responder esteja na (in)observância de sua jurisprudência ou na falta de um padrão ou uma “fiel execução” da legislação eleitoral. Anota Desiree Salgado:

Deixou de ser uma anedota a existência, em um mesmo tribunal eleitoral e na mesma sessão, de julgamentos sobre questões assemelhadas, sempre por unanimidade, mas em sentidos opostos, a partir da distinção entre os relatores. É cotidiano.²²⁰

Exemplo disso é o caso dos ditos prefeitos itinerantes, os quais, após consultarem a Corte – e esta é uma outra atribuição da Justiça Eleitoral que merece atenção –, se, em tese, recairia sobre situações como as suas algum tipo de inelegibilidade e, diante da negativa da Corte (também em tese), submeterem seus nomes ao crivo do partido o qual, diante da viabilidade da candidatura (confiando na resposta dada pela Justiça Eleitoral), requereu o registro da candidatura do filiado, o qual é deferido.

Após as eleições, com o candidato eleito, diplomado e empossado, essa mesma Justiça Eleitoral, apreciando ação eleitoral pendente de julgamento, defere o pedido de cassação do registro, do diploma ou do mandato (dependendo da via eleita pelo autor), não sob outro

²¹⁸ O mandato dos Juízes Eleitorais é de dois anos, podendo ser prorrogado por igual período. Veja CF, art. 121, §2º.

²¹⁹ “Esse comportamento, de absoluto desrespeito às regras jurídicas e aos princípios constitucionais, se revela, paradigmaticamente, na questão da fidelidade partidária” SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 1. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

²²⁰ *Ibid.*, p. 2.

fundamento ou causa de pedir, mas exatamente por aquela objeto da consulta ou cuja jurisprudência já se encontrava pacificada na Corte.

O mais grave é que muitas questões são deliberadas posteriormente ao resultado das urnas, estabelecendo o que a doutrina passou a denominar de terceiro turno eleitoral nos tribunais. Assim, amiúde, o resultado do processo eleitoral é reduzido a uma decisão judicial, a qual, via de regra, anula os votos do primeiro colocado, anulando também a eleição, caso esse tenha auferido mais de metade dos votos do colégio eleitoral. E, quando não anula a eleição, o que ocorre se o primeiro colocado obtém menos de metade dos votos, diploma-se o segundo colocado, ou seja, assume o mandato exatamente aquele que o eleitor preteriu nas urnas. Dessa forma, a Justiça Eleitoral brasileira às vezes se substitui ao legislador e às vezes se substitui também à vontade do próprio eleitor.

4.1.3 A Questão da Judicialização da Política

Além dessa atuação francamente ativista da Justiça Eleitoral, há ainda que se analisar a questão da judicialização da política no Brasil, em que o excessivo número de ações eleitorais que proliferam em todas as circunscrições eleitorais demonstra que essas têm sido utilizadas mais com um viés político do que jurídico.

O que se pretende, nesse ponto, é examinar os impactos que essa atuação ativista da Justiça Eleitoral e o fenômeno da judicialização da política têm sobre o processo eleitoral e a democracia representativa.²²¹

A legislação eleitoral brasileira é esparsa, confusa e, às vezes, contraditória. Ao tempo em que ainda se fundamenta em regras insertas em um ultrapassado Código Eleitoral, que sequer acompanha as inovações tecnológicas já inseridas no processo eleitoral – como a urna eletrônica, que além de registrar os votos, também apura a votação da Seção Eleitoral, calcula e aplica o quociente eleitoral, automaticamente, assim como a totalização dos votos – vê, a cada pleito, ingressarem novas regras no sistema, seja através de leis emanadas do processo legislativo, seja através de Instruções e Resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral que, à guisa de regulamentar as regras postas pelo legislador, termina por afrontá-las ou alterar seu alcance, dificultando a sua aplicação, fazendo com que a própria Justiça Eleitoral precise, muitas vezes, alterar seu entendimento com o processo eleitoral em andamento.

Nesse cenário, é natural que, por vezes, dispositivos da legislação eleitoral se

²²¹ Para um estudo sobre a o tema do ativismo judicial, do ponto de vista das racionalidades adotadas, ver TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, 2012.

contradigam, levando seus intérpretes a situações opostas, divergentes, dificultando a boa compreensão e aplicação do Direito Eleitoral que, além disso, ainda se vê às voltas com Cortes cuja composição se renova a cada dois anos, mercê da conclusão dos mandatos de seus membros, o que, por si só, já seria suficiente ensejar mudanças radicais de entendimentos, e com Juízes Eleitorais “emprestados” de outras esferas do Poder Judiciário.²²² Trata-se, nesse caso, de uma Justiça Especializada, composta por juízes que não são especialistas na matéria.

Mas, é papel da Justiça Eleitoral cuidar da uniformização do entendimento sobre matéria eleitoral no Brasil.²²³ Entretanto, sua função mais importante, certamente, é a de garantir e defender o processo democrático, e, dessa forma, contribuir constantemente para o próprio aprimoramento da democracia brasileira. Afinal, conforme leciona Robert Dahl, eleições livres e justas não bastam; é preciso que se combata constantemente os vícios do processo eleitoral.²²⁴ É preciso retornar a essa discussão para avaliar os novos contornos do problema da dificuldade contramajoritária, em termos da atuação da Justiça Eleitoral.

Como visto no capítulo 3, anterior, cabe ao Direito Eleitoral e à própria Justiça Eleitoral a garantia do livre exercício da soberania popular. Nesses termos, deve ela garantir que o povo, legítimo titular da soberania, e suas escolhas sejam preservados para que o processo político eleitoral se desenvolva de forma legítima e válida²²⁵, para que os resultados das eleições sejam justas, nos termos de refletirem melhor as escolhas do próprio povo.²²⁶

Desse modo, não se pode falar em processo democrático sem considerar-se adequadamente a cidadania e o necessário apelo à participação popular, que constituem a própria ideia de democracia como pressuposto constitucional, nos termos expostos por Camem Lúcia Antunes Rocha²²⁷, assim como é importante a atuação de instituições que devam atuar na defesa de eleições seguramente limpas e verdadeiramente democráticas.²²⁸

Nesse ponto, afirma-se o papel do Poder Judiciário de resguardar o processo democrático. E, muitas vezes, só o Judiciário vai se encontrar institucionalmente bem

²²² CF, art. 119 e seguinte.

²²³ “As atualizações da legislação eleitoral, com efeito, são realizadas por intermédio de leis esparsas e da edição de resoluções por parte do TSE. Estas, aliás, se deveriam cingir a ‘garantir a fiel execução da lei’, todavia desbordam de tal limite para contemplar entendimentos que chegam em algumas ocasiões a contrariar frontalmente o Código Eleitoral”. OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Direito eleitoral: reflexões sobre temas contemporâneos*. Fortaleza: ABC, 2008. p. 33.

²²⁴ DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001. p. 109-110.

²²⁵ JARDIM, Torquato. Processo e justiça eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 119, p. 46, jul./set. 1993.

²²⁶ CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 55.

²²⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O processo eleitoral como instrumento para a democracia*. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Florianópolis, 27 mar. 1998. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/carmen.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

²²⁸ O’DONNELL, Guilherme. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Revista Lua Nova de Cultura e Política*, São Paulo, n. 44, p. 27-52, 1998.

posicionado para esta garantia. Com efeito, alguns autores, como John Hart Ely, afirmam que o Poder Judiciário possui uma legitimidade democrática especial quando em defesa do procedimento democrático ou, mais especificamente, na garantia de direitos dos grupos mais desfavorecidos da arena política majoritária.²²⁹

O que não se pode, nem se deve, admitir é que os juízes se apresentem como substitutos dos representantes políticos legitimamente eleitos em suas atribuições. Ao Judiciário não cabe afirmar que representa melhor os valores da cidadania e, desse modo, substituir-se aos legisladores na condução das mudanças políticas reclamadas pela sociedade. Mas, é o que tem ocorrido no Brasil, conforme identifica Desiree Salgado:

As regras do jogo eleitoral, esqueleto do regime democrático, devem necessariamente se originar do Parlamento, e de um Parlamento formado a partir da representação das forças sociais. No Brasil não tem sido assim. A Justiça Eleitoral, com a conivência do Supremo Tribunal Federal ou a partir do seu impulso, inova em matéria eleitoral, a partir de uma autorreconhecida ‘competência normativa’.²³⁰

A doutrina entende que a Justiça Eleitoral possui competência administrativa e jurisdicional, mas não legislativa, a qual só poderia decorrer de autorização constitucional.²³¹ As regras eleitorais carecem de ampla discussão parlamentar, levando em conta a participação das minorias e tomando seriamente o processo deliberativo sobre direitos que envolvem o exercício do poder político.

Ao Tribunal Superior Eleitoral não cabe o exercício de restrição a direitos fundamentais, algo que tem se verificado nos últimos anos e que será analisado com maior profundidade oportunamente, no decorrer deste trabalho. Novamente, com Desiree Salgado, é preciso considerar que: “A legitimidade para a restrição de direitos – direitos políticos, como a elegibilidade, ou liberdades, como a liberdade de expressão – está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral.”²³²

Todavia – ainda tendo-se em mente o problema do poder regulamentar da Justiça Eleitoral –, como já se antecipou, por diversas razões o Tribunal Superior Eleitoral tem inovado em matéria eleitoral, inclusive com a criação de direitos e obrigações, sem a devida

²²⁹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²³⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 285. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

²³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 81-82.

²³² SALGADO, op. cit., p. 300.

autorização constitucional, estabelecendo, por exemplo, hipóteses de perda do mandato eletivo, fixando o rito, os prazos, os legitimados, inclusive inovando quanto à competência originária de órgãos da Justiça Eleitoral em razão da matéria. Este, repise-se, é o exercício de uma função atípica, posto que não se pode sequer conjecturar acerca da possibilidade de o Poder Judiciário editar normas gerais e abstratas. O que lhe compete, em matéria eleitoral, é promover instruções normativas direcionadas aos órgãos da Administração Pública, especificamente à sua esfera de atuação administrativa; não aos particulares. “Isso é o máximo que se pode admitir como possível no âmbito da competência normativa da Justiça Eleitoral. Mais significa extrapolar as normas constitucionais e legais”, anota Desiree Salgado.²³³ Entretanto, a Justiça Eleitoral tem se dedicado constantemente a inovar em matéria eleitoral, sobretudo por meio de resoluções e consultas. Tal atividade vem sendo exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral com fundamento em um poder regulamentar que não lhe foi deferido constitucionalmente, conforme já se adiantou acima.

Com efeito, a Carta de 1988, ao contrário das anteriores, não atribui tal poder ou competência à Justiça Eleitoral, remetendo à Lei Complementar a atribuição de regulamentá-la²³⁴. Entretanto, o legislador ainda não se desincumbiu dessa tarefa, permanecendo a regra inserta no Código Eleitoral que, ressalte-se, foi instituído pela Lei nº 4.737 de 1965, portanto, sob a vigência do regime constitucional anterior. Além do Código Eleitoral, a Lei Nº 9.504/97, a denominada Lei Geral das Eleições, e a Lei Orgânica de Partidos Políticos, como se vem pontuar, também contêm tal autorização.²³⁵

Dessa maneira, quando o TSE responde a consultas, está, de alguma forma, a promover significativas mudanças no processo democrático, às vezes contrárias à própria Constituição. Ainda assim, mesmo que a leitura promovida pelo Poder Judiciário em consultas e resoluções possa ser considerada uma resposta correta, a Justiça Eleitoral não deixa de promover uma inovação na ordem jurídica.

Nessa quadra, o Supremo Tribunal Federal tem silenciado. Mais que isso, tem admitido esse tipo de postura dos demais órgãos do Judiciário, notadamente da Justiça Eleitoral, sempre sob a alegação de que o Poder Legislativo é omissos e incapaz de fazer cumprir sua competência funcional.

Assim, o Judiciário autoriza-se a mudar as regras do jogo democrático ao seu alvedrio. Fica claro que isso contraria o regime de representação política e a própria ideia de separação

²³³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 300-302. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

²³⁴ Veja CF, art. 121.

²³⁵ Veja Lei nº 9.504/97.

dos poderes. É como considerar que os tribunais são os últimos intérpretes no âmbito decisório do aprimoramento político.

4.2 O Deslocamento dos Litígios Eleitorais: o problema da judicialização das eleições

Até aqui, intentou-se identificar alguns dos problemas que se pode considerar como consequências do ativismo da Justiça Eleitoral, sobretudo no que advém do (ab)uso de um autoconcedido poder regulamentar. Agora, é preciso que se dedique parte deste estudo à análise do fenômeno da judicialização da política, tendo em vista examinar outros elementos afeitos à atuação da Justiça Eleitoral contramajoritária.

Como se demonstrou, a principal crítica em relação ao caráter contramajoritário da Justiça Eleitoral é que o tribunal tem avançado numa arena que não lhe é própria, e esse contexto pode ser analisado a partir do que se tem chamado de judicialização da política. Os tribunais têm, cada vez mais, regulado a atividade política. Para John Ferejohn, às cortes tal mister pode ser autorizado pelo menos de três formas:

Primeiro, as cortes podem limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar impondo limites substantivos no poder das instituições legislativas. Segundo, as cortes têm cada vez mais se tornado espaço para decisão de políticas. Terceiro, as Cortes têm cada vez mais regulado a conduta da atividade política – seja praticada nas legislaturas, agências ou no eleitorado – construindo padrões de conduta aceitáveis para grupos de interesse, partidos políticos e representantes eleitos ou indicados.²³⁶

Além disso, a judicialização da política pode ser entendida sob dois aspectos distintos, que não se vinculam necessariamente. Pode significar, por um lado, que a discussão política cada vez mais se transfere para o âmbito judicial, isto é, que os tribunais têm se colocado cada vez mais como espaço competente para discutir e deliberar questões políticas próprias das legislaturas e, por outro lado, como uma expansão dos métodos judiciais de solução de controvérsias para além de sua jurisdição. Nesse entendimento, diversos outros agentes, como os próprios legislativos, têm adotado procedimentos semelhantes aos modelos judiciais.²³⁷ No Brasil, as Comissões Parlamentares de Inquérito certamente são bons exemplos disso.

Outros autores, dentre os quais destaca-se, pela propriedade das lições, Lenio

²³⁶ FERREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, [S.l.], n. 65, v. 3, p. 41, 2002.

²³⁷ CASTRO, Marcos Faro. O supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, jun. 1997.

Streck²³⁸, classificam esse fenômeno como uma “juristocracia”, ou seja, quando se identifica um processo em que o poder decisório das arenas majoritárias é transferido ao Poder Judiciário.

Além disso, há os que, como José Ribas Vieira, destacam que o ativismo judicial brasileiro, sobretudo o protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal, apresenta um contorno peculiar:

[...] a jurisdição constitucional no Brasil está no horizonte não tanto de uma judicialização, como tradicionalmente é conceituada, nem propriamente da visão americana clássica de ativismo judicial. A hipótese assumida na investigação reconhece, por parte dos integrantes do STF, sim um ‘ativismo’, mas de caráter jurisdicional. Isto é, um procedimento, construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional.²³⁹

Nessa linha, há um outro aspecto interessante do problema da judicialização da política e que é especialmente válido para o contexto brasileiro. Parece existir uma vontade própria do Poder Judiciário em se engajar no julgamento de questões eminentemente políticas. Isso denota que uma das características do ativismo judicial brasileiro é um certo “voluntarismo” por parte dos juízes em decidir questões políticas.

Esse tipo de postura tem levado alguns autores a defenderem que a Constituição não é – e não pode ser – aquilo que os juízes dizem que ela é.²⁴⁰ No mesmo sentido, Gilberto Bercovici sugere que o Poder Judiciário não é o único a responder pelo Direito Constitucional, pois a dogmática constitucional e o próprio interpretar da Constituição é tarefa a se realizar, de uma forma coordenada, pelos três poderes.²⁴¹

No Brasil, onde todas as sessões de julgamento são transmitidas ao vivo e reprisadas várias vezes pela TV Justiça, e principalmente a partir do julgamento de alguns processos de grande repercussão na sociedade – como o notório Caso do Mensalão ou o da Lei da Ficha Limpa –, há uma espécie de curiosidade pública e um acompanhamento muito intenso e

²³⁸ STRECK, Lenio. Montesquieu nunca pensou em um judiciário nos moldes brasileiros. Entrevista concedida a Márcia Junges. *Revista IHU online*, São Leopoldo, v. 11, n. 383, 5 dez. 2011. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4251&secao=383>. Acesso em: 22 fev. 2014.

²³⁹ VIEIRA, José Ribas. Verso reverso: a judicialização de política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, p. 48, 2009.

²⁴⁰ No Brasil, merece destaque o trabalho de Lenio Luiz Streck. Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Na mesma linha, ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 61, 2004.

próximo por parte da mídia das pautas de julgamento da Corte. É natural, portanto, que os ministros dispensem especial atenção aos grandes temas da agenda política nacional.

Essas tendências ativistas também estão presentes no Tribunal Superior Eleitoral, geralmente ancoradas em dois argumentos, que têm sido frequentemente usados para justificar o ativismo judicial em matéria eleitoral, os quais se passam a analisar. O primeiro, parte do pressuposto de que a legislação eleitoral é frágil, imprecisa e, por vezes, contraditória. Não dispõe, assim, da consistência necessária para proteger o processo eleitoral. E, apesar disso, a Corte tem que agir, uma vez que tal argumento não pode ser invocado pelos juízes como fundamento para não enfrentarem os problemas que se apresentam, rotineiramente, como passíveis de comprometer o processo eleitoral. Além do que, essa resposta tem que ser célere, pois o Calendário Eleitoral tem período certo – de início e término, e prazos estreitos e improrrogáveis.

Desse modo, o ativismo da Corte Eleitoral poderia ser tomado como uma forma de superar as dificuldades típicas da seara eleitoral. Entretanto, algumas peculiaridades têm dificultado a consolidação de uma jurisprudência precisa em matéria eleitoral e merecem aqui ser mencionadas, usando-se como fio condutor as lições de Maria Tereza Sadek:

A instabilidade da legislação também tem estimulado a pluralidade de decisões. [...] Mudanças constantes dificultam o desenvolvimento de entendimentos uniformes e a criação de padrões de comportamento. Como, contudo, a legislação é modificada a cada eleição, torna-se difícil a sedimentação de regras seguras sobre as diferentes etapas do processo eleitoral. Assim, durante o processo, quando contestadas, leis podem ser modificadas pelo TSE.²⁴²

Embora as anotações supracitadas tenham sido tomadas antes da vigência da Lei nº 9.504/97 – a chamada Lei Geral das Eleições, promulgada com o ânimo de reger os pleitos eleitorais daí em diante²⁴³ –, quando as regras ainda eram publicadas com vistas a reger um pleito especificamente, a situação de instabilidade apontada permanece à mercê das viradas bruscas da jurisprudência eleitoral e do exercício do poder normativo do TSE, que lança, a cada pleito, novas regras sem qualquer preocupação com a incerteza, a insegurança jurídica que tais mudanças ocasionam, principalmente quando tomadas durante e mesmo depois de encerrado o Calendário Eleitoral.

O segundo argumento busca justificar o ativismo da Justiça Eleitoral invocando a

²⁴² SADEK, Maria Tereza Aina. *A justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1995. p. 63.

²⁴³ Em decorrência do princípio da anualidade das leis eleitorais, a Lei nº 9.504/97 passou a vigor a partir das eleições de 1998.

omissão do Legislativo, sua dificuldade em construir uma agenda própria, de legislar adequadamente ou responder sobre os vícios e defeitos próprios do processo político. Aqui, também se pode identificar um voluntarismo especial da Justiça Eleitoral ao criar direito novo, enquanto advoga proteger o processo democrático.²⁴⁴ Nesse contexto, o direito parece envolver a política, colocando as discussões dos principais temas de uma comunidade como questões de direito, ou de direitos.

Nesse sentido, a agenda de discussão e decisão política passa a ser tomada pela jurisprudência constitucional, uma vez que o Judiciário coloca-se claramente, decididamente, como mecanismo de solução aos desacordos próprios das arenas majoritárias.

Perceba-se que os dois argumentos geralmente utilizados para justificar o ativismo do judiciário são a fragilidade da legislação e a desídia do Parlamento. Portanto, o ativismo teria, na sua raiz, uma inaptidão do Legislativo para se desincumbir de suas atribuições. Por fim, seria o Legislativo que daria causa a que o Judiciário, quase que como um Messias, viesse para resolver os problemas do processo democrático do qual o Legislativo não consegue dar conta.

No entanto, essa parece ser uma análise um tanto quanto estreita. É preciso aprofundar mais os questionamentos de por que a judicialização é tão presente no caso brasileiro. Como visto, muito se argumenta que as decisões judiciais têm avançado em matéria eleitoral, fundamentalmente, por conta do espaço que a política tem deixado em aberto para a tomada de decisão. Melhor dizendo, é como se essa postura mais ativista do TSE fosse uma necessidade, fruto das inconsistências da atividade legislativa em matéria eleitoral, seja pela ausência de legislação, seja pela contradição entre os estatutos legislativos.

Nessa linha, a justificativa comum é que a judicialização tem lugar, em larga medida, devido às omissões do legislador, que tem se demonstrado incapaz de lidar com os problemas próprios da arena política. E é isso que estaria na base da justificação, muito mais do que um (pres)uposto voluntarismo particular do Poder Judiciário em dar respostas sobre determinadas questões políticas, fazendo valer desse suas próprias preferências políticas.

Não parece que se deva satisfazer-se com esse tipo de resposta. É claro que as inconsistências da legislação eleitoral influem nas posturas dos tribunais eleitorais, mas isso não explica tudo. É preciso que se considere a hipótese de o Judiciário ter uma disposição

²⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, Vitor Emanuel Marchetti. *Poder judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) -- Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

especial para decidir e resolver determinados temas (e problemas) do processo político, muito mais do que a incapacidade do Legislativo de tratar de seus próprios problemas.

Desse modo, pode-se distinguir duas fundamentações possíveis para o avanço da judicialização da política em matéria eleitoral, de uma forma mais cuidadosa. De um lado, a razão seria a incapacidade do Poder Legislativo de fazer cumprir sua agenda, de modo que, diante do fato dessa instituição não ser capaz de resolver parte dos problemas do processo político, essa função recairia sobre o Poder Judiciário. De outro lado, haveria um voluntarismo do Poder Judiciário, na medida em que ele teria uma aptidão especial para resolver os problemas do processo político através de decisões inovadoras em matéria eleitoral.

Parece que a postura (voluntarista) ativista da Justiça Eleitoral estaria muito mais presente que a alegada inércia legislativa. Esta é uma linha que se pode acompanhar a partir do trabalho de Vitor Emanuel Marchetti Ferraz Junior que, baseado em análises empíricas da relação entre a atuação da Justiça Eleitoral e do Parlamento sobre um variado número de casos (verticalização, número de vereadores, cláusula de barreira e fundo partidário), verificou que a “judicialização da competição político-partidária [...] se deu mais pelo voluntarismo do Judiciário, favorecido pela força institucional conferida pelo modelo de governança eleitoral que adotamos, do que por uma possível deficiência do Legislativo em tratar do tema”.²⁴⁵

Além disso, existe um outro ponto a ser considerado: e quando é a própria política que judicializa? Isso certamente ocorre e fornece um outro problema, que se passa ora a analisar.

4.2.1 A Política que Judicializa

No Brasil, além do voluntarismo judicial, o que se tem percebido, com alguma frequência, é que os próprios parlamentares tratam de judicializar grande parte dos temas. E

²⁴⁵ “Ao longo da análise dos casos estudados aqui, trouxemos duas possíveis abordagens para avaliarmos o porquê dessa judicialização da competição político-partidária no Brasil. A primeira seria a hipótese de que o avanço do Judiciário refletia certa inoperância do Legislativo devido à sua dificuldade em definir e aprovar uma agenda própria, convivendo com uma legislação frágil, dúbia e instável para regular a competição político-partidária. O que permitiria ao Judiciário se posicionar dentro desses vácuos deixados pela legislação. Outra hipótese era a de que o Judiciário avançava independentemente dessas possíveis deficiências das normas. Tanto o TSE como o STF, apresentariam certo voluntarismo para identificar e corrigir, através de interpretações inovadoras, possíveis vícios da competição político-partidária. Nos casos analisados anteriormente – verticalização, número de vereadores, cláusula de barreira e fundo partidário – tentamos mostrar que a segunda hipótese apresentava muito mais força explicativa para a judicialização da competição política do que a primeira”. FERRAZ JÚNIOR, Vitor Emanuel Marchetti. *Poder judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais*. 2008. p. 209-210. Tese (Doutorado em Ciência Política) -- Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

isso envolve questões profundas em que o Parlamento brasileiro tradicionalmente tem se omitido. Questões que reclamam um posicionamento dos parlamentares, mas que podem resultar na perda de votos de determinada parcela do eleitorado em eleições futuras.

José María Maravall é um dos que têm se interessado em analisar como, sob determinadas condições políticas e institucionais, os políticos podem colocar a democracia contra o Estado de Direito, e vice versa. Para tanto, examina o uso estratégico de decisões judiciais por parte dos políticos. Nessa medida, os estudos de Maravall são interessantes para se pensar como o Judiciário pode ser utilizado pela arena política segundo seus interesses.²⁴⁶

A análise de Maravall toma por base três argumentos, sendo os dois primeiros relacionados à oposição. Senão vejamos: (a) se o controle sobre os políticos é, em alguma medida, limitado, a probabilidade de que a política se judicialize aumenta. Esse seria o caminho natural para a manifestação da oposição; (b) quando governo e oposição respeitam as regras do jogo, a oposição aceita os resultados do jogo democrático porque crê que, num cenário próximo, poderá vencer as eleições. Se acaba perdendo, novamente, a oposição passa a concluir que não conseguirá vencer com as atuais regras do jogo e o ativismo se torna um novo instrumental de disputa: uma alternativa para vencer o atual vencedor.

O terceiro argumento diz respeito ao governo. Sob determinadas condições políticas e institucionais, em um cenário de juízes independentes, mas não neutros, um governo pode manipular o ativismo judicial, a fim de consolidar seu poder e enfraquecer a oposição. Isso ocorre quando o governo encontra apoio mais forte no judiciário que no eleitorado e teme que sua vulnerabilidade em relação aos eleitores permaneça no futuro. O governo pode, portanto, tentar modificar a seu favor o equilíbrio de poder e influência, usando o Estado de Direito contra seus adversários políticos, que tanto podem ser a oposição parlamentar, como a mídia e os grupos de interesses hostis.

Além disso, têm-se razões para não entender o Poder Judiciário acima da política, como instituição capaz de ser neutra e imparcial (a partir de sua independência). Isso, pois, na linha de Maravall, juízes independentes, mas não neutros, podem servir de instrumento para iniciativas dos políticos, que acabam criando oportunidades para um conflito entre os tribunais e a democracia. Desse modo, quando o Estado de Direito se torna uma arma política, alguns de seus princípios são eventualmente comprometidos.²⁴⁷

²⁴⁶ Nesse texto, o autor tem examinado situações (como as apresentadas) em que democracia e Estado de Direito estavam em desequilíbrio, com os políticos subvertendo um lado, ou o outro. Ver: MARAVALL, José Maria; PRZEWORSKI, Adam (Org.). *Democracy and the rule of law*. New York, 2003. p. 161-301.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 161-301.

De todo modo, se se considera que o Legislativo se vale, ou pode se valer, da judicialização para assegurar determinados interesses que lhes são próprios, é preciso ter-se em conta que isso só lhes beneficia no curto prazo. É o que diz Dieter Grimm, ao observar que as questões levadas ao processo judicial costumam ter fim com a tomada de decisão, de modo que a deliberação dos conflitos na fase política pode ser interrompida prematuramente. Muitas vezes isso é do interesse do próprio Legislativo, jogando as medidas impopulares para o Judiciário. Mas isso só beneficia os atores políticos no curto prazo, uma vez que

A longo prazo, isso resulta num considerável enfraquecimento, uma vez que as questões submetidas à jurisdição constitucional não são facilmente recuperadas pela decisão política. A espiral parece como tal: quanto mais as decisões são relegadas às cortes, menos espaço é deixado para a decisão política, as eleições importarão menos e será mais difícil obter uma alteração ou inovação. Em outras palavras, haverá o risco de a jurisdição constitucional manter o *status quo*, desvalorizando instrumentos tradicionais da democracia e favorecendo a ossificação do processo político. Ao final, o resultado pode ser um bloqueio à política e uma perda da legitimidade para a política como um todo.²⁴⁸

Não obstante, também ocorre, muito frequentemente, de mesmo em questões puramente internas, em que se discute, por exemplo, desacordos sobre o Regimento Interno da Casa legislativa, ou de procedimentos de votação, os legisladores apelarem ao Supremo Tribunal Federal para lhes dizer como eles próprios devem solucionar seus desacordos. Da mesma forma, judicializam-se as eleições. E este talvez seja o aspecto mais importante do fenômeno neste ponto.

A disputa eleitoral tem se estendido, em um grande número de casos, e por todo o Brasil, ao âmbito dos tribunais eleitorais. É o que Adriano Soares da Costa, e de resto todos que militam na seara eleitoral, convencionaram chamar de “terceiro turno” das eleições.²⁴⁹ Bom, por óbvio, é um terceiro turno em que a legislação já prevê a realização de um segundo, ou segundo turno em que não exista tal previsão legal.

Dessa maneira, o resultado de muitas eleições tem ficado para a Justiça Eleitoral decidir. São questões que envolvem deturpações, vícios e fraudes capazes de comprometer a lisura das eleições, tais como abusos de poder econômico e político, inelegibilidades, captação ilícita de sufrágio, dentre tantos previstos na legislação de regência e que são submetidos à apreciação do judiciário.

²⁴⁸ GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, p. 4-5, out./dez. 2006.

²⁴⁹ COSTA, Adriano Soares *Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno*. [S.l.], 26 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.adriano-soaresdacosta.blogspot.com>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

Embora fatos deste jaez ocorram em diversos países é, sobretudo, “em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro”²⁵⁰, que encontram solo fértil.

Mas, no Brasil, essa ainda é uma questão bastante tormentosa. Com efeito, algumas decisões da Justiça Eleitoral têm causado perplexidade pela forma, por exemplo, como a prova é delimitada: admitem-se gravações clandestinas, a prova testemunhal é valorizada ao extremo, chegando-se, em muitas oportunidades, a ter eleições majoritárias anuladas, mandatos cassados, inelegibilidades impostas, tudo com fundamento na compra de um único voto, fato comprovado através de uma única prova testemunhal.

Contra esse entendimento, Óscar Sánchez Muñoz entende que, desde o ponto de vista da proteção da igualdade de oportunidades nas eleições, quando se produzem violações individualizadas, sobre eleitores determinados, em que não se pode supor que todo o processo eleitoral foi viciado, o controle adequado contra esse tipo de caso deveria ser penal, sem que se possa justificar uma via de impugnação do resultado eleitoral por parte dos candidatos ou partidos prejudicados, salvo quando o número de eleitores afetados pelas violações à sua liberdade seja tão elevado que se poderia por em discussão o próprio resultado da eleição.²⁵¹

Não obstante, há casos em que a cassação de mandato (cargos majoritários) resulta na diplomação e posse do segundo colocado²⁵², exatamente aquele que fora rejeitado pelas urnas e que deveria – pelo menos era de se esperar que assim o fosse – assumir o papel de oposição. Ao invés disso, é proclamado eleito e diplomado pela Justiça Eleitoral, sendo empossado no cargo para o qual não foi eleito, passando a exercer um mandato que a soberania popular não lhe outorgou.

Não se parece claro, em casos da espécie, que a postura adotada pela Justiça Eleitoral tenha sido, democraticamente, a mais adequada, visto que, ao assim decidir, a Justiça Eleitoral substitui-se, totalmente, à vontade do eleitor, na medida em que declara eleito e diplomado, exatamente, aquele que as urnas derrotaram.

A dificuldade é saber se a judicialização (talvez excessivamente) empregada pela Justiça Eleitoral, quando responde sobre hipóteses de perda de mandato eletivo ou cassa registros, tem apresentado respostas capazes de fortalecer efetivamente a democracia.

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate “positivismo (neo) constitucionalismo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 265-320.

²⁵¹ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 46.

²⁵² Tais situações serão analisadas em capítulo próprio, no qual se explicitará as hipóteses em que as mesmas se apresentam e as suas consequências.

Como afirma Desiree Salgado,

O afastamento imediato de candidatos ao pleito ou de mandatários, que ainda passarão pelo crivo popular ou que obtiveram o apoio da população, deve ser feito com muita cautela, sob pena de esvaziar a disputa eleitoral. Corre-se o risco, ainda, de afastar o cidadão do debate eleitoral, a partir de uma excessiva tutela ou de uma desconsideração total de suas escolhas.²⁵³

Outro aspecto que se coloca é que os próprios candidatos e os partidos políticos/coligações têm utilizado o chamado “terceiro turno” da disputa eleitoral como estratégia de manutenção de poder político.

Nesse entendimento, a judicialização, que costumava servir como instrumento de defesa de grupos minoritários, desfavorecidos do processo político, de minorias marginalizadas, que, de outra forma dificilmente teriam seus reclamos considerados na arena política, passou a ser utilizada por uma nova espécie de minoria, composta por aqueles que, não tendo obtido êxito nas disputas eleitorais, recorrem à Justiça como forma de preservar seu prestígio político, mantendo acesa a esperança de chegada, ou de manutenção no poder, recorrendo ao terceiro turno eleitoral.

Nessa senda, como reflete Gilberto Amado, tais grupos demonstram o pouco respeito que se tem pelo voto no Brasil. Em suas palavras, “o vencido nas urnas não se considera vencido e trata por todos os meios de disputar com o vencedor as vantagens da vitória. Daí a luta do reconhecimento de poderes”.²⁵⁴ E essa luta até pode ser legal, mas é aética, para se dizer o mínimo, e não pode encontrar ressonância na atuação da Justiça Eleitoral.

Portanto, a judicialização das eleições pode apresentar contornos problemáticos. E nesse caso, há que se refletir se, após cassar-se o mandato do primeiro colocado, diplomar o segundo colocado é, realmente, a melhor resposta. No entanto, este tema será devidamente aprofundado no capítulo seguinte, sobretudo a partir da análise de casos concretos.

4.2.2 Ainda a Dificuldade Contramajoritária da Justiça Eleitoral Brasileira

As regras da competição político-partidária no Brasil vêm sendo ultimamente alteradas significativamente por decisões judiciais, oriundas tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Tribunal Superior Eleitoral. Essas alterações, muitas vezes, ocorrem com o processo eleitoral já inaugurado e até mesmo após o encerramento do calendário eleitoral.

²⁵³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 113-114. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

²⁵⁴ AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*: curso de direito político. Brasília, Senado Federal, 1999. p. 44.

Também, nem sempre se atém à regulamentação de normas já postas pelo legislador, seja em sede ordinária, complementar ou constitucional. Ao contrário, inovam na limitação de direitos, criam obrigações, estabelecem ritos processuais, e às vezes, retrocedem para alcançar fatos anteriores às suas publicações ou para retirá-las do sistema jurídico, numa virada da jurisprudência, sem qualquer compromisso com as consequências decorrentes de suas aplicações no decorrer do processo eleitoral.

Isso faz com que se tenha, no mesmo pleito, casos cujos fatos são exatamente iguais com deslindes completamente opostos, mesmo tendo sido apreciados pela mesma Corte, com a mesma composição e em decisão tomada à unanimidade na mesma Sessão de Julgamento.

Assim, é de se prever a enorme insegurança e incerteza jurídica que tal atuação francamente ativista da Justiça Eleitoral tem provocado. Mas, a situação fica ainda mais complexa quando se observa que tal ativismo se fundamenta em um autoconcedido poder regulamentar, que não encontra guarida na Constituição Federal.

O que há no sistema jurídico são regras de constitucionalidade extremamente duvidosas, previstas no Código Eleitoral, instituído pela Lei Nº 4737, de 15 de julho de 1965²⁵⁵, portanto, antes da vigência do atual regime constitucional que, na opinião de grande parte da doutrina, sequer foi recepcionado pela Carta de 88, e pela Lei nº 9.054/97, a denominada Lei Geral das Eleições, que possui natureza de lei ordinária.

Entretanto, a regra inserta no art. 105 da referida lei impõe claros limites ao dito poder regulamentar atribuído ao TSE, ao determinar, de forma clara e incontestada, que as instruções que se fundamentem naquela autorização legal não poderão restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das ali previstas pelo motivo óbvio de que o objetivo da regulamentação é lhe dar “fiel execução”.²⁵⁶

De fácil percepção, a Corte Eleitoral vem transbordando, e muito, dos limites acima mencionados. Basta que se relembre o caso da infidelidade partidária, em que o TSE, via Resolução, criou uma nova modalidade de perda de mandato eletivo, fixando as suas causas ensejadoras, o rito, os prazos, o órgão competente para conhecer a ação, os legitimados e o recurso cabível para desafiar as decisões que daí advenham. E esse é apenas um singelo exemplo. Poder-se-ia citar, sem dificuldade, mais outros tantos.

Mas não é só. Também o resultado das eleições majoritárias, as que se destinam à

²⁵⁵ Lei nº 4737/65, 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. BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

²⁵⁶ Lei nº 9.504/97, Art. 105. BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

escolha dos chefes do Poder Executivo, vêm, em grande quantidade, sendo decididas por sentenças da Justiça Eleitoral.

E esse quadro também é de fácil comprovação, como se vê: nas eleições municipais de 2008, dos 224 municípios do Estado do Piauí, 24 realizaram eleições suplementares²⁵⁷, ou seja, cerca de 10% dos municípios piauienses tiveram as eleições anuladas. E alguns deles, como é o caso de Cel. José Dias e São Francisco de Assis do Piauí, pequenos municípios com cerca de 4,5 mil eleitores cada um, foram administrados por três prefeitos diferentes no período de 2009/2012. Sem muito esforço, percebe-se que foram anulados quase todos os votos depositados nas urnas pelos eleitores no pleito de 2008 naqueles municípios.

É por fatos como esses que, em grande medida, as críticas que o Poder Judiciário costuma receber pelo exercício de revisão judicial têm recaído com especial destinação sobre a Justiça Eleitoral, conforme se demonstrará em seguida, em capítulo dedicado ao estudo mais pormenorizado, não só dos instrumentos jurídicos disponíveis no sistema processual brasileiro, mas a forma como os mesmos vêm sendo manejados e as suas repercussões sobre o sistema eleitoral. Nesse sentido, o estudo a seguir será feito tendo por lastro um caso concreto, julgado inicialmente no Estado do Piauí, o qual, a nosso juízo, apresenta uma moldura fática apta a verificar as hipóteses propostas para este trabalho.

²⁵⁷ Informação constante no site do TRE. PIAUÍ. Tribunal Regional Eleitoral do Piauí. Teresina, 2014. Disponível em: <<http://www.tre-pi.jus.br/>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

5 A SOBERANIA POPULAR E O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA INTERFERIR NO RESULTADO DAS ELEIÇÕES

Diante das diversas formas de influenciar ilegitimamente a vontade do eleitor e interferir no resultado das eleições, tais como o abuso do poder econômico e político, abuso dos meios de comunicação, a corrupção e a fraude – incluindo-se aí, também, a captação ilícita de sufrágio –, necessário se faz que os mecanismos legais disponibilizados para seu enfrentamento sejam eficazes.

Assim, considerando-se o caso brasileiro e os mecanismos disponibilizados para garantir-se a legitimidade das eleições, se examinará neste capítulo se os instrumentos jurídicos engendrados pelo legislador e postos à disposição do Judiciário e dos demais atores do processo eleitoral têm contribuído, efetivamente, para assegurar a igualdade de oportunidades entre os candidatos e partidos políticos, garantindo igualmente a plena liberdade dos cidadãos quando do processo de escolha dos seus representantes.

Analisa-se, de outro modo, se, contrariamente, tais mecanismos têm se prestado mais como instrumento de grupos políticos que, preteridos nas urnas, questionam os resultados das eleições, mais em busca de uma nova oportunidade de chegada ao poder e bem menos para garantir a lisura do pleito. E, ainda, se esses, por estarem estabelecidos em legislações imprecisas e lacunosas, acabam por contribuir com o ativismo judicial e a judicialização dos pleitos, promovendo o deslocamento das decisões do palco da cidadania para o do judiciário.

5.1 A Atuação da Justiça Eleitoral Brasileira nos Casos de Impugnação de Mandatos Eletivos

O Direito Processual Eleitoral foi dotado pelo legislador de determinados instrumentos jurídicos com vistas a garantir a lisura do processo de escolha e a legitimidade da representação popular. Dentre esses, se empreenderá algumas considerações acerca daqueles que têm por escopo desconstituir o mandato ou o diploma dos eleitos, mediante a comprovação de malferimento das regras que regem o jogo democrático, por se relacionarem diretamente com o objeto deste estudo, quais sejam: a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) e o Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED), os quais podem ser ajuizados por partidos políticos ou coligações, candidatos e Ministério Público, levando ao conhecimento da Justiça Eleitoral a prática de ilícitos que impeçam candidatos de participarem do pleito ou de exercerem as

funções para as quais foram eleitos, além de torná-los inelegíveis para essa eleição e para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes.²⁵⁸

5.1.1 O Cidadão à Margem do Processo: quem é o fiscal da cidadania?

Perceba-se que o cidadão/eleitor não foi incluído no rol dos legitimados para o ajuizamento das ações eleitorais, fato que tem sido alvo de severas críticas de estudiosos do tema, visto que a ele, na condição de principal ator do grande palco da democracia, deveria ter sido reservado o papel principal: o de fiscal universal da cidadania, se lhe outorgando legitimidade ativa para todas as ações que visem ao controle da legalidade dos pleitos.

Entretanto, a opção do legislador tem sido, historicamente, a de não incluí-lo dentre os possíveis autores dessas ações²⁵⁹, sob o argumento de que um extenso rol de legitimados poderia provocar entraves consideráveis ao funcionamento da Justiça Eleitoral, que se veria às voltas com centenas ou milhares de ações para decidir, inviabilizando a entrega da prestação jurisdicional no curto e improrrogável lapso de tempo, rigorosamente delimitado pelo Calendário Eleitoral.

Tais razões são severamente refutadas pela doutrina, pois revela(ria)m o que se pode(ria) identificar como mais uma forma de tutelar a participação do eleitor, sempre visto como o hipossuficiente no processo eleitoral, gerando um efeito que Ruy Spindola identifica como de “infantilização do eleitor”.²⁶⁰

Com efeito, não apenas nas ações acima declinadas, mas, de resto, em todas as demais que compõem o denominado “microsistema eleitoral”²⁶¹, conforme já se adiantou, não se incluiu o eleitor entre os legitimados ativamente para o seu manejo.

Os que advogam contra essa possibilidade, geralmente, recorrem aos seguintes argumentos: (a) a ampliação do rol de legitimados comprometeria a celeridade do processo

²⁵⁸ LC nº 135/10, art. 2º, I, d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

²⁵⁹ O Código Eleitoral, instituído pela Lei nº 4.737/65, Art. 356. “Todo cidadão que tiver conhecimento de infração penal dêste Código deverá comunicá-la ao juiz eleitoral da zona onde a mesma se verificou. § 1º Quando a comunicação fôr verbal, mandará a autoridade judicial reduzi-la a termo, assinado pelo apresentante e por duas testemunhas, e a remeterá ao órgão do Ministério Público local, que procederá na forma dêste Código.” Tal disposição, em termos bem semelhantes permeia toda a legislação eleitoral em vigor.

²⁶⁰ A expressão é utilizada por Ruy Samuel Espíndola, dentre outras manifestações do autor, no artigo intitulado “Os excessos do TSE no uso do seu poder regulamentar”. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Os excessos do TSE no uso do seu poder regulamentar. *Conjur*, São Paulo, 11 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-11/ruy-samuel-espindola-abuso-poder-regulamentar-tse>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

²⁶¹ Expressão utilizada, dentre outros, por José Jairo Gomes, esclarecendo que se trata de “um disciplinamento setorial de determinada matéria”. GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 16.

eleitoral, uma vez que um maior número de ações dificultaria à Justiça Eleitoral observar os exíguos prazos típicos do processo eleitoral; (b) poderia haver um aumento no número de ações provocadas com o especial objetivo de atingir a credibilidade de determinadas candidaturas, causando-lhes instabilidade em proveito próprio ou do grupo pelo qual milita politicamente; (c) o rol de legitimados já é suficientemente extenso, na medida em que inclui também os candidatos, os quais podem impugnar qualquer outro independente dos cargos que disputem, além da possibilidade de atuação concorrente entre todos, ainda que as ações se reportem aos mesmos fatos; (d) o eleitor e as associações civis poderiam recorrer a qualquer desses legitimados, especialmente aos partidos políticos/coligações e ao Ministério Público Eleitoral.

Para Rodolfo Viana, nenhum desses argumentos merece prosperar, posto que, no seu entender, apenas

[...] refletem uma tradição secular de suspeição quanto à ação e aos objetivos das organizações coletivas, que insiste em conceber a dinâmica política como um domínio fechado, cujos protagonistas são os indivíduos, as instâncias estatais e os agentes políticos coletivos tradicionais (partidos políticos). Por outro lado, subscrevem uma visão pessimista quanto à capacidade, do direito, de criar mecanismos com vistas a promover a adequação jurídico-constitucional da faticidade dos comportamentos em torno da proteção do processo eleitoral.²⁶²

Realmente, o debate em torno do tema tem sido bem intenso. Muitos autores, dentre esses Tito Costa, entendem que a legitimidade ativa, ao menos no caso da AIME, deveria se estender a todo e qualquer eleitor²⁶³, posto que, segundo argumentam, seria a mesma verdadeira “ação popular eleitoral”. Nesse sentido, Antônio Carlos Mendes esclarece que tal característica adviria da sua finalidade se prender à “tutela do ‘interesse público’, consistindo na garantia da legitimidade, lisura e normalidade das eleições como forma de assegurar a probidade e moralidade dos eleitos quando no exercício de mandato”.²⁶⁴

O Tribunal Superior Eleitoral, no entanto, optou pelo caminho restritivo, e não considera a legitimidade daqueles que sejam “apenas eleitores”.²⁶⁵ Nessa mesma linha,

²⁶² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 139. Não é objetivo do trabalho rebater essas críticas de modo exaustivo, porque já o fez, com brilhantismo, Rodolfo Viana Pereira, a quem se remete novamente a leitura de seu *Ibid.*, p. 137-160.

²⁶³ COSTA, Antonio Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. São Paulo, RT, 2000. p. 182.

²⁶⁴ MENDES, Antônio Carlos. Aspectos da ação de impugnação de mandato eletivo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 333.

²⁶⁵ Veja, nesse sentido, o seguinte precedente: “Ação de impugnação de mandato eletivo (CF, art. 14, § 11). Legitimidade *ad causam* (LC nº 64/90, art. 22). Não têm legitimidade *ad causam* os apenas eleitores. Recurso conhecido e provido nesta parte. [...]” (Acórdão do TSE nº 11.835, de 09-06-1994, rel. Min. Torquato Jardim).

acompanham-no segmentos da doutrina que concordam com a necessidade prática de que as disputas judiciais na esfera eleitoral tenham mesmo um número restritivo de legitimados, visto que, de outro modo, descaracterizaria a própria natureza da demanda²⁶⁶. Esse argumento é severamente refutado pelos opositores da ideia. Nesse sentido, Rodolfo Viana Pereira arremata:

O direito ao devido processo eleitoral não pode ser contido nos limites intrínsecos dos esquemas, digamos, *oficiais* de exercício da política, mas deve ser ampliado, consoante sua vocação expansiva, a todos os pólos de interesse presentes na sociedade, sejam eles individuais ou coletivos. Na medida em que a ação política exercida em virtude do princípio representativo diz respeito à integralidade dessa sociedade e sobre ela exerce todos os seus efeitos, o interesse de agir em prol da regularidade eleitoral não deve se submeter às limitações características de domínios mais circunscritos da atividade humana, mas antes deve ser reconhecido a todos os que concretamente queiram levar aos tribunais provas do comprometimento de determinada eleição.²⁶⁷

É, portanto, descabida limitação que se impõe justamente ao mais idôneo protagonista do processo eleitoral. Certamente um excesso da legislação complementar, conforme assevera Fávila Ribeiro.²⁶⁸ Mas é Eneida Desiree Salgado que acrescenta importante e incontroverso elemento ao debate, destacando que, quando a Justiça Eleitoral afasta o eleitor do rol de legitimados para a propositura de Ações de Impugnação de Mandato Eletivo, ela o faz ancorada em (simples) resolução. Assim,

No caso da ação de impugnação de mandato eletivo, prevista apenas no texto constitucional, a restrição é feita pelo Tribunal Superior Eleitoral, ao estabelecer em resolução a aplicação do rito previsto na Lei Complementar 64/90, que não inclui o eleitor entre os legitimados. Também o faz em uma ação completamente criada por resolução, sem qualquer fundamento constitucional ou legal [...].²⁶⁹

É como se estivesse presente um componente de invisibilidade ou de desconfiança no eleitor, a quem, ao final, acaba sendo negado o próprio acesso à justiça. Prossegue Desiree:

²⁶⁶ SANTOS, Antônio Augusto Mayer dos. Da ação de impugnação de mandato eletivo: histórico evolutivo e síntese procedimental. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 28, p. 18, abr./jun., 1998.

²⁶⁷ Prossegue: “A lógica deve ser invertida: a necessidade de proteção integral e eficaz do processo eleitoral exige seja concedida prioridade à verossimilhança dos fatos alegados e dos argumentos deduzidos, independentemente de quem tenha dado origem à demanda em concreto. Somente assim se dará o devido reconhecimento, com a necessária proteção, à natureza pública do processo organizatório do princípio representativo. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 129-130.

²⁶⁸ FÁVILA, Ribeiro. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 104.

²⁶⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 115. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

Essa ‘invisibilização’ do eleitor em relação às ações eleitorais se apresenta através de uma constatação: o ‘mero eleitor’ não tem interesse jurídico na propositura de demandas que buscam garantir a autenticidade eleitoral. E esse efeito de um discurso jurídico, pretensamente neutro e imparcial, é sutil e eficaz no desaparecimento de uma pretensão legítima, afastando o eleitor do acesso à justiça.²⁷⁰

Assim, resta ao eleitor que deseje levar ao crivo do Judiciário os ilícitos eleitorais dos quais tenha conhecimento, fazê-lo através de representação ao Ministério Público Eleitoral (MPE) ou através de partidos ou coligações ou, ainda, de candidatos.

No Piauí, conforme dados do Tribunal Regional Eleitoral, o quadro de ajuizamentos de ações eleitorais demonstra que os que mais manejam tais ações são os candidatos, seguidos dos partidos/coligações. Não se percebe no período estudado (eleições 2004 e eleições 2008) uma produção destacada de impugnações aforadas pelo Ministério Público, conforme demonstra a Tabela 1.

Ressalte-se, outrossim, que a presença do Ministério Público é obrigatória em todas as ações e atos do processo judicial eleitoral, seja na condição de autor, seja na de *custus legis*.

5.1.2 Dos Instrumentos Judiciais Eleitorais Garantidores da Lisura do Pleito

Embora não seja o objetivo deste estudo traçar um perfil mais aprofundado dessas ações, convém que se delimite o objeto e a natureza de cada uma delas, distinguindo-as entre si, visto que interessa, neste momento, e particularmente, examinar a atuação da Justiça Eleitoral quando instada a resolver os desacordos do processo eleitoral e a controlar a lisura do pleito. Importa, então, examinar se os instrumentos legais que lhe são disponibilizados, quando invocados, têm sido eficientes ou se, em outro giro, têm-se revelado lacunosos e ineficientes, favorecendo, assim, o ativismo judicial, na medida em que obriga o julgador a realizar verdadeiras “acrobacias hermenêuticas”, na exata expressão cunhada por Valmir Pontes Filho.²⁷¹

Antes, entretanto, convém que se registre o momento histórico em que cada uma delas surgiu, a fim de que se possa identificar as suas peculiaridades. Nesse giro, é bom se anotar que, até o advento da Constituição de 1988, o único instrumento jurídico hábil à desconstituição do diploma de eleito expedido pela Justiça Eleitoral era o Recurso Contra a Expedição do Diploma, o

²⁷⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 115. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

²⁷¹ PONTES FILHO, Valmir. Constituição e Legislação Eleitoral: necessidade de sua permanência. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 198.

qual era cabível em razão de inelegibilidades e erros no cálculo do quociente eleitoral e partidário, dentre outras hipóteses previstas no artigo 262 do Código Eleitoral.²⁷²

Contudo, quando da promulgação da Lei n.º 7.664/88, que estabeleceu as normas para as eleições municipais de 1988, o legislador ordinário incluiu no seu art. 24 uma ação eleitoral, distinta do RCED, capaz de impugnar o mandato eletivo, mediante petição instruída com provas pré-constituídas do abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. Entretanto, não lhe atribuiu rito, não fixou prazos, nem recursos cabíveis. Apenas determinou que a mesma tramitasse em segredo de justiça, “respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má fé”.²⁷³ Havia vedação expressa ao seu manejo após a diplomação. Tal requisito, somado à necessidade de instruir a inicial com prova judicializada, certamente contribuiu definitivamente para a sua ineficácia.

Com a Constituição de 1988, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo nasceu com o *status* de norma constitucional, tendo por causa de pedir, no prazo de quinze dias contados da diplomação, as mesmas já insertas na lei que a previra anteriormente. Mas essa que é considerada verdadeira ação popular eleitoral²⁷⁴ também nunca foi regulamentada, o que dificultou e desestimulou de início a sua aplicação, mercê dos intensos debates travados tanto sobre o rito que lhe seria aplicável como quanto à efetividade de seu dispositivo. Por fim, prevaleceu o entendimento de que se trata de norma constitucional de eficácia plena, podendo ser materializada em decorrência direta do texto da Constituição²⁷⁵, expresso com o seguinte teor:

Art. 14, § 10: O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11: A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

²⁷² O Art. 262, do Código Eleitoral atualmente possui a seguinte redação: “Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)”.

²⁷³ Art. 24. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral (vetado após a diplomação), instruída a ação com provas conclusivas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude e transgressões eleitorais. Parágrafo Único. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

²⁷⁴ Termo utilizado, dentre outros, por Antônio Carlos Mendes. MENDES, Antônio Carlos. Aspectos da ação de impugnação de mandato eletivo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 333.

²⁷⁵ As lacunas por conta da falta de regulamentação foram resolvidas por via jurisprudencial, com entendimentos construídos a partir do uso da analogia ou da aplicação subsidiária de outros dispositivos normativos.

Embora se perceba que o Recurso Contra a Expedição do Diploma tenha por objeto desconstituir o diploma²⁷⁶ e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, o mandato, na prática, no que se refere ao exercício do cargo em disputa, não há muitas diferenças nos efeitos das decisões de ambos, visto que, ao final, resta o candidato, cuja sentença proferida em qualquer das ações reconheça tenha sido eleito em desconformidade com as regras do processo eleitoral, inviabilizado para exercer o mandato. Fica claro que a cassação do diploma inviabiliza a assunção do mandato.

Terceira via a ser seguida com o intuito de se preservar a lisura dos pleitos alcançando o exercício do mandato, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral tem previsão sediada no art. 22, da Lei Complementar nº 64/90, e possui por finalidade apurar o uso indevido, o desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou ainda a utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, praticados com o objetivo de beneficiar candidato ou partido político, interferindo no exercício do livre convencimento eleitoral.

Tem, ainda, por escopo, apurar fatos praticados em desacordo com a lei nº 9.504/97, a denominada Lei Geral das Eleições. Sendo assim, intentou o legislador dotar o processo judicial eleitoral de instrumento jurídico apto a garantir a liberdade do voto, controlando, especialmente, a utilização da denominada máquina pública em favor de candidatos apadrinhados por grupos políticos que se encontrem no exercício do poder.

A utilização da AIJE no processo eleitoral suscitava muitas controvérsias quanto aos seus efeitos, as quais decorriam diretamente do conteúdo do inciso XIV, do art. 22, segundo o qual, julgada procedente a representação, seria declarada a inelegibilidade do representado e dos que houvessem contribuído com o ato, cominando-lhes pena de inelegibilidade, além da cassação do registro do beneficiado, determinando-se a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para a instauração de processo disciplinar, se fosse o caso, e o processo crime, além de quaisquer outras providências cabíveis.

Assim, até a promulgação da LC nº 135/10, prevalecia o entendimento de que não seria possível a perda do diploma de candidato condenado por AIJE, após o ato de concessão do mesmo, o que tornava tal ação ineficaz nesse particular. Para se alcançar o diploma, portanto, necessário seria o manejo de outra ação com essa finalidade específica, no caso, a

²⁷⁶ Anote-se que, embora tenha sido denominado de “recurso” pelo legislador infraconstitucional, trata-se o RCED de verdadeira ação, posto que, conforme leciona Adriano Soares da Costa, “os recursos são interpostos contra as decisões judiciais, devolvendo o conhecimento da matéria, total ou parcialmente.” Portanto, ainda conforme leciona o referido doutrinador, não sendo a diplomação decisão judicial, mas ato administrativo declaratório que atesta os eleitos e os suplentes, não há que se falar em recurso e sim em ação. COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a LC 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013. No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence, para quem RCED é verdadeira ação impugnatória de diploma em primeiro grau pelos tribunais (JTSE, 3/95/155-56).

Ação de Impugnação de Mandato Eletivo ou mesmo o Recurso Contra a Diplomação, conforme construção jurisprudencial, posteriormente incorporada à legislação ora em comento.²⁷⁷ Agora, a própria AIJE já atende a essa finalidade, mercê das alterações introduzidas no referido dispositivo, que passou a vigor com a seguinte redação:

XIV – julgada procedente a representação, *ainda que após a proclamação dos eleitos*, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições *a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou*, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar. (grifos nossos).

O que se percebe, de plano, é que todas as ações em comento possuem o condão de, uma vez julgadas procedentes, inviabilizarem o exercício das funções do cargo para o qual o candidato penalizado fora eleito, posto que atingem o registro, ou diploma ou o mandato. Esses eventos inviabilizam, em conjunto ou separadamente, a posse no cargo para o qual concorrera candidato cassado. Outro efeito comum a todas é a declaração de inelegibilidade por oito anos, conforme expresso na LC nº 135/10.²⁷⁸

Quanto ao rito, há também grande aproximação entre elas, visto que utilizam, desde a fase de instrução até o julgamento, aquele previsto na LC nº 64/90 para a impugnação ao pedido de registro de candidatura – nos casos da AIME e do RCED. Já a AIJE tem rito próprio (art. 22, LC 64/90), o qual é aplicável às demais representações eleitorais (captação ilícita de sufrágio²⁷⁹, abuso dos meios de comunicação²⁸⁰ e condutas vedadas²⁸¹ aos agentes públicos cujos cargos estejam em disputa no pleito.

A (co)existência de várias ações com efeitos similares causa grande perplexidade entre os que, de alguma maneira, se aproximam do processo judicial eleitoral, e, mais ainda, quando se tem que essas não se excluem mutuamente, ainda que ancoradas nos mesmos fatos e provas, pois, conforme pacífica e remansosa jurisprudência do TSE, trata-se de ações

²⁷⁷ Perceba-se aqui um exemplo típico da jurisprudência eleitoral inspirando o legislador.

²⁷⁸ LC 135/10, art. 2º, I, “d”. “os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes”.

²⁷⁹ Lei nº 9.504/97, art. 41-A.

²⁸⁰ LC nº 64/90, art. 22.

²⁸¹ Lei nº 9.504/97, art. 73 e seguintes.

autônomas, com causas de pedir próprias e consequências distintas, não havendo que se falar aqui em litispendência. Veja-se, a título de exemplo:

AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL 28025 RJ (PUBLICADO EM 11/09/2009). **AIJE, AIME E O RCED. AÇÕES AUTÔNOMAS. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. REPRESENTAÇÃO FUNDAMENTADA NO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. AÇÃO PROPOSTA ANTES DA DIPLOMAÇÃO DOS ELEITOS. REGULARIDADE. AGRAVOS IMPROVIDOS. I - São **autônomos** a ação de investigação judicial, a ação de impugnação de mandato eletivo e o recurso contra expedição de diploma, pois possuem requisitos legais próprios e consequências distintas. II - As representações com fundamento no art. 41-A da Lei nº 9.504 /97 podem ser proposta até a data da diplomação dos eleitos. Precedentes. III - Agravos regimentais improvidos. **Encontrado em:** Precedente: AG Nº: 7191 (AAG) - BA, AC. DE 04/09/2008, Rel.: JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES - **Autonomia...** PARGENDLER - **Autonomia** de meios processuais Precedente: RESPE Nº: 26118 (RESPE) - MG, AC. DE 01/03/2007,... Rel.: JOSÉ GERARDO GROSSI - **Autonomia** de meios processuais Precedente: RESPE Nº: 26040 (ARESPE) – SP. (grifo do autor).**

E é assim que, em um mesmo pleito, nos deparamos, amiúde, com ações diferentes, fundamentadas nos mesmos fatos e nas mesmas provas. Por exemplo, a entrega de uma dádiva em troca do voto de um eleitor pode servir de fundamento fático para uma AIJE por captação ilícita de sufrágio (tipo descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, cuja apuração se dá em AIJE); para uma AIME (a doação pode ter gravidade para comprometer a lisura do pleito, caracterizando abuso do poder econômico) ou um RCED (que também tem sido aceito para os mesmos fins). Por óbvio, os riscos de que cada uma delas chegue a conclusões distintas são enormes, embora aqui incida a regra de prevenção prevista no art. 260 do Código Eleitoral, que determina: “a distribuição do primeiro recurso que chegar ao Tribunal Regional ou Tribunal Superior, prevenirá a competência do relator para todos os demais casos do mesmo município ou Estado”.

Maior estranheza, ainda, causa quando um fato é reconhecido como ilícito em uma ação e na outra não; ou quando é reconhecida a sua veracidade em uma ação e na outra não; ou quando reconhecida a ocorrência do crime e o mandato é cassado, o candidato é imediatamente afastado do cargo em uma e, na outra, recorre no exercício do mandato, visto que, em uma, os efeitos da decisão são imediatos e, na outra, reclama trânsito em julgado.

Registre-se que a AIME e o RCED foram instituídos em momentos diferentes, para atender a demandas políticas em diferentes contextos históricos. Daí falar-se que a AIME poderia servir de complemento ao RCED. É porque, até por volta da década de 1980, o processo eleitoral não gozava de uma proteção efetiva. Isso por conta das dificuldades que o

RCED enfrentava para assegurar a soberania popular, devido à sua característica de restrição quanto ao processo de produção de provas.²⁸² Com efeito, conforme jurisprudência do TSE, a prova apta a instruir processo de RCED deveria ser pré-constituída e judicializada, devendo seguir já com a inicial. Portanto, praticamente não havia instrução processual.²⁸³

Dessa forma, nos dizeres de Rodolfo Viana Pereira,

[...] o legislador foi pressionado a introduzir na ordem jurídica um mecanismo mais eficaz contra os mandatos introduzidos em contrariedade à regularidade eleitoral. A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo nasceu para fazer face a tais desafios.²⁸⁴

Quanto ao RCED, importante que se anotem os últimos revezes sofridos pelo art. 262, do Código Eleitoral, que alberga a ação aqui em comento. Com efeito, antes mesmo da promulgação da intitulada “minirreforma eleitoral” que lhe excluiu os incisos de I a IV, na Sessão realizada no dia 18 de setembro de 2013, o Tribunal Superior Eleitoral, pelo voto da maioria dos ministros (4 a 3), declarou inconstitucional o artigo 262 do Código Eleitoral, em voto condutor do Ministro Dias Toffoli que, no julgamento do RCED nº 884, em Questão de Ordem, levantou, de ofício, preliminar de inconstitucionalidade do referido artigo, sob o fundamento de que o mesmo colidiria com o artigo 14, §10º, da Carta Magna.

Este entendimento foi acompanhado pelos Ministros Castro Meira, Henrique Neves e Luciana Lóssio. Divergiram os ministros Marco Aurélio Mello, Carmem Lúcia e Laurita Vaz. Reverteu-se, assim, em Questão de Ordem, e em votação apertadíssima, a jurisprudência consolidada há mais de quarenta anos no Tribunal Superior Eleitoral.

O que cumpre aqui se anotar, para identificar-se o estado da obra no que respeita ao RCED, é que o mesmo fora objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que tramita no Supremo sob o número 167, com relatoria do Ministro Eros Grau que, de início, havia concedido liminar suspendendo a tramitação de tais ações (RCED) perante o TSE, entendendo que tal instrumento jurídico malferia a Constituição Federal, por supressão de instância. Entretanto, tal medida restritiva foi cassada pelo Pleno do Supremo em 01.10.94, restando, portanto, restabelecidas as possibilidades de manejo da ação e a

²⁸² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 58.

²⁸³ “[...] Recurso contra expedição de diploma fundado no art. 262, IV, do Código Eleitoral. Prova colhida em ação de investigação judicial sem trânsito em julgado. Cabimento. Precedentes do TSE. Recurso provido para que o TRE aprecie a matéria. No recurso contra expedição de diploma é imprescindível a prova pré-constituída. Entretanto, segundo a nova posição desta Corte, a prova pode ser colhida em ação de investigação judicial sem trânsito em julgado.” (Ac. nº 3.247, de 6.6.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo; no mesmo sentido o Ac. nº 3.094, de 7.5.2002, rel. Min. Barros Monteiro.)

²⁸⁴ PEREIRA, op. cit., p. 58.

regular tramitação das que já estavam em curso. A declaração de inconstitucionalidade do RCED, em Questão de Ordem, pelo TSE, por óbvio, causou grande perplexidade no meio jurídico que aguarda o desfecho do imbróglio jurídico perante o Supremo Tribunal Federal.

Mas, a despeito dos problemas acima apontados, a legitimidade das eleições é princípio inscrito no Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. E “legítimo é o que está de acordo com a verdade, com a ideia de justiça predominante, é o que observou o procedimento legal adrede traçado, enfim, é o que resulta da soberania popular”.²⁸⁵

E, nesse contexto, zelar pela observância das regras do jogo democrático, garantindo-se igualdade de oportunidades a todos os partícipes do certame e a liberdade de escolha do cidadão é de suma importância para a legitimidade dos representantes do povo. E esta é a tarefa com a qual o Direito Eleitoral, principal instrumento da Justiça Eleitoral, está comprometido, responsável que é, embora não exclusivamente, pela lisura da democracia instrumental-eleitoral, para usar uma expressão cunhada por Pierre Rosanvallon.²⁸⁶ Nesse sentido, oportunas são as lições de Ayres Britto, então ministro do TSE:

O que nos cabe é velar pela normalidade e legitimidade do processo eleitoral. É isso que nos cabe. E quando detectamos, como estamos a detectar, abuso de poder, captação ilícita de sufrágio, que, no caso, redundou num uso incomum, a ponto de caracterizar abuso de celebração de convênios, transferências de recursos, inauguração de obras com presença de candidatos, estabelece-se aquele vínculo de que falei no início da minha intervenção.

A predisposição para usar a máquina administrativa sob a lógica pragmática do vale-tudo, fazendo jus ao dito horroroso de que ‘o feio em política é perder’, ou ‘para os inimigos a lei, e para os amigos tudo’, terá como consequência a perda do mandato. E a Justiça Eleitoral não faz senão cumprir o seu papel de velar, palavras da Constituição, pela normalidade e legitimidade da eleição.²⁸⁷

Também há que se perquirir se parte dos problemas enfrentados pelo sistema eleitoral brasileiro não decorre da fragilidade da legislação, sempre sujeita a renovações, remodelações ou customizações²⁸⁸, no sentido que se tem, para cada caso, uma interpretação da norma ou dos seus institutos pela jurisprudência, o que dificulta um desenvolvimento e um aporte maior de lições por parte da doutrina.

²⁸⁵ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 42.

²⁸⁶ ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2010.

²⁸⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RCD 671/MA*. Rel. Min. Carlos Britto. Brasília, DF, julgado em: 03 de março de 2009.

²⁸⁸ Alterar algo para fazer com que sirva melhor aos requisitos de alguém. Personalizar. CUSTOMIZAR. In: DICIONÁRIO informal. São Paulo, 21 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/customizar/>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

Com efeito, mesmo que se reconheça que há hoje um interesse maior pelos temas do direito eleitoral, este ainda se ressentia da ausência de estudos mais aprofundados, de teorias, conceitos e doutrinas sólidas, que assegurem maior subsistência aos seus institutos e aos fatos do direito e do processo eleitoral. Some-se a isso a mal concebida legislação eleitoral, que é incompleta, complexa, lacunosa e, ainda, casuística – mesmo que não se tenha mais as famosas “leis do ano” ou “lei das eleições tais”²⁸⁹ –, reclamando, assim, a sua constante integração para regular o certame eleitoral. Nessa senda, pode-se pensar com José Jairo Gomes que

A falta de clareza, de precisão, invariavelmente conduz à ambiguidade dos sentidos, o que, além de provocar certa perplexidade no intérprete, fomenta a insegurança jurídica. É que tais conceitos não admitem juízos do tipo ‘tudo ou nada’ (como no caso dos conceitos numéricos), operando antes na esfera do ‘mais ou menos’. Daí desenharem quadros em que não há uma única solução ‘correta’, mas várias igualmente defensáveis, plausíveis e razoáveis.²⁹⁰

Assim, ainda no escólio de José Jairo, apesar da vagueza, tais conceitos são passíveis de determinação, cabendo ao intérprete, diante do caso concreto, e considerando o contexto e os valores em jogo, explicitar e precisar seus conteúdos.

Pois é por essa e outras razões que o Brasil tem uma forte tendência ao jurisprudencialismo, conforme aponta Rodolfo Viana Pereira, ao dizer que

[...] a instabilidade histórica na regulamentação do processo eleitoral brasileiro, advinda do casuísmo com que o legislador sempre tratou a questão, acabou por deixar aos Tribunais o árduo trabalho de sistematização, colmatação de lacunas e compatibilização de procedimentos, institutos e mesmo ações judiciais sobrepostos.²⁹¹

O autor toma dois exemplos para demonstrar o ponto de vista acima explicitado. O primeiro consistiria na existência de dois institutos de impugnação de mandatos a serem manejados após as eleições – o RCED²⁹² (três dias após a diplomação) e a AIME (15 dias após a diplomação), criando uma série de questionamentos e desafios à Justiça Eleitoral brasileira. O segundo, no seu entendimento, consiste na inexplicável ausência de regulamentação da própria Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, passados mais de duas décadas da promulgação da

²⁸⁹ Como se disse alhures, até o advento da Lei nº 9.504/97, para cada eleição era votada uma lei específica, que ostentava na ementa: “regula as eleições ‘tais’ e dá outras providências.”

²⁹⁰ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 16-17.

²⁹¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 104.

²⁹² LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O papel da Justiça Eleitoral na consolidação da democracia. Eleições no Ceará: 1994-96. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 55, p. 4, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2726/o-papel-da-justica-eleitoral-na-consolidacao-da-democracia#ixzz3A1zR8Fr9>>. Acesso em: 23 nov. 2010.

Constituição de 1988. Acaba restando, sempre, à via jurisprudencial, a solução dos vários impasses resultantes da multicitada falta de regulamentação.²⁹³

Adriano Soares da Costa, a respeito do tema, alerta que, nesse cenário de conceitos vazios, em que a doutrina não se ocupa de seu mister, “fica a jurisprudência livre para usar os conceitos normativos de qualquer modo, como se fossem destituídos de conteúdo”, dando ensejo a que leis que afrontam a Constituição ingressem no sistema jurídico, “derretendo” lentamente os direitos e garantias individuais, “sempre em nome de boas causas (nada obstante, ao fim e ao cabo, tragam consequências jurídicas gravíssimas)”.²⁹⁴ E é neste universo tão pródigo em instabilidades que se coloca em debate alguns aspectos da atuação da Justiça Eleitoral, usando-se como pano de fundo alguns casos que se consideraram paradigmáticos no sentido de espelhar as principais características desse órgão do Poder Judiciário e suas dificuldades na condução e controle do processo eleitoral brasileiro.

A escolha recaiu sobre casos referentes às eleições 2008, que tiveram julgamento originário em Zonas Eleitorais e no TRE/PI e que, ao serem apreciados pelo TSE, provocaram, ou consolidaram, com os seus julgamentos, verdadeira virada na jurisprudência até então pacífica naquela Corte. Dentre estes, escolheu-se o que se passa a denominar de “Caso de Cel. José Dias-PI” e o já conhecido na doutrina como o “Caso dos Prefeitos Itinerantes”.

5.2 A Atuação do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí

Com o intuito de demonstrar-se a volatilidade – ou liquidez, para usar uma expressão de Bauman²⁹⁵ – da jurisprudência Eleitoral, e a ausência de um padrão de atuação capaz de garantir a previsibilidade geradora de segurança jurídica às suas decisões, usar-se-á como fio condutor de toda a discussão um julgado do Regional do Piauí, o qual se convencionou chamar “Caso Coronel José Dias-Piauí” escolhido primordialmente por oferecer maiores possibilidades de verificação das hipóteses aqui elencadas no que se refere ao tema.

²⁹³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 106.

²⁹⁴ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atualizada de acordo com a LC 135/10. Belo Horizonte: Fórum, 2013. em Nota à 9ª Edição.

²⁹⁵ Zygmunt Bauman, sociólogo polonês radicado na Inglaterra, é um dos grandes pensadores da modernidade, cuja obra se dedica a aspectos do que ele denomina “modernidade líquida”, seu conceito fundamental, através do qual analisa o momento da história em que vivemos. Os tempos são “líquidos” porque tudo muda rapidamente. Nada é feito para durar, para ser “sólido”. Nem o amor, conforme uma de suas mais representativas obras: “Amor Líquido”.

5.2.1 O Caso do Prefeito de Coronel José Dias (PI)

A escolha do caso em tela, além das razões já apontadas acima, decorreu da possibilidade de se demonstrar, tendo-o como fio condutor, a instabilidade da jurisprudência, a inobservância aos próprios precedentes, além de se identificar os seguintes problemas decorrentes da atuação das cortes eleitorais: (a) o longo tempo que a Justiça Eleitoral tem utilizado para o julgamento de pedidos de registros de candidaturas e suas consequências sobre o resultado do processo eleitoral; (b) anulação/desconsideração dos votos do primeiro colocado e os efeitos daí decorrentes sobre o resultado do pleito; (c) posse do segundo colocado ou; (d) convocação de eleições suplementares; (e) possibilidade de cassação também do segundo colocado, mediante a reabertura dos prazos para aforamento de ações eleitorais; e) as bruscas (re)viradas da jurisprudência.

Com efeito, no caso em estudo, o candidato Ramiro da Silva Costa teve seu pedido de registro de candidatura ao cargo de Prefeito do Município de Coronel José Dias-PI, eleições 2008, impugnado pelo Ministério Público Eleitoral e pela coligação adversária, sob o fundamento de que sobre o mesmo recairia causa de inelegibilidade decorrente do fato de, na qualidade de ex-gestor, ter tido contas referentes a convênio realizado com órgão federal reprovadas pelo TCU, atraindo a aplicação do art. 1º, I, alínea “g”, da LC 64/90²⁹⁶, que estabelece a inelegibilidade dos que tiverem contas referentes ao exercício de cargo ou função pública reprovadas por irregularidade insanável.

Em sua defesa, o pretense candidato alegou que as contas em questão haviam sido reprovadas em decorrência de mero atraso na sua apresentação, sendo que o próprio órgão controlador havia reconhecido a regular aplicação dos recursos no objeto do convênio, sem qualquer nota de desvio ou malversação dos mesmos e que, conforme a consolidada jurisprudência das cortes eleitorais, tal fato afastava a incidência da causa de inelegibilidade arguida.

O Juiz Eleitoral de primeira instância, ancorando-se na doutrina e na pacífica jurisprudência das Cortes Eleitorais, deferiu o registro de candidatura, considerando que, no caso, conforme decisão do TCU, o objeto do convênio cujas contas foram rejeitadas

²⁹⁶ Art. 1º, I, “g”, da LC 64/90 - “Os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargo ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão” (Esta redação foi alterada pela LC 135, sem, entretanto, ter sofrido alterações significativas no seu conteúdo). BRASIL. *Lei complementar n. 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

havia sido devidamente executado, sem qualquer prejuízo, quer ao erário, quer ao administrado, afastando, sob esse fundamento, a incidência da causa de inelegibilidade arguida. Veja-se:

[...] O cerne da questão gira em torno de se saber se a decisão administrativa de rejeição de contas no caso *sub judice* declara uma irregularidade sanável ou insanável, pois, para incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea ‘g’, da LC nº 64/90 é imprescindível que se trate de irregularidade insanável. [...] **A meu ver, tal irregularidade não é insanável, visto que a decisão do TCU declara não só cumprido o objeto pactuado no convênio, como também, em contrapartida, proclama ausente débito relacionado às contas, o que elide a incidência da inelegibilidade.** A denominação insanável se aplica apenas aos atos que causam prejuízo irreparável, quer ao erário, quer ao administrado, não admitindo correção, consoante lição do doutrinador PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS (apud ADRIANO SOARES DA COSTA, in Instituições de Direito Eleitoral, 5ª ed. Del Rey. Pag. 254). (grifo do autor).

A decisão foi desafiada em Recurso Eleitoral, aforado pelos impugnantes perante a Corte Regional do Piauí, a qual, em franca virada jurisprudencial, entendeu que o atraso na apresentação de contas consistia em improbidade administrativa a ensejar a aplicação do Art. 1º, I, alínea “g” da LC 64/90, reformando a decisão de primeira instância para decretar a inelegibilidade do candidato e, por consequência, indeferir seu registro de candidatura, nos seguintes termos:

REGISTRO DE CANDIDATURA AO CARGO DE PREFEITO. CONTAS DESAPROVADAS POR ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO. REGISTRO DEFERIDO. RECURSO. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DE CONTAS. INSANABILIDADE. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PROVIMENTO.

A extemporaneidade da prestação de contas em análise não se constitui em mera irregularidade formal, sanável, ao contrário do que pretende o Recorrido. Na verdade, trata-se de falha insanável, o que por si só caracteriza a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, ‘g’ da LC 64/90. **Ademais, a prestação de contas fora do prazo legal constitui crime de responsabilidade, tal como previsto no 1º, VII, do Decreto-lei nº 201/67 [...].** (grifo do autor).

A matéria foi submetida ao TSE, em sede de Recurso Especial Eleitoral manejado pelo candidato impugnado, sob o fundamento de que a decisão guerreada divergia da jurisprudência iterativa das cortes eleitorais, apontando como paradigmáticos, dentre outros, os acórdãos do REsp nº 29.155 – Classe 32ª, Itaoca-SP, relatado pelo Min. Ari

Pargendler, julgado e publicado em Sessão do dia 02 de setembro de 2008²⁹⁷ e o Acórdão nº 19.194, de 17/05/01 – Ag.Rg.REsp. nº 19.194 – Classe 22ª – Bahia (Ichu – 114ª Zona – Riachão do Jacuípe), relatado pelo Ministro Garcia Vieira publicado no DJ de 10/9/2001²⁹⁸, cujos fatos eram semelhantes ao seu, entretanto aquela Corte decidira-os em sentido completamente diverso.

Perceba-se que esses acórdãos possuem lapsos temporais bem extensos entre si, denotando que realmente tal interpretação estava consolidada pelas cortes eleitorais já há vários pleitos. Perceba-se, também, que a data de julgamento do caso em tela (04.09.2008) deu-se apenas dois dias depois do julgamento do REsp nº 29.155 (02.09.2008) pelo TSE, o que evidencia a brusca virada na interpretação de lei, promovida pelo TRE/PI.

Tendo em vista a estabilidade da jurisprudência na matéria, e conforme autoriza o Regimento Interno da Corte, o relator da matéria, Min. Eros Grau, reconsiderando a decisão do seu substituto, Min. Ricardo Lewandowski, que indeferira monocraticamente o recurso, deferiu, também monocraticamente, o registro do candidato, assentando que, conforme decisão da Corte, a conduta ensejadora da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90 era a omissão no dever de prestar contas e não a simples intempestividade em sua apresentação, conforme se vê abaixo.

Decido. O pedido deve prosperar. A jurisprudência do TSE fixou-se no sentido de que a conduta que atrai a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90 é a omissão no dever de prestar contas e não a simples intempestividade em sua apresentação' (AgR-REspe n. 30.764-AL, ReI. Min. Marcelo Ribeiro, publicado em sessão de 28/10/08). No mesmo sentido: REspe n. 29.155-SP, ReI. Min. Ari Pargendler, publicado em sessão de 2/9/08; AgR-REspe n. 19.194-BA, ReI. Min. Garcia Vieira, DJ de 10/8/01, v.1, p.70. Assim, não existindo irregularidade insanável na decisão do TCU que apreciou as contas do pré-candidato, ele é elegível. Reconsidero a decisão agravada e defiro o registro de candidatura de Ramiro da Silva Costa ao cargo de Prefeito do Município de Coronel José Dias/PI (artigo 36, § 9º, do RITSE).

²⁹⁷ “[...] Pedido de registro de candidatura. Omissão no dever de prestar contas. Recursos federais recebidos em razão de convênio. A omissão no dever de prestar contas dos recursos federais recebidos pelo município em razão de convênio, por si só, não tem o condão de fazer incidir a cláusula de inelegibilidade.”

²⁹⁸ “[...] A conduta que atrai a aplicação da norma legal ora invocada é o descumprimento do dever de prestar contas, e não sua apresentação com atraso. Na hipótese em exame, o ordenador das despesas cumpriu o dever legal de prestar contas. O Tribunal de Contas da União examinou essas contas e proferiu decisão, dando quitação ao responsável Dorivaldo Ferreira da Silva, “quanto ao débito relativo aos recursos repassados pela Petrobrás”, por ter ficado comprovada a sua exata aplicação. Somente julgou irregular a prestação de contas por ter sido apresentada com atraso, o que redundou na aplicação de multa. Não tenho essa conduta como uma irregularidade insanável ou ato de improbidade, a propiciar o decreto de inelegibilidade.”

A decisão foi submetida ao Plenário do TSE, em sede de Agravo Regimental manejado pelos impugnantes, que decidiu, por maioria, em 17.09.2009 (quase um ano após a realização da eleição, que aconteceu em 5 outubro de 2008), cassar o registro de candidatura de Ramiro da Silva Costa, passando a entender que a prestação extemporânea de contas pelo candidato configura hipótese de crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa, alterando, assim, a jurisprudência da Corte que, conforme os precedentes aqui citados e transcritos, servira de fundamento para os demais casos referentes às eleições 2008, que ali haviam aportado até aquela data (17.09.2009). A decisão restou assim ementada:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 33.292 - CLASSE 32a - CORONEL JOSÉ DIAS _ PIAUÍ

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO EM AGRAVO REGIMENTAL QUE DEFERIU PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. CASSAÇÃO DE DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CANDIDATO. REJEIÇÃO DE CONTAS PELO TCU. INELEGIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO. I - A prestação extemporânea de contas pelo candidato ao cargo de Prefeito configura hipótese de crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa, além de acarretar prejuízos à municipalidade, impedida de celebrar novos convênios de transferência de recursos. 11- A rejeição de contas pelo TCU não foi contestada pelo agravado, administrativa ou judicialmente, o que configura como requisito de inelegibilidade do candidato. 111- Precedentes. IV - Ainda que ajuizada ação para desconstituição do acórdão do TCU, o que não é o caso dos autos, quando proposta em prazo próximo ao período eleitoral, esse fato não afasta a aplicação do art. 1º I, g, da Lei Complementar nº 64/90. V - Precedentes. VI - A rejeição de contas pelo TCU acarreta a inelegibilidade do candidato. VII - Precedentes. VIII - Agravo ao qual se dá provimento. Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em prover o agravo regimental, nos termos das notas taquigráficas.

Entretanto, tal entendimento não se estabilizou na Corte. Nas eleições municipais 2012, portanto, já na eleição seguinte, apreciando recurso de decisão que indeferiu pedido de registro de candidatura de prefeito no Município de Guapiaçu/SP, o tema voltou à baila no TSE, que reviu, mais uma vez monocraticamente, a sua jurisprudência no que se refere ao conceito de “irregularidade insanável” para fins de aplicação da alínea “g”, inciso I, art. 1º, da LC 64/90. Agravada, essa decisão foi mantida pelo Plenário do TSE, conforme demonstra o julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 529-80.2012.6.26.0126 - CLASSE 32 - GUAPIAÇU - SÃO PAULO
Relatora: Ministra Luciana Lóssio Agravante.

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEFERIMENTO. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. REJEIÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIO PELO TCU. APRESENTAÇÃO TARDIA DAS CONTAS. REGULARIDADE NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE INSANÁVEL QUE CONFIGURE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 1, 1, G, DA LC Nº 64190. DESPROVIMENTO. 1. A omissão no dever de prestar contas relativas a recursos provenientes de convênio, dando ensejo à tomada de contas especial, não configura ato doloso de improbidade administrativa para incidência da inelegibilidade prevista no art. 1, 1, g, da LC nº 64190, quando demonstradas a regularidade na aplicação dos recursos e a ausência de prejuízo ao erário. 2. Agravos regimentais desprovidos para manter o deferimento do registro da candidata agravada. Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em desprover os agravos regimentais, nos termos do voto da Relatora. Brasília, 5 de dezembro de 2013.

A Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha, única remanescente da composição de 2008, em voto vista, invocando dentre os precedentes da Corte o de Cel. José Dias, diverge da relatora, apresentando como fundamento o seguinte:

[...] 1. No julgamento do REspe nº 33.292/PI, esta Corte concluiu que a prestação de contas extemporânea configura hipótese de crime de responsabilidade a ensejar o reconhecimento da inelegibilidade descrita no art. 1º, 1, 'g', da LC nº 64190. Tanto nesse precedente, como no caso ora tratado, o gestor responsável pela aplicação dos recursos federais não prestou as contas no prazo devido, mas somente seis anos depois, e em sede de tomada de contas especial. [...]. 23. Pelo exposto, não conheço do recurso interposto por Carlos Cesar Zaitune e Alexandre Cesar Pedro e dou provimento ao agravo regimental do Ministério Público Eleitoral para indeferir o registro de candidatura da ora agravada ao cargo de prefeito. É o meu voto.

Embora se possa supor, e até argumentar, o caso em exame não é uma exceção, nem de rara ocorrência. Passa-se, então, a aferir, tendo como lastro o caso em tela, as hipóteses elencadas no início deste capítulo, que permitirão comprovar algumas das propostas deste estudo.

5.3 Os Efeitos das Decisões que Cassam Registros, Diplomas E Mandatos sobre o Resultado das Eleições

Usando-se como lastro para o estudo deste item o Caso Cel. José Dias, deve-se examinar, primeiramente, as consequências do excesso de tempo que a Justiça Eleitoral tem

levado para decidir os desacordos que lhe são postos e as graves consequências que daí podem decorrer para o processo eleitoral.

Com efeito, se a decisão tardia é sempre indesejada, há casos, como o que ora se analisa, em que a gravidade é enormemente potencializada. No caso, trata-se de pedido de registro de candidatura, primeiro ato da campanha a se realizar perante a Justiça Eleitoral e que deveria autorizar todos os demais, como o acesso à propaganda eleitoral, inclusive a gratuita, arrecadação de recursos, realização de despesas, inclusão do nome na urna eletrônica etc. O seu deslinde tardio ensejaria ao pretense candidato, a despeito de não estar ainda definitivamente registrado, participar da campanha eleitoral, disputar o interesse do eleitor, que se corre o risco de optar por uma candidatura insubsistente e ter seu voto e o pleito anulados ou assistir à posse do segundo colocado, que termina sendo “eleito” por uma minoria, contrariando o princípio majoritário que rege as eleições para cargos do Poder Executivo.

É certo que para tal fato concorre um permissivo legal, já que a lei eleitoral consente que o candidato cujo registro esteja *sub judice* realize todos os atos de campanha, embora condicione a validade dos votos a ele atribuídos ao deferimento do seu registro de candidatura em instância superior. Entretanto, não é somente esse fato e nem a possibilidade de recursos que originam o problema e sim uma injustificável morosidade do Judiciário, inadmissível mediante o calendário eleitoral, que prevê data certa para que todos os seus atos se realizem²⁹⁹, inexoravelmente.

O legislador procurou disponibilizar meios suficientes para que a Justiça Eleitoral se desincumbisse de seu mister tempestivamente. Primeiro, atribuindo prioridade aos atos referentes ao registro. Depois, como já se disse alhures, mantendo Cartórios e Secretarias em regime de plantão e publicando suas decisões em cartório ou na Sessão de julgamento, evitando delongas com notificações ou citações.

Entretanto, pululam, a cada eleição, centenas de casos em que o eleitor vota sem ter certeza se seu voto vai valer. Vota, sem saber se o nome que ele sufragou era mesmo

²⁹⁹ Lei nº 9.504/97, Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

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

Art. 16-B. O disposto no Art. 16-A quanto ao direito de participar da campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito, aplica-se igualmente ao candidato cujo pedido de registro tenha sido protocolado no prazo legal e ainda não tenha sido apreciado pela Justiça Eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013).

candidato ou não, ou se o candidato no qual ele votou – e foi vitorioso nas urnas – vai mesmo assumir o mandato ou não.

No caso do pedido de registro, em que os partidos/coligações deixavam para substituir o candidato na undécima hora com o objetivo de mantê-lo não só na propaganda, mas também com o nome na urna eletrônica, tal já não é mais possível, mercê de norma acrescentada ao Art. 13, da lei nº 9.504/97, pela minirreforma eleitoral, que fixa prazo de 20 (vinte) dias para que se procedam as substituições, o que, a princípio, poderá evitar a inseminação da urna com o nome de candidato que seja inelegível³⁰⁰. Mas sempre haverá a possibilidade de o candidato (ou partido/coligação), confiante na sua elegibilidade, usar todos os meios recursais disponíveis, os quais, não sendo julgados prontamente, darem ensejo à mesma situação que o legislador intentou evitar.

Mas as decisões tardias da Corte podem dar ensejo a outra situação igualmente ou talvez gravosa, posto que, mais uma vez, afastam, em certa medida, a vinculação entre o eleitor e o representante. Aqui, novamente, se revela em cores fortes a dificuldade de se admitir a possibilidade do tribunal, por criação jurisprudencial, engendrar regras que comprometam fortemente o princípio da soberania popular. Trata-se da questão da vacância do cargo (em razão de cassação) nos dois últimos anos do mandato. Nessas situações, conforme o entendimento firmado pelo TSE, determina-se a realização de eleições indiretas, como se depreende dos seguintes acórdãos:

Cassação. Primeiro biênio. Prefeito e vice-prefeito. Convocação. Eleições diretas. Princípio da simetria. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tem firmado a orientação de que o disposto no § 1º do Art. 81 da Constituição Federal deve ser observado pelos entes federados, em razão do princípio da simetria, devendo ser realizada eleição indireta caso a vacância ocorra nos dois últimos anos do mandato, independentemente de ser causa eleitoral ou não. Assim, é lícita a convocação de eleições diretas, para fevereiro de 2011, para a complementação do mandato de prefeito e vice-prefeito, eleitos em 2008 e cassados em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, uma vez que a vacância dos cargos ocorreu ainda no

³⁰⁰ O Art. 13, §3º, da Lei 9.504/97, com as alterações da Lei nº 12.891, de 2013, dispõe que é “facultado ao partido ou coligação substituir candidato que for considerado inelegível, renunciar ou falecer após o termo final do prazo do registro ou, ainda, tiver seu registro indeferido ou cancelado” e que “tanto nas eleições majoritárias como nas proporcionais, a substituição só se efetivará se o novo pedido for apresentado até 20 (vinte) dias antes do pleito, exceto em caso de falecimento de candidato, quando a substituição poderá ser efetivada após esse prazo.” A fixação do prazo de 20 dias para a substituição de candidatos, acrescentado pela “minirreforma eleitoral” tem o condão de evitar que os partidos ou coligações levem as candidaturas indeferidas, mediante recursos, até os últimos dias de campanha, para só então substituir o candidato inelegível, mas mantendo o seu nome na urna eletrônica, com a possibilidade de ludibriar o eleitor menos avisado.

primeiro biênio do mandato. (decisão tomada à unanimidade no Mandado de Segurança nº 186-34/RJ, rel. Min. Marcelo Ribeiro, em 3/2/2011).³⁰¹

Esse entendimento foi confirmado, também à unanimidade, pelo TSE, no Mandado de Segurança nº 346-25/PI, em 23.08.2012, sob a relatoria da Min. Nancy Andrighi, nos seguintes termos:

Dupla vacância e eleição indireta. O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral reafirmou o entendimento de que, na hipótese de dupla vacância dos cargos de prefeito e vice-prefeito e estando em curso o último ano do mandato, a eleição deve ser realizada na modalidade indireta. Asseverou que a assunção da chefia do Poder Executivo, em caráter definitivo, pelo presidente da Câmara Municipal em razão de dupla vacância dos cargos de prefeito e vice-prefeito, a despeito da previsão na Lei Orgânica do Município, não se coaduna com o regime democrático e com a soberania popular. Pontuou que, na hipótese dos autos, a realização de eleições diretas a menos de dois meses das Eleições 2012 acarretaria a movimentação da estrutura da Justiça Eleitoral – já comprometida com a organização do pleito vindouro – e o dispêndio de elevados valores monetários a fim de se eleger novo prefeito para o desempenho de brevíssimo mandato. A Ministra Cármen Lúcia acompanhou a relatora em razão da proximidade das eleições, mas ressalvou que é favorável às eleições diretas.³⁰²

Mas esta é uma questão problemática, porque a vontade das urnas seria substituída pela vontade de uma assembleia parlamentar com um número de participantes bastante diminuto e com uma lógica deliberativa que não necessariamente (ou necessariamente não) corresponde à lógica do eleitorado, à soberania popular. Há aqui um claro prejuízo para a democracia, pois se subtrai da cidadania a possibilidade de decidir diretamente sobre suas disputas eleitorais. E isso nos faz pensar sobre o real significado em que se toma o princípio da soberania popular. A vontade do legislador não é, necessariamente, a vontade popular manifestável nas urnas, como tampouco o é a vontade judicial. A vontade das urnas é pressuposto da vontade do legislador. Está na sua base, mas com ela não se confunde.

5.4 A Anulação dos Votos e suas Consequências

Além das dificuldades acima apontadas, há outra extremamente gravosa para o nosso desenho democrático: a anulação ou a desconsideração dos votos do candidato cassado e os efeitos de tal anulação sobre o resultado da eleição. A matéria se encontra regulamentada, em

³⁰¹ Publicado no INFORMATIVO TSE. Brasília, DF, ano 13, n. 1, 1º a 6 fev. 2011 Disponível em: <www.tse.jus.br/internet/midia/informativo.htm>. Acesso em: 23 fev. 2013.

³⁰² Publicado no INFORMATIVO TSE. Brasília, DF, ano 14, n. 22, 20 a 26 ago. 2012. Disponível em: <www.tse.jus.br/internet/midia/informativo.htm>. Acesso em: 23 fev. 2013.

linhas mestras, no Código Eleitoral (art. 219 a art. 224, CE), que estabelece expressamente as hipóteses em que a votação é nula³⁰³ – demanda conhecimento de ofício e não pode a nulidade ser suprida, mesmo em face de consenso entre as partes – e quando é anulável³⁰⁴, reclamando impugnação a tempo e modo, sob pena de ser convalidada.

Conforme se pacificou na jurisprudência, decretada a cassação do candidato, dois cenários se descortinam: um, com a posse do segundo colocado, o que ocorre quando o candidato cassado não tiver obtido a maioria absoluta de votos válidos na eleição (ou seja, 50% dos votos válidos, mais um); outro, com a renovação das eleições, caso tal percentual não se verifique.

Embora pacificada na jurisprudência, tal situação é extremamente controvertida para a doutrina, como se demonstrará a seguir.

5.4.1 O Problema da Posse do Segundo Colocado e a Ausência de Uniformidade na Jurisprudência

No caso sob análise, a Justiça Eleitoral, após cassar o registro do candidato eleito, determinou posse do segundo colocado, tendo em vista que o mesmo obtivera apenas cerca de 35% dos votos válidos sufragados no pleito. E como se disse logo acima, tal efeito (posse do segundo colocado), tem sido aplicado pela Justiça Eleitoral de maneira geral às decisões que decretam a cassação do registro, do diploma ou do mandato, sempre que o candidato cassado não tiver obtido mais de metade dos votos válidos, invocando como fundamento a regra inserta no art. 224 do Código Eleitoral, que determina:

Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

³⁰³ Código Eleitoral, Art. 220. “É nula a votação: I - quando feita perante mesa não nomeada pelo juiz eleitoral, ou constituída com ofensa à letra da lei; II - quando efetuada em folhas de votação falsas; III - quando realizada em dia, hora, ou local diferentes do designado ou encerrada antes das 17 horas; IV - quando preterida formalidade essencial do sigilo dos sufrágios; V - quando a seção eleitoral tiver sido localizada com infração do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 135. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966). Parágrafo Único. A nulidade será pronunciada quando o órgão apurador conhecer do ato ou dos seus efeitos e o encontrar provada, não lhe sendo lícito supri-la, ainda que haja consenso das partes. BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

³⁰⁴ O Código Eleitoral, nos seus arts. 221 e 222, elenca dentre as hipóteses de anulação da votação o fato de a mesma ter sido viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedada por lei. *Ibid.*

Mas a vagueza do dispositivo é patente: (i) o cálculo da metade à qual se referiu o legislador inclui votos brancos e nulos, ou só os válidos³⁰⁵? (ii) e se a nulidade não atingir mais de metade dos votos válidos, como serão preenchidos os cargos vagos? (iii) os votos anulados pelo eleitor se somam aos votos anulados pelo judiciário para o cômputo do percentual de 50%?

Essas lacunas, como as demais que atópetam a legislação eleitoral, foram preenchidas pela jurisprudência que, após passo atrás, passo adiante, estabilizou-se no sentido de que: (i) a metade a que se refere a lei é dos votos válidos; (ii) se os votos anulados não ultrapassarem a metade dos votos válidos, assume o cargo o segundo mais votado³⁰⁶; (iii) os votos anulados pelo eleitor não entram no cálculo dos 50%.³⁰⁷

Despiciendo anotar-se que não há qualquer previsão constitucional ou legal amparando tal entendimento, fruto, exclusivamente, de construção pretoriana. Também, conforme inteligência dada pelas cortes ao citado Art. 224, a regra aí insere somente se aplicaria à Ação de Investigação Judicial Eleitoral (e às demais representações que seguem seu rito), posto que ditas ações têm por escopo proteger a liberdade de escolha do eleitor. E a nulidade somente recai sobre a votação influenciada por meios espúrios. O que não ocorreria no caso da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo que, tendo por objeto garantir a lisura do pleito, buscaria, pois, desconstituir o mandato eletivo alcançado em desconformidade com as regras do certame. No entanto, se a cassação se desse em desfavor de candidato eleito em segundo turno, sempre acarretaria a posse ao segundo colocado.

No entanto, Adriano Soares da Costa esclarece que a sentença (desconstitutiva) da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo compromete a base da relação jurídica da qual o mandato é consequência, ou seja, compromete a própria votação. O autor alerta para a importância de tal assertiva, posto que, do entendimento de que a finalidade exclusiva da

³⁰⁵ Voto válido, por definição, é aquele dado nominalmente a candidato regularmente registrado ou à legenda partidária, ou seja, excluídos os em branco e os nulos.

³⁰⁶ “Recurso especial. Cassação de diploma. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Eleições municipais. Prefeito e vice-prefeito. [...]. Anulação dos votos válidos. Não-inclusão dos votos nulos. [...]. 3. [...]. 4. [...]. 5. Anulados menos de 50% dos votos válidos, impõe-se a posse do candidato segundo colocado, e não a aplicação do comando posto no art. 224 do Código Eleitoral. 6. Recurso especial eleitoral parcialmente conhecido e não provido.”(Ac. de 17.8.2006 no REspe nº 25.937, rel. Min. José Delgado.).

³⁰⁷ “[...] Para fins de aplicação do Art. 224 do Código Eleitoral, não se somam aos votos anulados em decorrência da prática de captação ilícita de sufrágio os votos nulos por manifestação apolítica de eleitores. Levam-se em consideração somente os votos atribuídos ao candidato eleito e condenado em razão de ofensa ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97” (*Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 25585, j. 5/12/2006, relator min. Antonio Cesar Peluzo*). No mesmo sentido: “[...] A nulidade dos votos dados a candidato inelegível não se confunde com os votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor, a que se refere o art. 77, § 2º, da CF, e nem a eles se somam, para fins de novas eleições (Art. 224, CE)”. (*Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 35888, j. 25/11/2010, relator min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira*).

AIME seria atacar o mandato eletivo, teria decorrido a jurisprudência no sentido da inviabilidade de aplicação da sanção de inelegibilidade ao candidato ilegitimamente eleito.³⁰⁸

A AIME, segundo essa corrente jurisprudencial hoje superada, não desconstituiria nem o registro de candidatura, nem o diploma, mas o mandato eletivo. Com isso, duas consequências práticas foram alcançadas: (a) a sentença não geraria inelegibilidade, tendo execução imediata, e (b) não haveria nulidade de votos, razão pela qual não incidiria a norma prevista no art. 224 do Código Eleitoral, com a consequência prática de que o segundo colocado nas eleições assumiria imediatamente o mandato, independente do percentual de votos válidos que tivesse obtido.³⁰⁹

Essa linha da jurisprudência prevaleceu nas cortes eleitorais por muito tempo. Mas como se vem afirmar e demonstrar, na mesma linha capitaneada por Adriano Soares, os posicionamentos do TSE são sempre “movediços” e com relação à matéria em apreço, “terminou prevalecendo a compreensão de que a cassação do mandato decorre, sim, da nulidade dos votos obtidos com abuso de poder econômico, corrupção ou fraude”.³¹⁰ A decisão prolatada nos autos da Ac. De 18.12.2007, no AgRgMS nº 3649, da relatoria do Ministro César Peluso, marca esse novo posicionamento do TSE, que passou a reconhecer que não é o *nomem juris* de “ação de impugnação de mandato eletivo” capaz de afastar da AIME o conteúdo normativo apto ao reconhecimento da nulidade dos votos obtidos em graves afrontas às regras do processo eleitoral, posto que conspurcam a vontade do eleitor, interferindo de forma ilegítima a sua liberdade para decidir.

Assim, a Corte passa a adotar novo posicionamento e, na linha defendida por Adriano Soares da Costa e de grande parte da doutrina, reconhecendo que, realmente, o que se desconstitui com a procedência de uma Ação de Impugnação de Mandato Eletivo não é tão somente o mandato eletivo, mas a própria votação. Vejamos:

[...] Efeito da decisão pela procedência da AIME. Anulação dos votos. Concessão da segurança. Indeferimento da medida cautelar. Agravos regimentais prejudicados. Devido ao liame indissolúvel entre o mandato eletivo e o voto, constitui efeito da decisão pela procedência da AIME a anulação dos votos dados ao candidato cassado. Se a nulidade atingir mais de metade dos votos dados ao candidato cassado. Se a nulidade atingir mais da metade dos votos, aplica-se o art. 224 do Código Eleitoral.³¹¹

³⁰⁸ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a LC 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 397.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 398.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 398.

³¹¹ Julgado em 18.12. 2007, publicado no DJU em 10.03.2008.

Dessa feita, reconheceu o Tribunal que quando a vontade expressada nas urnas não se deu de forma livre e consciente deve a mesma ser anulada, atraindo a aplicação do art. 224 do Código Eleitoral, não cabendo, pois, dar posse ao segundo colocado. De outro modo, ainda com Adriano Soares da Costa, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo se transformaria “não em meio de defesa do princípio democrático, mas em ação judicial vocacionada à defesa de interesse egoístico do segundo colocado do certame.”³¹²

5.4.2 As Eleições Suplementares: terceiro turno nas eleições?³¹³

Ainda tendo-se por base fática o “Caso Cel. José Dias”, conforme se relatou já no início deste capítulo, após diplomado e empossado, o segundo colocado também teve seu mandato impugnado, em sede de AIME e, mediante a comprovação da prática de abuso de poder econômico, corrupção e fraude, teve o seu mandato cassado.

Portanto, somando-se os votos dados ao primeiro e ao segundo colocado, ambas as votações sendo anuladas na via judicial, o município de Cel. José Dias teve quase todos os votos sufragados no pleito de 2008 anulados. Como o segundo candidato cassado também não obtivera mais de metade dos votos válidos, convocaram-se eleições suplementares para o cargo de prefeito e vice.

O fenômeno das eleições suplementares vem se propagando de forma preocupante por todos os estados brasileiros. A multiplicação de casos se dá em progressão geométrica, demandando um estudo mais acurado sobre as suas causas e, principalmente, sobre suas consequências para a democracia eleitoral-instrumental.

No Piauí, nas eleições municipais de 2004 foram realizadas apenas quatro eleições suplementares. Apesar de a Justiça Eleitoral – nem no TRE/PI e nem no TSE – disporem de informações acerca do número de ações ajuizadas no período com o objetivo de questionar especificamente o resultado do certame, pode-se supor que ou foram poucas ou a forma de decidir empregada pelo Judiciário, então, não ensejava tantos deferimentos como se vê atualmente. Com efeito, nas eleições 2008, conforme se demonstrará em item próprio, aportaram no TRE/PI 249 recursos em ações da espécie, sendo que, destas, 24 foram julgadas procedentes. Houve, pois, um claro incremento no manejo de ações com vistas a questionar o resultado das eleições. E essa realidade, nota-se, pode ser identificada em outros Estados

³¹² COSTA, Adriano Soares *Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno*. [S.l.], 26 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.adriano-soares-da-costa.blogspot.com>>. Acesso em: 8 maio 2014.

³¹³ O termo tem sido amplamente utilizado pela doutrina, capitaneada por Adriano Soares da Costa em toda sua obra, especialmente no artigo intitulado “Democracia, Judicialização das Eleições e Terceiro Turno. Ibid.

brasileiros. Nesse sentido, cite-se estudo realizado no Rio Grande do Sul, em sentido semelhante a este, em que a pesquisadora, embora sob o viés da ciência política, parte, dentre outros, dos seguintes pressupostos:

[...] Os mecanismos de combate à corrupção eleitoral estão sendo utilizados como mais um instrumento para contestar os resultados das eleições, fazendo com que grupos políticos possam ter mais uma oportunidade de chegar ao poder ou pelo menos competir novamente caso todas as outras alternativas de competição tenham falhado; 3) as possibilidades de acesso à Justiça Eleitoral e a sua intervenção dos pleitos têm alterado significativamente a dinâmica da competição política/eleitoral no nível municipal.³¹⁴

Uma das hipóteses desse estudo é examinar se essa postura francamente ativa – e ativista – da Justiça Eleitoral, empreendendo esforços hermenêuticos hercúleos, com a finalidade de imprimir maior eficácia às decisões que determinam a cassação de mandatos eletivos de candidatos que, *a priori*, teriam sido sufragados como vencedores nas urnas, tem contribuído, e de que forma, para essa intensa judicialização dos pleitos. Com efeito, esse fenômeno – de contestar o resultado das eleições – é cada vez mais crescente na nossa experiência democrática, sobretudo depois que as decisões passaram a ter efetividade imediata, ou seja, independentemente do seu trânsito em julgado, além de se admitirem provas que, em qualquer outro ramo do direito seriam consideradas ilícitas – como as gravações clandestinas (sem autorização judicial) – ou insuficientes, como nos casos em que o depoimento de uma única testemunha tem o condão de cassar um candidato e até anular uma eleição, mesmo que o eleito tenha obtido significativo percentual de votos.

O que nos parece é que, nessa busca de cariz quase religioso pela obtenção da efetividade de suas decisões, a Justiça Eleitoral, muitas vezes, tem demonstrado verdadeiro despreço por seus precedentes, agindo “sem qualquer preocupação com a coerência mínima

³¹⁴ ZALAMENA, Juliana Costa Meinerz. Judicialização da competição política e eleições municipais no Rio Grande do Sul. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3424, 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23021/judicializacao-da-competicao-politica-e-eleicoes-municipais-no-rio-grande-do-sul#ixzz31B2QAdOY>>. Acesso em: 8 maio 2014. Em suas considerações finais a pesquisa indica: “[...] portanto, interpretamos que a premissa do combate à corrupção eleitoral, justificativa plausível das transformações no marco legal das eleições, tem sofrido um processo de inversão quando aplicado na lógica de competição política dos municípios: as possibilidades instituídas pela legislação vem sendo utilizadas como instrumento no jogo político, como mais uma forma de desestabilizar o adversário ou anular resultados desfavoráveis. Sendo assim, não é o combate à corrupção eleitoral que vem prevalecendo, e sim, a busca pelo erro do adversário em relação à condutas ilegais e seu uso em juízo, para a alteração de resultados. Por outro lado, percebemos na análise dos dados referentes aos processos de cassação, que a Justiça Eleitoral tem feito intervenções incisivas em uma parcela diminuta dos casos, o que não tem desencorajado os atores políticos a continuarem usando esse meio na competição política local. Argumentamos que basta a possibilidade de adentrar com o processo, e a chance ainda que remota que conquistar algum resultado positivo – a cassação ou a mera desestabilização da candidatura do oponente – já serve de incentivo para a busca cada vez maior dos atores políticos pelo Judiciário nesse tipo de situação.

dos institutos jurídicos”, como identifica Adriano Soares da Costa. Prosseguindo, o mesmo autor identifica que “como os conceitos utilizados no direito eleitoral são sabidamente frouxos, terminam sendo utilizados com significações estranhas, a ponto de subverter o seu sentido original e desidratá-los totalmente.”³¹⁵

E talvez aqui esteja uma das principais raízes da volatilidade, ou liquidez, para reprisar o termo de Bauman, da jurisprudência da Justiça Eleitoral. Perceba-se que, no caso escolhido para lastrear essa fase do estudo, foi exatamente a mudança no entendimento do que poderia ser considerado “irregularidade insanável” para fins de aplicação da regra inserta na alínea “g”, do Art. 1º, I, da LC 64/90, levada a efeito após o início do processo eleitoral, que fez com que o candidato concorresse com o registro de candidatura deferido, embora *sub judice*, e após ser eleito e assumido o mandato, ter tido o mesmo cassado e, por via de consequência, seus votos expurgados da urna, dando ensejo à posse do segundo colocado.

5.5 O Problema da Delimitação da Prova e o Conteúdo Jurídico: Art. 23, da LC nº 64/90

Questão que tem se revelado das mais tormentosas para a delimitação da prova no processo eleitoral tem decorrência direta do teor do Art. 23, da Lei Complementar nº 64/90, o qual estabelece que o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura do processo eleitoral.³¹⁶

Tal dispositivo, inserido na legislação eleitoral com a finalidade de emprestar maior efetividade ao processo de cognição judicial eleitoral, culminou por autorizar ao juiz eleitoral formar sua convicção ancorado em fatos que sequer tenham vindo aos autos, portanto, fatos sobre os quais não tenha sido oportunizado às partes o seu conhecimento, para que sobre eles se manifestassem em matéria de defesa. Assim, fatos que não foram indicados e nem alegados pelas partes, podem ser invocados como fundamento para que a Justiça Eleitoral, no intuito de preservar a lisura das eleições, possa afastar candidatos da disputa, cassar mandatos, anular votos ou até, quem sabe, as eleições. É o caso, por exemplo, da juíza Giselle de Fátima Cunha

³¹⁵ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a LC 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 398.

³¹⁶ LC 64/90, Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral. BRASIL. *Lei complementar n. 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

Guimarães Ribeiro, Juíza da 91ª Zona Eleitoral (Salvador/BA) que, ao decidir sobre irregularidades em período eleitoral do prefeito (e candidato) do município de Miquinique (BA), utiliza o art. 23 da Lei Complementar nº 64/1990 para trazer elementos que estão fora dos autos. Nesse sentido, a própria juíza se coloca como um componente do conjunto probatório daquele caso. Ou seja, o intérprete passa a não somente dispor sobre a prova, mas constituir a própria prova. É isso que, em alguma medida, está presente em sua sentença e, de certo modo, pode se verificar num variado número de casos. Afirma a juíza:

Cumpre ressaltar a dicção do art. 23 da Lei Complementar no 64/1990, que autoriza o julgador a formar sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral. Em sintonia com este comando legal, saliento que esta julgadora estava diuturnamente presente na Comarca e, acompanhou de perto todo o pleito eleitoral de 2012, presenciando a dificuldade dos investigadores, para comprovar os ilícitos praticados pelos investigados, durante todo o período eleitoral, demonstrado com a propositura de várias ações cautelares. [...]³¹⁷

Adriano Soares da Costa, manifestando-se sobre o conteúdo jurídico do dispositivo em exame, pontua que houve claro excesso do legislador de 1990, pois “tal norma, com sua aparente casca moralizadora, terminou por outorgar ao juiz poderes fortíssimos, os quais devem ser compatibilizados com o art. 5º, inc. LV, da CF/88, sob pena de ferir o Estado Democrático de Direito.”³¹⁸ No entanto, prossegue Adriano Soares,

Se ao juiz é dado fundar sua decisão em fatos não alegados pelas partes, não segue daí sejam eles totalmente estranhos aos deduzidos na AIJE, pois não se pode deslembrar que esse remédio jurídico não tem por escopo a investigação livre de todo o prélio eleitoral, senão que apenas busca imputar a inelegibilidade cominada aos candidatos que agirem ilicitamente, ou forem beneficiados por alguma atividade dolosa. Ademais, caberá aos acionados o direito ao contraditório, ou seja, ao conhecimento prévio dos fatos apurados contra qualquer deles, para que possa ser exercido o seu direito de defesa plenamente. Não poderia o juiz, após as alegações finais, sem que em nenhum momento determinado fato fosse agitado no processo, se valer dele para, sem que a parte prejudicada pudesse falar e deduzir prova em

³¹⁷ O processo versa sobre irregularidades do candidato e então prefeito do município Miquinique (BA), que acabou não se elegendo por uma diferença de 96 votos. Autos no 396-31.2012.6.05.0091 e no 394-61.2012.6.05.0091. Sentença às fls 16-20. Julgado em 12 de maio de 2014.

³¹⁸ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a LC 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 384-385.

contrário, julgar o processo, decretando a inelegibilidade cominada. Isso seria um rematado absurdo, a ferir a consciência jurídica de nosso país.³¹⁹

Lênio Streck, em recente artigo, manifestou-se sobre tal dispositivo, nos seguintes termos:

[...] de que adianta colocarmos na lei os anseios da sociedade em relação a determinado contexto se, ao fim e ao cabo, deixamos que os Tribunais apreciem livremente os ‘fatos’? Deixa ver se entendi bem: o Poder Judiciário (Eleitoral) possui o poder de apreciar livremente fatos públicos e notórios, além dos indícios e presunções e provas ainda que não alegadas pelas partes... Como assim ‘presunções’? Posso presumir alguma coisa, mas daí a existir provas, a distância é quilométrica. E, por favor, não venha alguém invocar Malatesta, aquele que mal-atesta [...]³²⁰

Na prática, se tem percebido, também, a aplicação desse dispositivo como fundamento de decisões que denegam pedidos de produção de provas, notadamente provas periciais, mas também testemunhais, arrimando a alegação de que os processos eleitorais têm prazos muito curtos e que o magistrado já tem seu convencimento formado pelas provas constantes dos autos. É como se as provas o tivessem por único destinatário.

Ora, ainda que se admitisse, o que não é o caso, que o juiz possa indeferir a produção de algumas provas por achá-las desnecessárias, jamais poderia fazê-lo sob o argumento da peculiaridade consistente na celeridade do processo eleitoral, já que o mesmo colide, frontal e irremediavelmente com princípio do contraditório. E, sob o império do devido processo eleitoral, também é garantido à parte o direito de defender-se amplamente, o que pressupõe a possibilidade de realizar provas e contraprovas sobre todos os fatos que lhe forem imputados. E, se o princípio do contraditório pressupõe, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, de outro, há que se garantir a possibilidade de elas reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.

Daí a questão da delimitação da prova da captação ilícita de sufrágio e do abuso de poder econômico vir sendo apontada por grande parte da doutrina dedicada ao tema como um dos fatores determinantes dos excessos de cassações de mandatos eletivos. Aqui, colham-se as lições de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, para quem a prova da captação ilícita de sufrágio deve ser robusta, incontroversa, a fim de desestimular o “aventureirismo jurídico”, consistente

³¹⁹ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a LC 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 384-385.

³²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum livre convicção indícios presunções. *Conjur*, São Paulo, 13 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>>. Acesso em: 18 maio 2014.

na utilização da Justiça Eleitoral por “candidatos derrotados e inescrupulosos” que, naturalmente demonstrando pouco apreço pelo resultado das urnas, usam a Justiça Eleitoral como 2º ou 3º turno do processo eleitoral, fabricando ou manipulando provas. Nesse sentido, opina:

Muitas vezes, testemunhas são induzidas a mentir, *após a realização das eleições*, celebrando em cartórios de títulos ‘declarações’ que são de escassa credibilidade. É ‘a guerra das testemunhas’. Sem negar o valor dos testemunhos para a comprovação de compra de votos, todo o contexto probatório dos autos deve se inclinar no sentido da ocorrência e da autoria da prática ilícita.³²¹

Mas, deve-se anotar, a comprovação do abuso de poder no processo eleitoral não mais reclama como pressuposto a potencialidade do fato para alterar o resultado das eleições – como era na tradição da jurisprudência e da doutrina especializada –, bastando, para tanto, a caracterização da gravidade das circunstâncias em que se deu o ato tido por abusivo. E isso decorre, conforme anotações do Ministro Marco Aurélio, do fato de que o objetivo da AIME é garantir a lisura do pleito, assim, desnecessária a demonstração de que a lesão seja capaz de alterar o resultado do certame eleitoral, conforme restou assentado no Acórdão do TSE nº 12.282, de sua relatoria.³²²

Essa nova forma de interpretar a legislação eleitoral tem sua atual matriz na LC nº 135/10, a denominada Lei da Ficha Limpa, que acrescentou o inciso XVI ao artigo 22 da LC 64/90, para estabelecer que “para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.”³²³

Contudo, Marcus Vinícius Furtado Coelho, em sua obra, esclarece que o abuso deve ser gerado de fato grave, assim considerado aquele que tenha significativo impacto e grande

³²¹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 190.

³²² “É princípio básico que onde o legislador não distingue não é dado ao intérprete fazê-lo. No §10 do art. 14, da CF, está assentada a procedência da ação de impugnação ao mandato uma vez comprovado o abuso de poder econômico, a corrupção ou a fraude. A procedência da ação de impugnação não ficou jungida aos reflexos que qualquer dos vícios tenha ocasionado nas eleições verificadas [...] O que visa o dispositivo constitucional, tal como os preceitos da LC n.º 64/90, no que rege a representação pelo citado abuso, bem como o de autoridade, é a lisura em si do certame e esta fica comprometida com a simples prática do ato reprovado, pouco importando os reflexos que tenha nos resultados da eleição. Ademais, para a configuração do abuso de poder não há necessidade de se vincular a responsabilidade do candidato impugnado ao cometimento deste abuso. Igualmente, basta comprovar a ocorrência da corrupção, fraude ou abuso de poder e, que diante da efetividade destes atos se vislumbre a potencialidade para influenciar os eleitores.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

³²³ COELHO, Marcus Vinícius Furtado. *A gravidade das circunstâncias no abuso de poder eleitoral*. Rio de Janeiro, [2014?]. Disponível em: <http://www.tre-rj.gov.br/eje/gecoi_arquivos/arq_071881.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2014.

repercussão social, visto que o decreto de cassação de mandatos deve ser proferido com prudência, sem desconsiderar a vontade manifestada nas urnas, sob pena de se chegar a uma autocracia, onde são os juízes, e não o povo, que determinam o resultado das eleições.³²⁴ Em outra obra, o autor insiste no argumento:

[...] a regra é a prevalência da vontade popular. A exceção é a desconstituição desta vontade, com a cassação do mandato, no caso de prova robusta e incontestável que o mandato foi colhido apenas porque a vontade popular foi corrompida e deturpada por práticas reiteradas de abuso de poder econômico ou político, é dizer práticas ilícitas que possuem potencialidade suficiente para desequilibrar a disputa eleitoral.³²⁵

Em suma, pode-se pensar, com Furtado Coelho, que talvez uma boa solução seja levar em conta a função da Justiça Eleitoral de velar pela normalidade e legitimidade das eleições, sem comprometer a vontade popular, usando, para isso, de prudência e cautela no exame da gravidade dos fatos que ensejam as cassações de mandatos e a anulação dos votos sufragados pela soberania popular.

5.6 As Cassações de Prefeitos no Estado do Piauí nos Anos de 2004 e 2008: qual racionalidade? considerações metodológicas sobre a base empírica

Nesta secção, o objetivo central é analisar-se a parte empírica, na qual se buscará os subsídios fundamentais para testar as hipóteses de pesquisa aventadas, tentando compreender, apropriadamente, os casos de cassações de prefeitos no Estado do Piauí nas eleições 2004 e 2008. A justificativa para esta escolha decorre do fato do Piauí estar entre os Estados brasileiros que, proporcionalmente, tiveram o maior número de casos de cassações de prefeitos no Brasil nos anos em questão. A base empírica restou assim constituída: (a) número de impugnações de candidaturas; (b) número de cassações de prefeitos e vice-prefeitos; (c) e realizações de eleições suplementares.

A Justiça Eleitoral não possui dados acerca do número de recursos eleitorais ajuizados contra decisões proferidas nas Zonas Eleitorais em ações cujo objeto fosse cassar mandatos, registros ou diplomas nas eleições 2004. Nem mesmo a base de dados do TSE dispõe desses números, nem para acesso através de seus sites, nem tem meios de apurá-los, conforme

³²⁴ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *A gravidade das circunstâncias no abuso de poder eleitoral*. Rio de Janeiro, [2014?]. Disponível em: <http://www.tre-rj.gov.br/eje/gecoi_arquivos/arq_071881.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2014.

³²⁵ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito eleitoral e processo eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 259.

resposta às consultas empreendidas neste sentido. Entretanto, como há informações acerca do número de eleições suplementares realizadas no indigitado período, vamos considerá-los somente para fins de examinar se, realmente, tem havido, realmente, um incremento no número de ações da espécie.

No que pertine ao ano de 2008, o TRE/PI dispõe nos seus arquivos tais informações. Assim, a partir dos dados sobre todos os recursos que aportaram naquele Regional referentes às eleições 2008, decotaram-se aqueles que não se referiam às ações objeto do presente estudo, conforme se depreende das tabelas que a seguir se passam a analisar. Assim, as que se reportam, por exemplo, à propaganda eleitoral, domicílio eleitoral, filiações etc. não estão contempladas na tabela abaixo.

As hipóteses aventadas para se verificar esses dados são: I – ausência de convicção democrática por parte dos atores políticos envolvidos no processo. Isso é, os perdedores no processo de competição política questionam o resultado do pleito, judicializando o processo eleitoral, em uma tentativa de reverter o resultado que lhes foi desfavorável. Os indicadores utilizados para se comprovar tal hipótese são os números de ações ajuizadas, quais atores políticos (candidatos, ministério público, partidos e coligações) que propõem tais ações e o número de eleições suplementares realizadas. II – ativismo judicial exacerbado. O indicador para se mensurar tal hipótese é a constante alteração das regras do processo eleitoral, tanto pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) como pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE-PI).

Tabela 1 - Tipos de ações ajuizadas na Justiça Eleitoral aptas a desconstituir o registro, o diploma ou o mandato

TIPO DE RECURSO	NÚMERO	%
Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE)	71	28,5
Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME)	74	29,7
Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED)	39	15,7
Representação (RP)	65	26,1
TOTAL	249	100

Fonte: Tribunal Regional Eleitoral do Piauí (TRE-PI). Elaboração própria.

Esclareça-se, inicialmente, que os números acima tabulados, colhidos dos arquivos do TRE/PI, se referem a recursos eleitorais, visto que, por se tratar de eleições municipais, a competência originária para conhecer e julgar os desacordos referentes ao pleito é do Juiz da Zona Eleitoral. Assim, não se trata do número de ações ajuizadas em desfavor das eleições no período

indigitado, mas sim dos recursos manejados pelas partes, as quais podem não ter recorrido de todas as decisões proferidas nas Zonas, o que nos autoriza a concluir que houve um número bem maior de ações e em outros municípios que não estão contemplados nas tabelas em análise.

O primeiro ponto a ser destacado é precisamente este: o grande e variado número de recursos em ações eleitorais que são aforados pelos atores envolvidos no processo de competição política. Com efeito, há um certo equilíbrio entre as modalidades de ações que são ajuizadas com o objetivo de apurar captação ilícita de sufrágio, prática de condutas vedadas e abuso de poder econômico, embora se perceba uma certa prevalência da AIME e da AIJE. Os perdedores no campo eleitoral parecem acreditar que a justiça eleitoral pode reverter os resultados que lhes são desfavoráveis. Os resultados advindos das urnas não são aceitos. A contestação é imediata.

Tais comportamentos e práticas corroboram com a hipótese aventada de que a ausência de convicção democrática está bastante arraigada nos atores do jogo eleitoral e político. Essencialmente, a Justiça Eleitoral é vista pelos perdedores como uma alternativa de “virar o jogo” quando a opção do eleitor não lhe favorecer. A Justiça Eleitoral tem sido excessivamente convocada para dizer a última palavra.

Passa-se, então, a examinar quem são esses atores políticos que judicializam o pleito através de tais ações e com que intensidade o fazem. A intenção é perceber se há uma prevalência dentre aqueles legitimados para assumirem o polo ativo das ações eleitorais, ou seja, o que se quer examinar é se dentre os participantes do jogo democrático há os que se destacam na judicialização do resultado do pleito.

Tabela 2 - Atores políticos que ajuízam ações

ATOR POLÍTICO	NÚMERO DE AÇÕES	%
Candidato	60	24,1
Coligação	35	14,1
Ministério Público Eleitoral	11	4,4
Partido Político	7	2,8
Outros Denunciantes*	136	54,6
TOTAL	249	100

Fonte: Tribunal Regional Eleitoral do Piauí (TRE-PI). Elaboração própria.

A primeira constatação que se faz a partir da análise dos dados acima é semelhante à que se chegou analisando a Tabela 1, como se perceberá ao cabo de algumas considerações. O total de 249 processos é composto por ações ajuizadas por todos aqueles legalmente

legitimados (candidato, coligações, Ministério Público Eleitoral). Os candidatos são responsáveis por 24,1% das ações (60), enquanto as coligações contribuem com 14,1% (35) e os partidos com 2,8% (07). Esses atores são responsáveis por 41% das ações. Esclareça-se que o baixo percentual de partidos como autores decorre do fato de que, ao se comporem em coligação, os partidos perdem a legitimidade para atuarem isoladamente.³²⁶

Mas há ações que são propostas, ou sofridas (como aqui se analisam dados referentes a recursos, podem os outrora demandados aparecerem como recorrentes, assumindo o polo ativo da ação) por mais de um dos legitimados conjuntamente. Com efeito – até porque a jurisprudência eleitoral tem feito verdadeiras reviravoltas nesse quesito, a fim de evitar prejuízos decorrentes da ausência de formação de um litisconsócio necessário –, as partes têm assumido conjuntamente tanto o polo ativo quanto o passivo. No caso em apreço, estes representam 54,9% dos que judicializam o pleito, o que inviabiliza, dentro da proposta deste estudo, se apurar a partir dos números em apreço, se há uma prevalência entre os que não aceitam os resultados dos pleitos.

Mas, independente de quem protagoniza a ação, subsiste a mesma percepção à qual se chegou da análise da Tabela 1: o jogo democrático não finda com a proclamação dos resultados apurados nas urnas. Em um grande percentual de municípios, há uma tentativa de prorrogação em um segundo ou um terceiro turno no qual, de toda maneira, se espera ver o resultado das urnas alterados pelo Judiciário, sejam os motivos justos e republicanos ou o sejam eles egoísticos, o que o presente estudo não se propõe a analisar.

Há uma conjectura no senso comum de que o Ministério Público seria o principal fiscal do processo eleitoral. Os dados dessa tabela infirmam categoricamente essa suposição: o Ministério Público Eleitoral (MPE) é o responsável por somente 4,4% das ações eleitorais da espécie no período analisado, embora se deva esclarecer que, de toda sorte, há participação do MPE em todas as ações eleitorais, seja na qualidade de autor, seja atuando como *custus legis*. Mas, no quesito judicialização dos pleitos, parece que o MPE mostra-se bastante imparcial, ao menos, quanto ao número de ações ajuizadas.

Tecidas tais considerações, o objetivo agora é verificar se as impugnações judiciais alteram os resultados eleitorais expressados nas urnas nas eleições regulamentares. Para se examinar tal questão, confrontaram-se os resultados obtidos pelas coligações vencedoras na

³²⁶ Art. 6º § 4º O partido político coligado somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando questionar a validade da própria coligação, durante o período compreendido entre a data da convenção e o termo final do prazo para a impugnação do registro de candidatos. BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

eleição regular com os das perdedoras nas eleições suplementares. O trabalho, neste momento, é verificar se quem judicializa o pleito vence as eleições num momento posterior.

Tabela 3 - Resultados das eleições regulamentares e suplementares 2004 nos municípios onde estas ocorreram

Município	Eleição Regular Coligação Vencedora	Eleição Suplementar Coligação Vencedora
Cristalândia do Piauí	COMPROMISSO COM O TRABALHO (PFL/PSDB)	LEALDADE UNIÃO E CORAGEM (PDT/PT/PMDB/PL)
Jardim do Mulato	UNIDOS PARA O PROGRESSO (PT/PTB/PMDB/PL/PFL)	VOLTA AO PROGRESSO (PT/PTB/PSDB)
Campinas do Piauí	TRABALHO E DETERMINAÇÃO (PFL/PSDB)	DEM

Fonte: Tribunal Regional Eleitoral (TRE-PI).

No ano de 2004, foram realizadas eleições suplementares em somente 3 (três) municípios do Piauí. Nesses casos, apenas em um município (Cristalândia do Piauí) a estratégia de judicializar as eleições foi bem-sucedida. Não seria essa amostra muita limitada para se afirmar de forma categórica que a vontade do eleitor inicialmente expressada é mantida nas eleições suplementares? E numa eleição com um número maior de casos (realização de várias eleições suplementares) o cenário não poderia se alterar? O próximo passo será verificar tais questionamentos no ano de 2008 onde ocorreu um número maior de renovação de votações.

Tabela 4 - Resultados das eleições regulamentares e suplementares 2008 nos municípios onde estas ocorreram

Município	Eleição Regular Coligação Vencedora	Eleição Suplementar Coligação Vencedora
Coronel José Dias	A VITÓRIA É DA FORÇA DO POVO (PCdoB/PRB/PT/PTB)	A FORÇA DA UNIÃO RUMO AO DESENVOLVIMENTO (PPS/PSB)
Santo Inácio do Piauí	A CONFIANÇA DO POVO (PSB/PSDB)	UNIDOS POR SANTO INÁCIO (PSB/PSDB/DEM)
Prata do Piauí Caracol	MUDANÇA JÁ (DEM/PRB/PTB) PTB	PRATA PARA TODOS (PMDB/PSB) CHEGOU A VEZ DO POVO (PT/PSDB)
Alagoinha do Piauí	ALAGOINHA DO PIAUÍ VOLTA A SORRIR (PCdoB/PDT/PMDB/PRB/PT)	O POVO UNIDO, ALAGOINHA RECONSTRUÍDA (PSB/PTB/PSDB/PP)
Fronteiras	UNIÃO DEMOCRÁTICA TRABALHISTA (DEM/PCdoB/PDT/PTB)	O FUTURO COMEÇA AGORA (PPS/PTB/PR/PMDB)
Paes Landim	A MUDANÇA QUE O POVO QUER (PCdoB/PCB/PDT/PMN/PP/PPS/PR/PRB/PSC /PT/PTB/PV)	CONTINUANDO A VITÓRIA QUE O POVO QUER (PRB/PCB/PT/PTB/PR)

(continua)

(conclusão)

Município	Eleição Regular Coligação Vencedora	Eleição Suplementar Coligação Vencedora
Luzilândia	ELA DE NOVO COM A FORÇA DO POVO (DEM/PTB)	PTB
Antônio Almeida	O POVO QUER, O POVO FAZ (PCdoB/PSB/PSDB)	COLIGAÇÃO UNIDOS PARA VENCER (PR/PSDB/DEM/PCdoB/PDT)
Sigefredo Pachêco	A VONTADE DO POVO (PCdoB/PCB/PHS/PP/PSC/PSL)	PARA PREVALECER A VONTADE DO POVO (PCdoB/PSL/PCB/PHS)
Morro Cabeça no Tempo	O MORRO NÃO PODE PARAR (DEM/PMDB/PSB/PTB)	UNIDOS VENCEREMOS (PTB/PT/PDT/PMDB/DEM/PSB)
Campo Maior	CAMPO MAIOR A CAMINHO DO FUTURO (DEM/PDT/PP/PPS/PRP/PSDB/PSL/PTB/PTC)	A MUDANÇA QUE O POVO QUER É AGORA (PT/PV/PSC/DEM/PMN/PCdoB)
São Francisco de Assis do Piauí	A VONTADE DO POVO CONTINUA (DEM/PDT/PP/PRTB/PSB/PT/PTB)	A MUDANÇA COMEÇOU E NÃO PODE PARAR (PMDB/PPS)
Cristalândia do Piauí	LEALDADE, UNIÃO E CORAGEM (LUC) (PDT/PMDB/PSB/PT)	JUNTOS POR UMA CRISTALÂNIDA MELHOR (PTB/PDT)
Oeiras	UNIÃO DE TODOS (PCdoB/PDT/PMN/PPS/PR/PSB/PSDB/PT/PV)	PARA OEIRAS SEGUIR MUDANDO (PPS/PSB/PR/PT/PCdoB)
Dom Expedito Lopes	O PROGRESSO CONTINUA (PCdoB/PMDB/PPS/PR/PSB/PT/PTB)	COMPROMISSO E LIBERDADE (PTB/PDT)
Anísio de Abreu	JUNTOS PELO BEM DE ANÍSIO DE ABREU (PR/PSDB/PTB)	A VITÓRIA DO POVO (PMDB/PSB/PT)
Nossa Senhora dos Remédios	A VITÓRIA DA FORÇA DO POVO (DEM/PCdoB/PMDB/PP/PR/PT/PTB)	A MUDANÇA É AGORA (PSDB/PV)
Isaías Coelho	A UNIÃO DE TODOS FAZ A CIDADANIA DE UM POVO (PMDB/PP/PT/PTB)	A FORÇA E A VOZ DO POVO (PMDB/PTB/PT/DEM)
Barras	A VONTADE DO POVO (PCdoB/PDT/PMDB/PMN/PP/PSB/PV)	A LUTA CONTINUA (PMDB/PCdoB)
Pimenteiras	UNIÃO POR AMOR A NOSSA GENTE (PPS/PRB/PSDB/PT/PTB)	PARA RESPEITAR O POVO, VITÓRIA DE NOVO (PSB/PMDB)
Baixa Grande do Ribeiro	FORÇA POPULAR RENOVADA (PSB/PSDB/PT)	UNIDOS PARA VENCER (DEM/PP/PRB/PDT/PTB/PMDB/PR/PPS)
Francinópolis	A FORÇA QUE VEM DO POVO (PMDB/PR/PSB/PT/PTB/PV)	FRANCINÓPOLIS MERECE RESPEITO (PPS/PT/PSB/PMDB/PR/PV)
São Pedro do Piauí	JUNTOS CONTINUANDO A RECONSTRUÇÃO (PMDB/PP/PT)	CONTINUA A VONTADE DO POVO (PDT/PSB)

Fonte: Tribunal Regional Eleitoral (TRE-PI).

O Piauí possui 224 municípios. No ano de 2008 foram realizadas eleições suplementares em 24 destes. Em alguns deles, mais de uma. O número aumentou exponencialmente se comparado com 2004. Embora na análise dos acórdãos não se tenha conseguido encontrar um ponto comum, um novo padrão de decisão que possa justificar tal comportamento, pode-se apontar alguns que, mesmo que indiretamente, podem ter influenciado: a mudança da composição da Corte, entrando uma composição mais severa, com atuação mais forte, o novo entendimento das cortes no sentido da execução imediata da sentença, dando ensejo à realização de novas eleições mesmo com os recursos em andamento? A mudança da exigência de potencialidade para gravidade do ilícito influenciar o resultado do pleito? Todos esses fatores atuando concorrentemente?

Noutro giro: há uma alteração substantiva no resultado da disputa eleitoral quando se compara o resultado das eleições suplementares com o das regulares? A estratégia de judicializar o pleito é eficiente no sentido de que quem ajuíza ações eleitorais obtém êxito na competição política suplementar?

A resposta para tal questão é positiva. Feita a leitura e interpretação dos dados, conclui-se que, do total de eleições cujos resultados foram impugnados, em 58,3% houve inversão do resultado e as coligações que judicializaram o processo eleitoral venceram as disputas nos pleitos suplementares. Os motivos dessa mudança ainda necessitam de explicações mais sistemáticas, pois a tática de prorrogar o pleito tem sido extremamente útil a quem recorre à Justiça Eleitoral.

Com efeito, em 41,7% (10) dos casos, as coligações vencedoras no pleito regular não conseguem sustentar o apoio eleitoral nas eleições suplementares. Novamente, as razões para se explicar esse comportamento tão volátil do eleitor carece de estudos mais rigorosos tendo em vista que, em muitos casos, as eleições são realizadas não muito tempo depois da eleição regular. Haveria nessa maioria de casos a percepção pelo eleitor que o pleito regular apresentou déficits democráticos, corrupção, abuso de poder econômico, práticas ilícitas na disputa eleitoral? Ou a sua mudança de lado poderia ser ocasionada por outros fatores, tais como o desgaste político do candidato cassado no período em que exerceu o poder? Aqui se abre um considerável leque de hipótese de estudos, que poderiam interessar às mais diversas áreas: direito eleitoral, ciência política, sociologia, enfim.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça Eleitoral possui competência administrativa e jurisdicional, mas não legislativa, a qual só pode decorrer de autorização constitucional expressa. Desse modo, não está autorizada a criar normas gerais e abstratas. O que lhe cabe, e em matéria eleitoral, é promover instruções normativas direcionadas aos órgãos da Administração Pública, especificamente à esfera de atuação administrativa dos seus diversos órgãos e não aos particulares.

No entanto, o Tribunal Superior Eleitoral não tem se furtado à promoção de inovações em matéria eleitoral, mesmo que sem autorização constitucional para tanto. A rigor, no processo eleitoral, quem deve decidir por último é o próprio cidadão eleitor e a interferência do Judiciário nesta escolha deve ser a exceção e não a regra. Uma intervenção tão acentuada e tão ativista acabaria por comprometer a vontade livre e própria do eleitor, a qual se quer tutelar.

A igualdade de chances é um pressuposto para eleições justas, que se reflete em legitimidade no exercício do poder político. Por essa razão, é essencial para a boa saúde da democracia um controle dos processos eleitorais que garantam suficientemente a igualdade de oportunidades dos sujeitos que competem pelo voto dos cidadãos.

Por muito tempo, o fazer democrático se confundia com o momento eleitoral. Mas o voto pode ser entendido e valorizado como uma forma de autoexpressão e, mais que isso, como uma forma de se identificar publicamente com questões de preocupações em comum.

O direito de sufrágio não consiste apenas em um direito de votar, mas também, como pressuposto prévio, em um direito de eleger e de fazê-lo em liberdade. A escolha dos representantes de forma livre e direta sugere um permanente e legítimo processo de construção e amadurecimento da própria democracia brasileira.

Os instrumentos de participação direta costumam ser vistos como um aprimoramento do modelo democrático. No entanto, não se trata de substituir o sistema representativo pelo sistema participativo, mas de entender que a relação entre esses princípios pode ser muito produtiva.

A Constituição não é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é. A Constituição de 1988 apenas diz que ao Supremo Tribunal Federal cabe guardar a Constituição. Não diz que eles são (ou deveriam ser) os únicos a desempenharem esse papel, tampouco seriam eles os últimos intérpretes do texto constitucional. Apesar disso, os Ministros brasileiros acabam por achar que dizem a constituição e a dizem por último.

Parece existir uma vontade própria do Poder Judiciário em se engajar no julgamento de questões eminentemente políticas. Consiste dizer, que uma das características do ativismo judicial brasileiro é um certo “voluntarismo” por parte dos juízes em decidir questões políticas.

Nessa medida, também pode se identificar um voluntarismo especial da Justiça Eleitoral em criar direito novo, enquanto advoga proteger o processo democrático. Parece que a postura (voluntarista) ativista da Justiça Eleitoral estaria muito mais presente que a alegada inércia legislativa.

De todo modo, o ativismo judicial costuma ser justificado como instrumento para a defesa de grupos desfavorecidos do processo político. No entanto, determinados grupos têm recorrido à judicialização como estratégia de manutenção de poder político, quando não conseguem êxitos nas urnas, promovendo uma espécie de terceiro turno no jogo eleitoral. Ou seja, os perdedores no campo eleitoral parecem acreditar que a Justiça Eleitoral pode reverter os resultados que lhes são desfavoráveis.

Nessa medida, os próprios parlamentares tratam de judicializar grande parte dos temas. No entanto, isso é algo que só lhes beneficia no curto prazo.

Assim, no Brasil segue uma forte tendência ao jurisprudencialismo. Em muitos aspectos, o resultado do processo eleitoral é reduzido a uma decisão judicial. Assim, a Justiça Eleitoral brasileira às vezes se substitui ao legislador e às vezes se substitui também à vontade do próprio eleitor.

É de se prever a enorme insegurança e incerteza jurídica que tal atuação, francamente ativista, da Justiça Eleitoral, tem provocado. O estudo do caso de Coronel José Dias (PI) demonstra a volatilidade da jurisprudência Eleitoral e a ausência de um padrão de atuação capaz de garantir a previsibilidade geradora de segurança jurídica às suas decisões.

A cada eleição, em centenas de casos, o eleitor vota sem ter certeza se seu voto vai valer. Vota, sem saber se o nome que ele sufragou era mesmo candidato ou não, ou se o candidato no qual ele votou – e foi vitorioso nas urnas – vai mesmo assumir o mandato ou não.

As decisões tardias da Corte afastam, em certa medida, a vinculação entre o eleitor e o representante. Na questão da vacância do cargo (em razão de cassação) nos dois últimos anos do mandato, conforme o entendimento firmado pelo TSE, determina-se a realização de eleições indiretas, de modo que a vontade das urnas seria substituída pela vontade de uma assembleia parlamentar com um número de participantes bastante diminuto e com uma lógica

deliberativa que não necessariamente (ou necessariamente não) corresponde à lógica do eleitorado, à soberania popular.

De modo geral, a judicialização do processo eleitoral vem burocratizando a competição política e deslocando o eixo central do processo democrático, que é a vontade do eleitor. Os atores políticos notam que podem obter ganhos eleitorais através de dispositivos legais, e não hesitam em utilizá-los. É o que se verifica ao menos nas eleições suplementares no Estado do Piauí.

Mas há outro aspecto que merece ser observado com maior e especial atenção. O fato de haver tantas cassações, decretadas através de diversas modalidades de ações provocadas por todos os legitimados e, muitas vezes, de forma concorrente, parece indicar no sentido de que talvez os processos de controle, ou a forma de manejá-los, não estejam surtindo efeito no caso brasileiro. Ou seja, o fato de haver tantas cassações, com renovação do pleito ou não, pode estar a indicar um fracasso arrematado do atual sistema eleitoral, onde há a possibilidade, inclusive, de propositura de ações após a realização das eleições e proclamação dos eleitos. Pensar em utilizar-se mais os meios preventivos de controlar a legitimidade das eleições evitaria o desgaste à democracia de ter que conviver a cada pleito com centenas de milhares de votos anulados, centenas de mandatos cassados, obrigando-se o eleitor a retornar às urnas por haver votado em candidato inelegível ou que não respeitou as regras do jogo democrático.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Débora Rezende de. (Des)igualdade e representação política: velho debate, novas teorias. In: SIMPÓSIO NACIONAL SOBRE DEMOCRACIA E DESIGUALDADES, Brasília, 2012. *Anais ...* Brasília, DF, 2012.
- AMADO, Gilberto. *Eleição e representação: curso de direito político*. Brasília, Senado Federal, 1999.
- ARAGÓN, Manuel. Derecho de sufragio: principio y función. In: NOHLEN, Dieter et al. (Comp.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007. p. 162-177.
- ASSIS-BRASIL, J. F. de. *Discurso de Assis Brasil na constituinte de 1933*. Disponível em: <<http://revista.estudospoliticos.com/discurso-na-constituente-de-1933/>>. Acesso em: 23 nov. 2010.
- AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the public space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil, instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 3, p. 443-464, 2007.
- BARRETO, Lauro. *Escrúpulo e poder: o abuso de poder nas eleições brasileiras*. Bauru: Edipro, 1995.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 61, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa* (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934)*. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 abr. 14.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

BRASIL. *Lei complementar n. 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

BRASIL. *Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os Arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RCD 671/MA*. Rel. Min. Carlos Britto. Brasília, DF, julgado em: 03 de março de 2009.

CAMPANHA de esclarecimento do TSE eleições 2010. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/pesquisa-instituto-sensus-sobre-a-justica-eleitoral>>. Acesso em: 10 maio 2014.

CAMPOS, Paloma Biglino. Prólogo. In: SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

CASTRO, Marcos Faro. O supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, jun. 1997.

CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Direito e discurso*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Algumas notas sobre a Justiça Eleitoral. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, Curitiba, v. 1, p. 25-41, 1987.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *A gravidade das circunstâncias no abuso de poder eleitoral*. Rio de Janeiro, [2014?]. Disponível em: <http://www.tre-rj.gov.br/eje/gecoi_arquivos/arq_071881.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2014.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito eleitoral e processo eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COELHO, Margarete C. *Facebook*. Mensagem enviada por Oscar Sanchez Muñoz. Disponível em: <<http://www.facebook.com/oscar.sanchezmunoz.5/posts/10200475163952039>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

COELHO, Margarete de Castro. A representação política e os ideais democráticos de participação e soberania popular. *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação*. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 22., São Paulo, 2013. *Anais...* São Paulo, 2013.

COELHO, Margarete de Castro. Sobre o envolvimento de instituições judiciais em disputas políticas: o papel da justiça eleitoral brasileira. In: CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE DIREITO ELEITORAL, 5., 2014, Teresina; CONGRESSO DE CIÊNCIA POLÍTICA E DIREITO ELEITORAL DO PIAUÍ, 4., Teresina, 2014. *Anais...* Teresina, 2010.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

COSTA, Adriano Soares da. Inelegibilidade cominada por rejeição das contas: a criatividade judicial por meio da edição de Resoluções do TSE. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atualizada de acordo com a LC 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COSTA, Adriano Soares *Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno*. [S.l.], 26 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.adrianosoaresdacosta.blogspot.com>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

COSTA, Antonio Tito. *Recursos em matéria eleitoral: temas de direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUSTOMIZAR. In: DICIONÁRIO informal. São Paulo, 21 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/customizar/>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Os excessos do TSE no uso do seu poder regulamentar. *Conjur*, São Paulo, 11 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-11/ruy-samuel-espindola-abuso-poder-regulamentar-tse>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

- FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2008.
- FÁVILA, Ribeiro. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, [S.l.], n. 65, v. 3, p. 41-69, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Vitor Emanuel Marchetti. *Poder judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) -- Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- GODOY, Miguel Gualano de. A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas. *Co-herencia - Revista de Humanidades, Colombia*, v. 14, p. 63-91, 2011. Do mesmo modo:
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, , p. 4-5, out./dez. 2006.
- INFORMATIVO TSE. Brasília, DF, ano 13, n. 1, 1º a 6 fev. 2011 Disponível em: <www.tse.jus.br/internet/midia/informativo.htm>. Acesso em: 23 fev. 2013.
- INFORMATIVO TSE. Brasília, DF, ano 14, n. 22, 20 a 26 ago. 2012. Disponível em: <www.tse.jus.br/internet/midia/informativo.htm>. Acesso em: 23 fev. 2013.
- JARDIM, Torquato. Processo e justiça eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 119, p. 25-46, jul./set. 1993.
- JEFFERSON, Thomas. *Writings*. New York: Literary Classics of the U.S., 1984.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O papel da Justiça Eleitoral na consolidação da democracia. Eleições no Ceará: 1994-96. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 55, p. 4.1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2726/o-papel-da-justica-eleitoral-na-consolidacao-da-democracia#ixzz3A1zR8Fr9>>. Acesso em: 23 nov. 2010.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Apresentação: Isaac Kramnick; Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 10, n. 29, p. 5-34, out. 1995.
- MARAVALL, José María. The rule of law as a political weapon. MARAVALL, José Maria; PRZEWORSKI, Adam (Org.). *Democracy and the rule of law*. New York, 2003. p. 161-301.
- MARAVALL, José Maria; PRZEWORSKI, Adam (Org.). *Democracy and the rule of law*. New York, 2003. p. 161-301.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O Estado constitucional contra o estado de direito e contra a democracia: aspectos da crise paradigmática no direito e no estado. *Ordem jurídica*, Teresina, 2 nov. 2008. Disponível em: <<http://pitombeirafilho.blogspot.com.br/2008/11/o-estado-constitucional-contra-o-estado.html>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes: Montesquieu republicano e a exegese de A constituição da Inglaterra. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais ...* Fortaleza, 2010.

MENDES, Antônio Carlos. Aspectos da ação de impugnação de mandato eletivo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MENDONÇA, Ricardo. Democracia discursiva: contribuições e dilemas de uma abordagem deliberativa. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 7., 2010, Recife. *Anais...* Recife: Associação Brasileira de Ciência Política, 2010.

MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral*, de acordo com a Lei nº 9.504/97. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOISÉS, José Álvaro. Cidadania, confiança e instituições democráticas. *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v. 65, p. 71-94, 2005.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Revista Lua Nova de Cultura e Política*, São Paulo, n. 44, p. 27-52, 1998.

O'DONNELL, Guillermo. Polyarchies and the (Un)Rule of law in Latin America. In: MENDEZ, J. E.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. (Ed.). *The (Un)Rule of law and the Underprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1999. p. 318-321.

OCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Direito eleitoral: reflexões sobre temas contemporâneos*. Fortaleza: ABC, 2008.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. *Abuso de poder nas eleições: a inefetividade da ação de investigação judicial eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- PEREIRA, Erick Wilson. *Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Eficácia imediata das decisões em direito eleitoral. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coord.). *Direito eleitoral contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum. 2008.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PIAUÍ. Tribunal Regional Eleitoral do Piauí. Teresina, 2014. Disponível em: <<http://www.tre-pi.jus.br/>>. Acesso em: 22 fev. 2014.
- PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal: noções gerais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PONTES FILHO, Valmir. Constituição e Legislação Eleitoral: necessidade de sua permanência. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1990.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O processo eleitoral como instrumento para a democracia*. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Florianópolis, 27 mar. 1998. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/carmen.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2014.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Justiça eleitoral e representação democrática. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2010.
- SADEK, Maria Tereza Aina. *A justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1995.
- SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, v. 1, p. 25-40, 2012.
- SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. p. 1. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SANTOS, Antônio Augusto Mayer dos. Da ação de impugnação de mandato eletivo: histórico evolutivo e síntese procedimental. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 28, p. 18, abr./jun., 1998.

SARAMAGO, José. *Lancelot*. [S.l.], 1997.

SEPÚLVEDA Pertence defende financiamento público de campanha. Brasília, DF, 21 maio 2004. Disponível em: <<http://agencia.tse.jus.br/sadAdmAgencia/noticia/Search.do?acao=get&id=13146>>. Acesso em: 10 maio 2014.

SILVEIRA, Néri da. *Aspectos do processo eleitoral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate “positivismo (neo)constitucionalismo.” In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Na mesma linha, ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes*. [S.l.], p. 13. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum livre convicção indícios presunções. *Conjur*, São Paulo, 13 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>>. Acesso em: 18 maio 2014.

STRECK, Lenio. Montesquieu nunca pensou em um judiciário nos moldes brasileiros. Entrevista concedida a Márcia Junges. *Revista IHU online*, São Leopoldo, v. 11, n. 383, 5 dez. 2011. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4251&secao=383>. Acesso em: 22 fev. 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, 2012.

TSE ainda julga casos das eleições municipais de 2004. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 07 abr. 2008.

URBINATI, Nadia. *La legitimidad democrática*. Buenos Aires: Manantial, 2010.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 191-228, 2006.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber M. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIEIRA, José Ribas. Verso reverso: a judicialização de política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, 2009.

WALDRON, Jeremy, Deliberación, desacuerdo y votación. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Tradução de Paola Bergallo e Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa, 2004.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. Participation: the right of the rights. *Proceedings of The Aristotelian Society, New Series*, [S.l.], v. 98, p. 307-337, 1998.

ZALAMENA, Juliana Costa Meinerz. Judicialização da competição política e eleições municipais no Rio Grande do Sul. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3424, 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23021/judicializacao-da-competicao-politica-e-eleicoes-municipais-no-rio-grande-do-sul#ixzz31B2 QAdOY>>. Acesso em: 8 maio 2014.